

Consultatieversie wetsvoorstel ‘Varkens in nood’ – enkele varkens terug in het hok



Naar aanleiding van de ‘Varkens in Nood’-jurisprudentie is een voorstel voor wijziging van de Awb in consultatie gegaan. In dit artikel bespreken de auteurs dit voorstel en doen zij enkele aanbevelingen om het te verbeteren. Met name de vastgoedpraktijk heeft behoefte aan een regeling waarin onzekerheden over de te volgen procedure worden weggenomen. Met name die onzekerheden zorgen immers voor vertraging. Het voorstel schuift de belangrijkste beoordelingen door naar het decentraal bestuur. Beter zouden die keuzes vooraf in de wet kunnen worden vastgelegd. Dan kan ook worden voorkomen dat wel iedereen kan deelnemen aan een procedure, maar daarna toch veel sneuvelt op het relativiteitsvereiste. Een dergelijke procedurele dooie mus kan worden voorkomen.

1. Inleiding

Met het arrest *Varkens in nood* van 14 januari 2021 noopte het Hof van Justitie van de EU tot verruiming van de rechtsbescherming in ons omgevingsrecht.¹ Het is voor Nederland een volgend geval, na bijvoorbeeld het *PAS*-arrest, waarin de keuzes van de wetgever de Europese toets niet blijken te kunnen doorstaan.² Het arrest is al door verschillende auteurs besproken³ en draait om twee vragen: (i) mag het doorlopen van de zienswijzenprocedure als drempel worden gehanteerd voor de toegang tot de bestuursrechter en (ii) hebben ook anderen dan belanghebbenden toegang tot die bestuursrechter? Om de situatie in Nederland aan de eisen van het Verdrag van Aarhus (hierna: Verdrag) te laten voldoen, is in de rechtspraak een ruimhartig noodverband aangelegd. Daarin is opgemerkt dat de daadwerkelijke oplossing van een wetswijziging moet komen. Het voorstel voor die wetswijziging is ter consultatie voorgelegd. Dit artikel

bevat enkele observaties daarbij. Die observaties zijn ook als consultatiereactie ingediend.⁴

Het bestuursprocesrecht geeft belanghebbenden toegang tot de bestuursrechter en anderen niet. Volgens het maar één lid kennende artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter. De Awb kent ook elders geen verbreding van de kring van beroepsgerechtigden tot anderen. Ook wanneer anderen dan belanghebbenden zich hebben kunnen mengen in een vorm van inspraak, dan nog staat beroep alleen open voor belanghebbenden. Daarbij komt dat beroep alleen openstaat voor zover die belanghebbenden een zogeheten bestuurlijke voorprocedure hebben doorlopen, door zienswijzen tegen een ontwerpbesluit in te dienen in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Dat bepaalt artikel 6:13 Awb.⁵

Zeer kort samengevat, achtte het Hof de vernauwing van de beroepsgerechtigdheid tot belanghebbenden die eerder zienswijzen hebben ingediend, in strijd met het Verdrag van Aarhus. Belanghebbenden zijn op grond van artikel 1:2 lid 1 Awb diegenen wier belang rechtstreeks bij een besluit betrokken is, zoals omwonenden die gevolgen van enige betekenis ondervinden van een besluit, zoals een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan. Belanghebbenden kunnen blijkens lid 2 en 3 ook bestuursorganen of actiegroepen zijn. Actiegroepen zijn belanghebbend wanneer een besluit hun statutaire doelstelling voldoende raakt en zij niet alleen procederen, maar ook op andere wijze hun statutaire doelstelling proberen te behartigen. Volgens het Hof zouden anderen dan belanghebbenden, als zij een zienswijze hebben ingediend, ook toegang moeten krijgen tot de bestuursrechter. Andersom zou belanghebbenden de eis van het eerst ingediend hebben van een zienswijze op een ontwerpbesluit niet mogen worden tegengeworpen.

* Prof. mr. G.A. van der Veen is advocaat bij AKD, bijzonder hoogleraar milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en redacteur van dit tijdschrift.

** Mr. A. de Snoo is advocaat bij DLA Piper en redacteur van dit tijdschrift.

1. HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, AB 2021/200, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en H.D. Tolsma, *JB* 2021/28, m.nt. R.J.N. Schlössels en H.C.F.J.A. de Waele (*Varkens in nood*).

2. HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882, AB 2018/436, m.nt. C.W. Backes.

3. Zie bijvoorbeeld G.A. van der Veen, ‘Art. 6:13 Awb in nood’, *TO* 2021, afl. 1, p. 3-6; R. Benhadi, ‘Nederlands bestuursprocesrecht op onderdelen in strijd met het Verdrag van Aarhus’, *JBPlus* 2021/8.

4. Zie daarvoor de website van de internetconsultatie: internetconsultatie.nl/awbvarkensinnood/b1.

5. Artikel 6:13 Awb behelst dat geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in artikel 3:15 Awb naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft de bevindingen van het Hof met twee uitspraken snel nadien vertaald met een 'ruimhartige invulling' van het arrest.⁶ Het meest belangrijk leek het voor de Afdeling te zijn, om niet nogmaals Luxemburgs geknor over bestuursprocesrechtelijke beperkingen op het beroepsrecht te horen. Zulke ruimhartigheid kan onnodige bijvangst opleveren, zoals ook wel is opgemerkt.⁷

Vervolgens kwam meer dan een jaar na het arrest op 2 april 2022 een consultatieversie tot wijziging van de Awb ter verruiming van de toegang tot de bestuursrechter in de lucht. Om de beeldspraak enigszins in de agrarische hoek te houden: het lijkt erop dat de consultatieversie de kool en de geit probeert te sparen. De beoogde wijzigingen beogen recht te doen aan het arrest, maar de ruimhartigheid van de Afdeling wat te beperken. Een belangrijke vraag daarbij is of de vastgoedsector, waar klachten over de ervaren stroperigheid van bestuursrechtelijke procedures in het omgevingsrecht van alledag zijn, met de beoogde wijzigingen gediend is. Wat gaan deze wijzigingen betekenen en wat zou er beter kunnen?

Omdat de lezers van *Vastgoedrecht* niet allen dagelijks met bestuursprocesrecht bezig zijn, bespreken wij in het onderstaande eerst nog vrij uitgebreid het arrest van het Hof en de belangrijkste daarop gewezen Afdelingsuitspraken. Daarna vatten wij de kern van de regeling uit de consultatieversie samen en voorzien deze van enige bevindingen. Wij sluiten af met een conclusie.

2. Het arrest van het Hof

Het arrest van het Hof draait om de toepassing van het Verdrag van Aarhus. Dit is een Europees verdrag dat in 2001 in werking is getreden. Het heeft betrekking op drie onderwerpen, allemaal met betrekking tot milieuaangelegenheden: de toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter. De artikelen uit dit Verdrag die het Hof bespreekt komen erop neer dat nationaal recht inspraakmogelijkheden ook aan anderen dan alleen aan belanghebbenden kan geven, maar dat hoeft het nationale recht niet te doen. Geeft het nationale recht die inspraakrechten dan toch ook aan anderen, dan moeten die anderen ook bij de rechter naar voren kunnen brengen dat zij hun rechten op inspraak geschonden achten.

Relevant voor dit oordeel zijn artikel 6 en 9 van het Verdrag. Daarbij komt in het bijzonder belang toe aan een onderscheid tussen 'publiek' en 'betrokken publiek'. In het hierna nog nader te bespreken concept van de memorie van toelichting wordt het onderscheid tussen 'publiek', 'betrokken publiek' en 'belanghebbenden' als volgt geschetst:

Personenkringen Aarhus

Publiek (NL: eenieder)
inspraakrecht als bedoeld in artikel 6 via artikel 3 lid 5
toegang tot rechter via artikel 9 lid 3

Betrokken publiek
inspraakrecht via artikel 6

Leden van het betrokken publiek
die een voldoende belang hebben
(NL: belanghebbenden)
toegang tot rechter via artikel 9 lid 2

Het Hof van Justitie verklaart voor recht dat artikel 9 lid 2 Verdrag zich er niet tegen verzet dat de leden van het in artikel 2 onder 4 Verdrag bedoelde 'publiek' als zodanig geen toegang tot de rechter hebben om op te komen tegen een besluit dat binnen de werkingssfeer van artikel 6 Verdrag valt. Er is dus geen verplichting voor de lidstaten om het beroep bij de bestuursrechter voor eenieder mogelijk te maken. Daarentegen verzet artikel 9 lid 3 Verdrag zich er wel tegen dat deze personen geen toegang tot de rechter kunnen hebben om zich te beroepen op ruimere rechten op inspraak in het besluitvormingsproces die alleen door het nationale milieurecht van een lidstaat worden verleend. Als een lidstaat dus ruimte biedt voor inspraak, moeten de personen aan wie die ruimte wordt geboden ook bij de bestuursrechter aanspraak kunnen maken op dat recht. Verder verzet artikel 9 lid 2 Verdrag zich ertegen dat de ontvankelijkheid van het daarin bedoelde beroep in rechte, dat wordt ingesteld door niet-gouvernementele organisaties die deel uitmaken van het in artikel 2 onder 5 Verdrag bedoelde 'betrokken publiek', afhankelijk wordt gesteld van hun deelname aan de voorbereidingsprocedure voor het bestreden besluit, ook al is deze voorwaarde niet van toepassing wanneer hun redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij daar niet aan hebben deelgenomen. Het kunnen instellen van beroep door wat in Nederland een belanghebbende wordt genoemd, mag dus niet afhankelijk zijn van het eerder ingediend hebben van een zienswijze. Ten slotte verzet artikel 9 lid 3 Verdrag zich er niet tegen dat de ontvankelijkheid van een daarin bedoeld beroep in rechte afhankelijk wordt gesteld van de deelname van de verzoeker aan de voorbereidingsprocedure voor het bestreden besluit, tenzij hem, gelet op de omstandigheden van de zaak, redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij hier niet aan heeft deelgenomen. Voor niet-belanghebbenden mag het ingediend hebben van een zienswijze dus wel als toegangseis voor instellen van beroep worden gehanteerd.

Zoals hiervoor al aangehaald, heeft het Verdrag van Aarhus specifiek betrekking op milieuaangelegenheden. Een belangrijke vraag is op welke besluiten dit Verdrag betrekking heeft en wanneer dus toepassing moet worden gegeven aan dit arrest. Artikel 9 lid 2 Verdrag verwijst naar

6. Zie ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, AB 2021/201, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en H.D. Tolsma, JB 2021/87, m.nt. R.J.N. Schlössels en ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, AB 2021/202, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en H.D. Tolsma, JB 2021/119, m.nt. redactie, onder meer besproken door R.H.W. Frins, 'Het arrest Varkens in Nood en de ruimhartige uitleg van de Afdeling nader beschouwd', TBR 2021/67 en H.A.J. Gierveld, 'Arrest Varkens in Nood: twee richtinggevende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak', TO 2021, afl. 2, p. 37-43.

7. Zie onder andere G.A. van der Veen, 'Meer varkens zonder zienswijzen dan nodig. Rechtsbescherming bij de bestuursrechter na het arrest Varkens in nood', NtER 2021, afl. 9-10, p. 234-238, waaraan de hieronder opgenomen bespreking van het arrest van het Hof en de daaropvolgende Afdelingsjurisprudentie ontleend is.

enig besluit, handelen of nalaten dat valt onder de bepalingen van artikel 6 Verdrag. Artikel 6 Verdrag heeft blijkens zijn omschrijving betrekking op inspraak in besluiten over specifieke activiteiten. Specifieke activiteiten zijn blijkens lid 1 onder a activiteiten vermeld in bijlage I en blijkens lid 1 onder b andere besluiten die een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben, waarbij de partijen (dus de afzonderlijke staten) bepalen of een activiteit onder deze bepalingen valt. Het gaat bij artikel 6 Verdrag dus om 'zware besluiten', waarbij de zwaarte van een besluit wordt bepaald door de plaatsing op een lijst, of – bij gebrek aan plaatsing op de lijst – door de zwaarte van het effect op het milieu. Artikel 9 lid 3 Verdrag waarborgt toegang tot de rechter om het handelen en nalaten van privépersonen en overheidsinstanties te betwisten die strijdig zijn met bepalingen van haar nationale recht betreffende het milieu.

Het begrip 'milieu' is heel breed. Het gaat onder meer om de toestand van elementen van het milieu, zoals lucht en atmosfeer, water, bodem, land, landschappen en natuurgebieden, biologische diversiteit en componenten daarvan, maar dat is nog lang niet alles.⁸

Volgens het Hof van Justitie volgt uit eigen eerdere rechtspraak dat lid 3 zich er in beginsel niet tegen verzet dat de ontvankelijkheid van de beroepen waarop zij betrekking heeft, afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de verzoeker reeds in de bestuurlijke procedure zijn bezwaren tijdig kenbaar heeft gemaakt, aangezien door een dergelijke regel het snelst de litigieuze punten kunnen worden bepaald en eventueel in de loop van de bestuurlijke procedure kunnen worden opgelost, zodat een beroep in rechte niet langer nodig is.

Het Hof bespreekt verder de begrippen 'publiek' en 'betrokken publiek' uit het Verdrag. Als hierboven al opgemerkt, staat het Verdrag lidstaten toe dat zij anderen dan 'het betrokken publiek' en dus het publiek voor zover het niet 'betrokken' is, geen toegang tot de rechter geven. Dat mogen de lidstaten doen voor de zware besluiten van artikel 6 Verdrag en ook voor de andere milieubesluiten. Als lidstaten echter ook rechten op inspraak hebben gegeven aan anderen dan het betrokken publiek, dan dienen ook die anderen toegang tot de rechter te hebben om zich op die rechten te kunnen beroepen. Aan die anderen mag dan de toegang tot de rechter niet worden ontzegd om zich te kunnen beroepen op ruimere rechten op inspraak in het besluitvormingsproces die alleen door het nationale milieurecht van een lidstaat worden verleend.

Voor het Nederlandse bestuursprocesrecht betekent dit oordeel van het Hof van Justitie nogal wat. Het Nederlandse systeem gaat er immers van uit dat wanneer de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is toegepast – en dus een ontwerp van het besluit voor het indienen van zienswijzen ter inzage heeft gelegen – alleen de belanghebbenden die een zienswijze hebben ingediend ook beroep kunnen instellen. Zonder zienswijzen is de kans dat beroep wordt ingesteld dus bijzonder klein en kan snel tot de voor de vastgoedpraktijk zo belangrijke conclusie worden gekomen dat een besluit onherroepelijk is geworden of vlot zal worden. Op dezelfde wijze geven

zienswijzen van niet-belanghebbenden meestal weinig reden tot zorg: omdat zij geen beroep kunnen instellen zullen zij de spoedige onherroepelijkheid van een besluit niet in de weg kunnen staan. Deze zekerheden verdwijnen met het moeten toepassen van dit oordeel van het Hof van Justitie.

3. De reactie van de Afdeling bestuursrechtspraak

Het arrest van het Hof van Justitie liet een aantal vragen open die vervolgens door de Afdeling zijn beantwoord, zoals de vraag wat in concreto onder de 'zware' milieubesluiten diende te worden begrepen en de vraag tot hoever artikel 6:13 Awb buiten toepassing moest worden gelaten. Tot en met 26 april 2022 stonden er in de uitspraken database van de Afdeling 71 uitspraken waarin het arrest met vindplaats aan de orde kwam, maar de belangrijkste twee dateren van 14 april en 4 mei 2021. In de uitspraak van 14 april 2021 beziet de Afdeling allereerst wat onder 'het betrokken publiek' verstaan moet worden. Dat zijn de belanghebbenden naar nationaal recht. Volgens de Afdeling mag hun beroepsrecht niet afhankelijk worden gesteld van deelname aan de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Artikel 6:13 Awb moet echter niet alleen buiten toepassing blijven voor het beroepsrecht als zodanig, maar ook voor de zogeheten onderdelentrechter bij besluiten die uit verschillende besluitonderdelen bestaan. Die trechter behelste, dat het beroep zich niet (of niet mede) kon richten tegen andere onderdelen van een besluit, dan de onderdelen waartegen eerder een zienswijze was ingediend. Als immers een belanghebbende die geen zienswijze heeft ingediend ten aanzien van alle onderdelen beroep kan instellen, geeft het geen pas een belanghebbende die wel een zienswijze heeft ingediend te beperken tot de onderdelen die in die zienswijze aan de orde zijn gesteld. Dit oordeel van de Afdeling is echter een afwijking van wat in de wet is bepaald. Daarom behoeft artikel 6:13 Awb aanpassing door de wetgever. Dat is volgens de Afdeling dus nodig op beide punten, ook al had het Hof van Justitie zich niet uitgesproken over de onderdelentrechter.

Bij gebreke van een onmiddellijk beschikbare wetswijziging voorziet de Afdeling zelf in een tijdelijke oplossing. De Afdeling beantwoordt eerst de vraag welke besluiten nu vallen onder artikel 6 Verdrag. Volgens de Afdeling is dat niet in algemene zin aan te geven. De Afdeling constateert – kort samengevat – dat in ieder geval besluiten over activiteiten in de sfeer van ruimtelijke plannen en vergunningen waarvoor een milieueffectrapport (m.e.r.) moet worden gemaakt dan wel waarvoor een m.e.r.-beoordeling moet worden verricht aan de orde zijn. Volgens de systematiek van de regels hangt het echter uiteindelijk in veel gevallen af van de concrete omstandigheden waaronder een project wordt ondernomen of voor een besluit al dan niet een m.e.r. of m.e.r.-beoordeling moet worden gemaakt. Zowel bij deze besluiten, als bij de besluiten over activiteiten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben, constateert de Afdeling dat het toepassingsbereik van artikel 6 Verdrag niet gemakkelijk op voorhand is af te bakenen. Om het toepasselijke procedurele regime vast te kunnen stellen

8. Zie nader artikel 2 lid 3 onder a-c Verdrag.

en op basis daarvan te beoordelen of een beroep van een belanghebbende ontvankelijk is, moet eerst worden beoordeeld of het aangevochten besluit onder het bereik van artikel 6 Verdrag valt. Dat zal soms bewerkelijk zijn, omdat tot in detail moet worden bekeken of dat besluit onder een van de vermelde categorieën valt. Dat kan onder omstandigheden ook het stellen van prejudiciële vragen noodzakelijk maken. Bovendien kan het bij bepaalde typen besluiten, zoals besluiten tot vaststelling van ruimtelijke plannen, voorkomen dat bepaalde onderdelen wel en bepaalde onderdelen niet onder de werkingssfeer van artikel 6 Verdrag vallen, aldus de Afdeling.

Met andere woorden, de Afdeling stelt aldus dat de materiële criteria van artikel 6 Verdrag onwerkbaar zijn. Daarom komt de Afdeling met een praktisch bedoelde oplossing, die niet materieel van aard lijkt, maar formeel. In alle gevallen waarin in omgevingsrechtelijke zaken de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure is toegepast, wordt artikel 6:13 Awb niet tegengeworpen aan belanghebbenden. De Afdeling noemt dat een ruimhartige invulling. Omdat de Afdeling niets zegt te kunnen met de materiële criteria van het Verdrag, wijkt de Afdeling uit naar het formele criterium van de voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb.

In de uitspraak van 4 mei 2021 bouwt de Afdeling voort op het arrest en de eerdere uitspraak. De Afdeling leest in het arrest van het Hof van Justitie dat nationaal milieurecht dat aan eenieder het recht geeft zienswijzen over een ontwerpbesluit naar voren te brengen, niet vervolgens de toegang tot de rechter mag onthouden aan een lid van het publiek dat een zienswijze heeft ingediend. Daarom moet artikel 8:1 Awb in zoverre wijken, want dat verleent alleen aan belanghebbenden toegang tot de bestuursrechter.

Een niet-belanghebbende die op grond van een wettelijke bepaling op het terrein van het milieurecht een zienswijze naar voren heeft gebracht over een ontwerpbesluit, kan dus niet worden tegengeworpen dat hij geen belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2 Awb, als hij vervolgens tegen het besluit beroep instelt. Ook hier is de wetgever aan zet maar ook hier moet de Afdeling in de tussentijd een oplossing geven. Die komt erop neer dat een niet-belanghebbende die een zienswijze mocht indienen en dat gedaan heeft, in beroep niet wordt tegengeworpen dat hij geen belanghebbende is. Ook de niet-belanghebbende die verschoonbaar geen of te laat een zienswijze heeft ingebracht tegen het ontwerpbesluit, zal niet worden tegengeworpen dat hij geen belanghebbende is.

De Afdeling maakt dan duidelijk wat de niet-belanghebbende in rechte kan aanvoeren. De Afdeling had – kort samengevat – de keuze tussen klagen over fouten in de zienswijzeprocedure en dus louter gebreken in de inspraak of het meer gebruikelijke naar voren brengen van beroepsgronden ten aanzien van het besluit zelf. Het arrest liet dat punt open omdat het sprak over het beroepsrecht op grond van rechten van inspraak in het besluitvormingsproces. De Afdeling kiest voor beroepsgronden ten aanzien van het besluit zelf, waarbij het uiteraard mogelijk is ook te klagen over fouten in de procedure. Volgens de Afdeling is de achtergrond van het oordeel van het Hof van Justitie hier de bevordering van de nuttige werking van de inspraakrechten. Verder is volgens de Afdeling

een onderscheid tussen beroepsgronden over inspraakrechten en in het verlengde daarvan liggende materiële gronden niet altijd eenvoudig te maken. Ook hier kiest de Afdeling dus voor een ruime benadering om, zoals de Afdeling zegt, afbakeningsdiscussies te vermijden.

Met de Afdelingsuitspraken is een zeer ruime strekking gegeven aan het arrest. Die strekking is ruimer dan het Verdrag van Aarhus vergt. De verbreding van de rechtsbescherming is in belangrijke mate opgehangen aan het formele punt, dat bij de voorbereiding van een omgevingsrechtelijk besluit afdeling 3.4 Awb gevolgd is. Besluiten die zo zijn voorbereid, kunnen vallen binnen de lijst van artikel 6 Verdrag, maar ook daarbuiten. Ook voor die laatste groep van besluiten sluit dus de Afdeling de beperkingen van artikel 6:13 en 8:1 Awb uit. Dat hoefde op grond van het arrest niet omdat dat geen gebreken in het bestuursprocesrecht zag bij andere besluiten dan de 'zwarte besluiten' van artikel 6 Verdrag.

4. De consultatieversie

De consultatieversie beoogt gevolgen van het arrest naar wetgeving te vertalen. De Afdeling overwoog al heel nadrukkelijk dat het aan de wetgever is te voorzien in wijzigingen in de wet waarmee het bestuursprocesrecht weer kan voldoen aan de eisen die het Verdrag van Aarhus stelt. Om daaraan gevolg te geven, is een wetswijziging voorbereid en in consultatie gebracht, zodat eenieder die zich daartoe geroepen voelt een reactie kan geven.

De consultatieversie van 2 april 2022 bevat een aantal wijzigingen van de Awb. De toelichting benadrukt dat het arrest van het Hof de aanleiding is en dat het arrest alleen betrekking heeft op besluiten die vallen onder artikel 6 Verdrag. De beoogde wijzigingen gaan dan ook minder ver dan de Afdelingsuitspraken die (als opgemerkt) meer aanknoopten bij de toepasselijkheid van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. De wijzigingen zijn opgehangen aan de reikwijdte van artikel 6 Verdrag door een omschrijving van besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben als bedoeld in artikel 6 Verdrag. Deze besluiten zijn omschreven in een nieuwe bijlage bij de Awb, de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten.

In die regeling worden allereerst verschillende besluiten genoemd waarvan evident is dat deze aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Dat zijn allereerst de besluiten waarvoor een m.e.r.-plicht of m.e.r.-beoordelingsplicht geldt. Vervolgens wordt nog een aantal specifieke besluiten genoemd waarvan vrij duidelijk is dat van aanzienlijke milieueffecten sprake kan zijn. Daarna komt er echter nog een restcategorie: andere besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Dat zijn besluiten waarbij dat niet altijd het geval zal zijn, maar in specifieke omstandigheden wel. Als voorbeeld wordt genoemd een verkeersbesluit. Veelal zal geen sprake zijn van aanzienlijke milieueffecten. Als het echter gaat om een grootschalige aanpassing van de maximumsnelheid zou dat wel het geval kunnen zijn; sterker nog, dat zou wel eens het doel van het besluit kunnen zijn. In een dergelijk geval moet dus bij dat besluit worden be-

paald of het aanzienlijke milieueffecten zou kunnen hebben.

Voor de besluiten op die bijlage worden vier wijzigingen van de Awb voorgenomen.

In de eerste plaats wordt voor belanghebbenden artikel 6:13 Awb losgelaten. Deelname aan de bestuurlijke voorfase van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb is dus niet meer vereist voor beroep bij de bestuursrechter. Belanghebbenden kunnen daarom beroep instellen tegen een besluit, ook als zij geen zienswijze met betrekking tot het ontwerpbesluit naar voren hebben gebracht. Belanghebbenden die wél een zienswijze naar voren hebben gebracht, mogen bij de bestuursrechter ook nieuwe gronden aanvoeren en onderdelen van besluiten aanvechten, waarover zij geen zienswijze hadden ingediend. Technisch is de wijziging aldus, dat aan artikel 6:13 Awb een tweede lid wordt toegevoegd, waarmee de in het (dan) eerste lid opgenomen eis van voorafgaande zienswijzen voor beroep bij de bestuursrechter niet van toepassing wordt verklaard op een besluit dat is omschreven in de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten.

Ten tweede bevat het voorstel voor niet-belanghebbenden aan wie naar nationaal recht inspraak was gegund, een beroepsrecht bij de bestuursrechter. Voorwaarde voor een ontvankelijk beroep is dat de niet-belanghebbende een zienswijze naar voren heeft gebracht met betrekking tot het ontwerpbesluit of, als hij dat niet heeft gedaan, dat dit hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. Meer precies wordt artikel 8:1 Awb van een tweede lid voorzien, waarin is opgenomen dat een ander dan een belanghebbende tegen een besluit beroep kan instellen bij de bestuursrechter, indien voldaan is aan de cumulatieve eisen dat het besluit in de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten is omschreven, hij in de gelegenheid is of had moeten worden gesteld een zienswijze als bedoeld in artikel 3:15 Awb naar voren te brengen en hij gebruik heeft gemaakt van die gelegenheid of hem redelijkerwijs niet kan worden verweten daarvan geen gebruik te hebben gemaakt.

Ten derde voorziet het voorstel in een aanvulling van artikel 3:10 Awb voor het geval er ten aanzien van een besluit dat onder artikel 6 Verdrag valt, geen voorbereidingsprocedure is voorgeschreven of een andere voorbereidingsprocedure dan afdeling 3.4 Awb is voorgeschreven terwijl wel sprake is van een Aarhus-besluit. Om aan artikel 6 Verdrag te voldoen, moet het bestuursorgaan in zo'n situatie op de voorbereiding van dat besluit afdeling 3.4 Awb toepassen. In het verlengde daarvan bevat het voorstel een aanvulling van artikel 3:15 Awb, waarmee wordt verzekerd dat steeds wanneer sprake is van een Aarhus-besluit, de kring van inspraakgerechtigden voldoet aan artikel 6 Verdrag. Meer concreet wordt aan artikel 3:10 Awb een lid toegevoegd, dat behelst dat het bestuursorgaan bij besluit bepaalt dat afdeling 3.4 Awb van toepassing is op de voorbereiding van een besluit dat gaat over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben, tenzij reeds bij wettelijk voorschrift is bepaald dat deze afdeling van toepassing is. Ook artikel 3:15 Awb krijgt een extra lid dat het bestuursorgaan voorschrijft

dat ook aan anderen dan belanghebbenden de gelegenheid moet worden geboden hun zienswijze naar voren te brengen over een te nemen besluit over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben, tenzij dat reeds bij wettelijk voorschrift is bepaald.

Ten vierde wijzigt het voorstel artikel 7:1 Awb met een verduidelijking dat het indienen van een bezwaarschrift geen ontvankelijkheidseis bij de bestuursrechter is als het gaat om een Aarhus-besluit. Het nieuwe artikel 7:1 lid 1 onder h Awb bepaalt dat geen bezwaarschrift ingediend wordt tegen een besluit dat is opgenomen in de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten.

5. Bevindingen

Het voorstel maakt keuzes en die zijn redelijk te volgen. De toelichting bij het voorstel beschrijft dat de opsteller bij de voorbereiding enkele varianten heeft verkend. Daarbij speelde de vraag naar de meest passende breedte van de regeling, een regeling die qua toepassingsbereik nauw is toegesneden op de reikwijdte van het verdrag en het arrest en dus een beperking bevat tot Aarhus-besluiten, of een bredere regeling voor besluiten in het omgevingsrecht die met afdeling 3.4 Awb zijn voorbereid, of ten slotte een nog bredere regeling voor besluiten in het gehele bestuursrecht die met afdeling 3.4 Awb zijn voorbereid.

De keuze viel op het eerste alternatief ter vervanging van de jurisprudentie van de Afdeling. Met de eerste variant kan de (blijkbaar) gewenste beperking tot Aarhus-besluiten het beste worden ingevuld en wordt de (kennelijk ongewenste) 'bijvangst' van niet-Aarhus-besluiten beperkt.

Deze keuze houdt vooral verband met het bevorderen van een voortvarende en efficiënte besluitvorming in de bestuurlijke en rechterlijke fase bij niet-Aarhus-besluiten die onder de tijdelijke voorziening van de Afdeling vallen, aldus de opsteller van het voorstel. Deze eerste variant leidt volgens de opsteller ook tot een heldere en robuuste wettelijke regeling die voorziet in correcte implementatie van internationaal- en Europeesrechtelijke verplichtingen, die zorgt voor een voortvarende en efficiënte besluitvorming in de bestuurlijke en rechterlijke fase bij niet-Aarhus-besluiten en die naar het oordeel van de regering werkbaar is voor de rechtspraktijk. Een ruimere en meer met de Afdelingsjurisprudentie overeenstemmende regeling zou volgens de opstellers kunnen leiden tot een minder voortvarende en minder efficiënte besluitvorming in de bestuurlijke en rechterlijke fase. Tegelijkertijd zou zo'n variant in bepaalde opzichten ook weer te beperkt zijn, waardoor het risico van niet-volledige implementatie bestaat. Dit komt door de beperking tot het omgevingsrecht. Niet uitgesloten is dat ook een besluit op grond van een niet tot het omgevingsrecht behorende wet als Aarhus-besluit moet worden aangemerkt omdat het besluit gaat over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben, aldus de opsteller. Zie het hiervoor genoemde voorbeeld van een verkeersbesluit.

De keuzes vallen wel te begrijpen. Zij blijven alleen wel wat op veronderstellingen gebaseerd. In het licht van het vrij lange tijdsverloop voor dit voorstel tot dusverre en de te verwachten tijd van behandeling die nog komt, zou

het interessant kunnen zijn om de keuzes van het voorstel meer diepgaand naast de keuzes uit de Afdelingsjurisprudentie te leggen en te bezien, hoeveel gevallen tot verschillende uitkomsten zouden leiden. Dan zou meer feitelijk beoordeeld kunnen worden, welke variant het meest helder en robuust is, en of de Afdelingsvariant duidelijk tot meer beroepen leidt en dus echt meer dan nodig inwerkt op de gewenste voortvarende en efficiënte besluitvorming. Tot en met 26 april 2022 waren er naast de al genoemde 71 uitspraken bij de Afdeling op rechtspraak.nl nog 25 uitspraken van rechtbanken te vinden. Wellicht valt mede aan de hand daarvan nog wat meer met bevindingen en minder met veronderstellingen te werken. De opsteller van het voorstel heeft immers niet de keuze gemaakt voor de ene variant of de andere, omdat die juridisch beter zou zijn.

Wij weten niet zeker, of met de opsomming van 'Aarhus-besluiten' in Bijlage 4 van de Awb inderdaad steeds meer duidelijkheid wordt geboden. Voor de expliciet genoemde besluiten is er inderdaad weinig aanleiding voor een discussie. Voor de restcategorie – andere besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben – blijft er echter mogelijkheid tot discussie, maar dat was bij interpretatie van artikel 6 Verdrag niet anders. Omdat er discussie denkbaar is, zou het bevoegd gezag de ene kant of de andere kant op kunnen redeneren, afhankelijk van de gekozen strategie. Het bevoegd gezag zou ervoor kunnen kiezen een besluit dat hiervoor in aanmerking zou kunnen komen niet zo te kwalificeren, in de hoop dat niemand protesteert en dat dus zonder uitgebreidere rechtsbescherming de procedure kan worden doorlopen. Gaat het dan echter mis, dan komt er in die procedure allereerst een discussie over deze beoordeling van het bestuursorgaan en ligt daarmee extra vertraging in het verschiet. De andere strategie zou juist de vlucht naar voren zijn en besluiten bij twijfel maar aanduiden als besluiten met 'mogelijk aanzienlijke milieueffecten'. Het ligt niet voor de hand dat het ten onrechte toekennen van die kwalificatie aan de rechtmatigheid van het besluit zelf zou kunnen afdoen, maar de procedure wordt dan wel onnodig zwaar. Alsdan wordt immers afdeling 3.4 Awb toegepast, kunnen belanghebbenden die geen zienswijze hebben ingediend zich alsnog in beroep melden of daar nieuwe gronden aanvoeren en kunnen niet-belanghebbenden die een zienswijze hebben ingediend ook in beroep meedoen. Voor de aanvrager van het betreffende besluit zal dit veelal onwenselijk zijn.

Als we nog iets verder inzoomen op de afweging die het bevoegd gezag hier moet maken, zien we dat de wetgever dan daarvan verlangt de materiële afweging te maken omtrent de toepassing van artikel 6 Verdrag, waarvan de Afdeling zegt dat deze ondoenlijk is om in de rechtspraak te moeten beoordelen en dat deze waarschijnlijk tot allerlei prejudiciële vragen zal leiden. Die beoordeling wordt nu niet op het niveau van de wetgever uitgevoerd en dat kan inderdaad ook niet. Het is daarmee voor enige kritiek vatbaar dat de toelichting het voorstel als een heldere en robuuste regeling omschrijft: de te maken moeilijke keuzes worden immers niet in de voorgestelde wettelijke

regeling gemaakt, maar doorgeschoven naar de uitvoering en rechtsbescherming. Dat vraagt veel van het gemiddelde bestuursorgaan. Daarna kan de keuze toch weer op het bordje van de bestuursrechter terecht komen.⁹ Voor de vastgoedsector met al zijn uitdagingen lijkt dit onwenselijk, want besluiten blijven dan langer onderdeel van procedures, niet omdat er materieel iets moet wijzigen aan het voorgenomen project, maar omdat juridische puzzels moeten worden opgelost. Anderzijds: van de voorgaande ruimhartige benadering van de Afdeling was in ieder geval duidelijk dat deze kon leiden tot bijvangst die van het Hof niet had gehoeven en dus kon leiden tot meer procedures van (niet-)belanghebbenden dan nodig.

Het Verdrag van Aarhus verplicht niet tot het opstellen van de mogelijkheid zienswijzen in te dienen voor eenieder. Dat is een keuze die in een lidstaat kan worden gemaakt. Een begrijpelijke respons op het arrest van het Hof was om enerzijds de rechtsbescherming voor de belanghebbenden te versterken – daar verplicht het Hof ook toe – en anderzijds de mogelijkheden voor de niet-belanghebbenden juist te beperken – dat is immers de vrije ruimte van de lidstaat. Dit komt dan iets genuanceerder te liggen omdat het Verdrag van Aarhus een tussencategorie in de vorm van het 'betrokken publiek' onderscheidt, waarover hierna meer. Het zou wel gepast hebben als ook deze oplossingsrichting verder verkend zou zijn. In de voorgestelde memorie van toelichting wordt als een van de uitgangspunten genoemd dat het bestaande niveau van rechtsbescherming gelijk moest blijven. Daarmee mist het voorstel echter de kans om in een bredere context van de opgaven in de fysieke leefomgeving de vraag te stellen of, en zo ja wanneer, behoefte bestaat aan zienswijzenmogelijkheden voor eenieder, mede met het oog op andere vormen van inspraak, zoals participatie.

Met de keuze voor een variant die zo nauw mogelijk aansluit bij het arrest, passen de voorgenomen aanpassingen van artikel 3:10 en 3:15 Awb niet zo goed. Met die aanpassingen wordt de kring van indieners van zienswijzen opgerekt, waardoor vervolgens het arrest van toepassing wordt op de toegang tot de bestuursrechter voor eenieder. De toelichting verklaart die keuze op basis van voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State uit 2009, onder vermelding in voetnoot 39 van de toelichting dat inmiddels uit het arrest een beperktere lezing voortvloeit. Waar gaat het om?

De Afdeling advisering had in 2009 aandacht besteed aan de formulering van 'betrokken publiek' in de zin van artikel 2 lid 5 Verdrag en 'leden van het betrokken publiek die een voldoende belang hebben' in de zin van artikel 9 lid 2 Verdrag, in relatie tot het belanghebbendebegrip van de Awb. De Afdeling advisering achtte de conclusie gerechtvaardigd dat het recht op inspraak in het verdrag wordt toegekend aan 'het publiek' en niet aan 'het betrokken publiek'. Artikel 6 Verdrag verplichtte volgens haar tot het bieden van inspraakgelegenheid aan een ruimere kring dan die van de belanghebbenden, bedoeld in artikel 1:2 Awb. De toelichting meldt dat het Hof inmiddels heeft uitgesproken dat de inspraakrechten van artikel 6 Verdrag alleen gelden voor 'het betrokken publiek' in de

9. Zie voor een voorbeeld Rb. Overijssel 21 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4794.

zin van artikel 2 lid 5 Verdrag. Volgens de Afdeling advisering bestaat 'het betrokken publiek' niet alleen uit degenen die een belang hebben dat bescherming vindt in de van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Waar het gaat om betrokkenheid bij de milieubesluitvorming is reeds voldoende dat men feitelijk gevolgen ondervindt of waarschijnlijk zal ondervinden. Aangenomen mag worden dat het Verdrag de kring van 'het betrokken publiek' ruimer trekt dan degenen die als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb worden aangemerkt, aldus de Afdeling. Dat is mogelijk, maar dan is het nog de vraag of dan 'alle' sluzen opengezet dienden te worden, of dat niet volstaan had kunnen worden met een algemene oproep aan de bestuursrechter om waar nodig het belanghebbendebegrip zo uit te leggen, dat daaronder 'het betrokken publiek' zou vallen, maar ook niet meer dan dat. Indien de kring van personen die als belanghebbenden in de zin van de Awb zijn aan te merken, inderdaad kleiner is dan de kring van personen die volgens artikel 6 Verdrag minimaal inspraakrechten behoren te hebben ('het betrokken publiek'), dan nog staat vast dat het niet gaat om 'het publiek', maar om een kleinere groep. Hier kiest het voorstel dus voor een bredere toegang tot de rechter, dan uit het arrest voortvloeit.

Een volgende vraag die moet worden gesteld, maar in het voorstel toch grotendeels wordt vermeden, is wat een niet-belanghebbende ermee wint om ook beroep te kunnen instellen. Dat zou moeten worden beoordeeld in de context van het relativiteitsvereiste. 'Tell me, Mr. Anderson. What good is a phone call, if you're unable... to speak?', aldus agent Smith in *The Matrix*. Wat heeft een niet-belanghebbende eraan beroep te kunnen instellen indien de daar aan te voeren gronden, in ieder geval voor zover deze niet procedurele aspecten betreffen, zouden sneuvelen op het relativiteitsvereiste? Nu is uit de aard der zaak nog niet of nauwelijks ervaring opgedaan met de toetsing aan het relativiteitsvereiste van beroepsgronden van niet-belanghebbenden. Het ligt echter in de rede aan te nemen dat er voor niet-belanghebbenden in een beroepsprocedure weinig te halen valt. We tuigen dan echter wel vrijwillig een procedure op, terwijl dit voor alle betrokkenen extra werk oplevert en projecten vertraagt. Dat is een opmerkelijke keuze kort voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet waarmee procedures juist eenvoudiger en beter zouden moeten worden. Aan de keuze om de mogelijkheid van zienwijzen door eenieder geheel of onder omstandigheden af te schaffen, had in dat licht meer aandacht mogen worden besteed dan het korte terzijde schuiven zoals dat thans in de voorgestelde memorie van toelichting is geschied. Zou het geen overweging verdienen om het relativiteitsvereiste ook in te voeren in de bestuursrechtelijke voorfasen, dus in dit geval in de zienwijzprocedure? Het relativiteitsvereiste werd met de Crisis- en herstelwet van 31 maart 2010 alleen voor de procedures van beroep en hoger beroep bij de bestuursrechter ingevoerd. Er werd gevreesd dat toepassing van het beginsel voor bestuursorganen te lastig zou zijn. Inmiddels is het beginsel in ieder geval in het omgevingsrecht door vele Afdelingsuitspraken uitgekristalliseerd. De vrees dat bestuursorganen voor een lastige

toepassing komen te staan, lijkt dan ook niet meer terecht. Voor vervroeging van de thans eenvoudiger toets op relativiteit pleit, dat partijen zo vlot mogelijk vernemen of zij bij de rechter kans maken om 'iets' te bereiken, of toch stranden op relativiteit. Concreet betekent dit dat dan twee stappen moeten worden gezet. Allereerst wordt het bereik van het relativiteitsvereiste uitgebreid naar de bezwaar- en zienswijzenfase. De inmiddels verder uitgekristalliseerde jurisprudentie en de drempel van 'kennelijkheid' voorkomen dat hier een te moeilijke toets door het bestuursorgaan moet worden toegepast. Ten tweede dient in de tekst van de wet expliciet te worden gemaakt dat het niet gaat om het beschermingsbereik van de norm in abstracto – iedere inwoner van Nederland heeft belang bij schone lucht, dus alle inwoners worden beschermd door een norm met betrekking tot luchtkwaliteit – maar het beschermingsbereik in het concrete geval – dat wat de norm hier regelt, raakt dat aan een concreet in het geding zijnd belang van de bezwaarmaker of inspreker? Zo kan het relativiteitsvereiste een heldere grens vormen voor alles wat door de ruime kring van belanghebbenden en niet-belanghebbenden kan worden aangevoerd. In de jurisprudentie – zie bijvoorbeeld de bekende overzichtsuitspraak van de Afdeling¹⁰ – is dit nog niet uitgemaakt, omdat daarin nog kon worden uitgegaan van belanghebbenden die beroep instellen. Het regelen van dit onderwerp moet echter niet worden uitgesteld tot het moment van rechtspraak, maar kan in de wet worden opgenomen.

Het voorstel zoals in consultatie gebracht, gaat uit van snelle invoering, op basis van het huidige stelsel. Daarbij wordt ook meteen voorzien in de wetswijzigingen voor het moment dat de Omgevingswet in werking treedt. Op dit moment is die inwerkingtreding voorzien per 1 januari 2023. Het is de vraag of het mogelijk is nog vóór die datum deze wijzigingen van de Awb door de Tweede en Eerste Kamer te loodsen en in werking te laten treden. Gebeurt dat niet, dan zal ook onder de Omgevingswet nog een tijd gewerkt moeten worden met de ruimhartige jurisprudentie van de Afdeling in reactie op het arrest van het Hof. Mocht daarentegen de Omgevingswet nog eens worden uitgesteld, dan zou dit wetsvoorstel ook voor de periode vóór de inwerkingtreding al betekenis hebben.

6. Conclusie

Het was nodig om onderdelen van het bestuursprocesrecht van de Awb aan te passen na het arrest *Varkens in Nood* van het Hof van Justitie van de EU. De daarvoor opgestelde consultatieversie tot wijziging van de Awb levert gemengde gevoelens op. Het voorstel is vooral zeer technisch, maar mist daarmee de kracht die wel uit het onderwerp geput had kunnen worden. De noodzaak opvolging te geven aan het *Varkens in Nood*-arrest zou ook als kans kunnen worden gezien om de procedures en rechtsbescherming echt een stap te verbeteren: duidelijke keuzes, een duidelijk systeem zonder (te) moeilijke procedurele afwegingen voor uitvoerende bestuursorganen en zonder vertroebeling van inspraak- en beroepsmogelijkheden door niet-belanghebbenden die vervolgens hoogstwaarschijnlijk toch sneuvelen op het relativiteits-

10. ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706.

vereiste. Wat hier zou helpen is als het wetsvoorstel uit de technische context zou worden getild en worden geplaatst in de context van de maatschappelijke opgaven: enerzijds de grote opgaven in het fysieke domein met een woningmarkt-, klimaat- en biodiversiteitscrisis, anderzijds de wil de lessen uit de toelagenaffaire toe te passen en het bestuursprocesrecht daadwerkelijk te verbeteren. In die context schiet dit voorstel nog tekort.

Concreet gaat het om drie verbeterpunten. Het eerste zou wat ons betreft bestaan in de analyse, mede op basis van de rechtspraak die reeds beschikbaar is, of het relativiteitsvereiste ruimte laat voor inhoudelijke beoordeling van beroepen van niet-belanghebbenden. Als blijkt dat die ruimte zeer beperkt is – en dus dat het verlenen van toegang tot de beroepsprocedure een tijdrovende dooie mus – is er alle reden de ruime kring van eenieder die een zienswijze kan indienen te beperken.

Het tweede betreft het doorschuiven naar het uitvoerende bestuursorgaan van de beoordeling van wat besluiten met mogelijk aanzienlijke milieueffecten zijn. Die beoordeling dreigt voor veel vertraging in zowel de voorbereiding van besluitvorming als daarna in de beroepsprocedure te zorgen. Door meer inhoudelijke handvatten te geven of voor groepen van besluiten te bepalen dat deze in ieder geval als zodanig kwalificeren, kan dit ten minste voor een deel worden ondervangen.

Tot slot zou met een verruiming van het relativiteitsvereiste naar ook de bezwaar- en zienswijzenfase, gecombineerd met een duidelijke bepaling dat het gaat om de belangen in het concrete geval, een duidelijke grens kunnen worden getrokken die kan helpen om bij voorbaat kansloze beroepen bij de bestuursrechter in de voorfase al af te vangen.