

## Reactie ten behoeve van consultatie wetsvoorstel "Varkens in nood"

Arjen de Snoo – advocaat bij DLA Piper

Gerrit van der Veen – advocaat bij AKD Advocaten, bijzonder hoogleraar milieurecht RUG

15 mei 2022

### Inleiding

Wij hebben het ter consultatie voorgelegde voorstel met belangstelling gelezen. Als bekend, vindt het zijn aanleiding in het arrest 'Varkens in nood' van 14 januari 2021 van het Hof van Justitie van de EU. Het arrest noopte tot verruiming van de rechtsbescherming in ons omgevingsrecht omdat artikel 6 van het Verdrag van Aarhus daartoe dwong. De Afdeling bestuursrechtspraak reageerde vlot. De Afdeling zette met twee uitspraken van 14 april en 4 mei 2021 ruimhartige toepassingen van het arrest uit, die in belangrijke waren opgehangen aan de voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Wij vertrouwen de lezer bekend met de jurisprudentie van Hof en Afdeling.

### De consultatieversie

De consultatieversie beoogt gevolgen van het arrest van het Hof naar wetgeving te vertalen. 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 van het Verdrag. De beoogde wijzigingen gaat dan ook minder ver dan de Afdelingsuitspraken. De wijzigingen betreffen onder meer wijzigingen van artikel 7:1 en 8:1 Awb. De wijzigingen zijn opgehangen aan de reikwijdte van artikel 6 van het Verdrag door een omschrijving van besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben als bedoeld in artikel 6. Deze besluiten zijn omschreven in een nieuwe bijlage bij de Awb, de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten. Wij vertrouwen de lezer bekend met de inhoud van de consultatieversie en de toelichting en gaan daarom over naar onze bevindingen.

### 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 in het voorstel 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 van het 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 van het 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.<sup>1</sup> Voor de vastgoedsector met al haar 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 een ieder. 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 een ieder, 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, past de voorgenomen aanpassingen van de artikelen 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, vijfde lid, van het verdrag en ‘leden van het betrokken publiek die een voldoende belang hebben’ in de zin van artikel 9, tweede lid, van het 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 van het 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 van het verdrag alleen gelden voor ‘het betrokken publiek’ in de zin van artikel 2, vijfde lid, van het 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” sluisen 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 van het verdrag minimaal

<sup>1</sup> Zie voor een voorbeeld Rb. Overijssel 21-12-2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4794

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 zienswijzeprocedure? Het relativiteitsvereiste werd met 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 Afdeling<sup>2</sup> – 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 wetwijzigingen 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

<sup>2</sup> ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706

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.

### 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 relativiteitsvereiste. 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 toeslagenaffaire toe te passen en het bestuursprocesrecht daadwerkelijk te verbeteren. In die context schiet dit voorstel nog tekort.

Concreet gaat het om drie verbeterpunten. De 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 een ieder die een zienswijze kan indienen te beperken.

De 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 tenminste 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.