

Actualiteiten Varkens in Nood

BR 2023/37

1. Inleiding

In haar jaarverslag van 2022 wijdt de Raad van State enkele woorden aan de stand van de rechtspraak.² De Raad van State stelt daarover dat de afgelopen jaren een duidelijke keerzijde zichtbaar is geworden van de laagdrempelige manier waarop burgers zich tot bestuursorganen kunnen richten. Volgens de Raad van State is steeds vaker een geluid te horen dat een te gemakkelijke toegang het overheidsapparaat kan laten vastlopen. In het jaarverslag wordt dit geïllustreerd met het voorbeeld van talloze verzoeken om openbaarmaking van informatie, gevolgd door ingebrekestellingen en beroepen wegens niet tijdig beslissen.

Deze lijn kan echter gemakkelijk worden doorgetrokken naar het omgevingsrecht. Juist in het omgevingsrecht heeft de afgelopen jaren immers een significante verruiming plaatsgevonden van de toegang tot de rechter, doordat enkele procedurele drempels om omgevingsrechtelijke besluiten bij de rechter aan de orde te stellen voor zowel belanghebbenden als niet-belanghebbenden zijn geschrapt. Die verruiming is ingegeven door het *Varkens in Nood*-arrest van het Europese Hof van Justitie van 14 januari 2021,³ dat is gebaseerd op het Verdrag van Aarhus (hierna: het Verdrag). Het Verdrag stelt onder meer eisen aan de inspraak over besluitvorming met betrekking tot activiteiten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben en de rechtsbescherming die daartegen openstaat. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan over de voorbereiding van een bestemmingsplan waarvoor een milieueffectrapport moet worden opgesteld of dat op grond van de Wet natuurbescherming passend beoordeeld moeten worden. Dit laat zien dat de eisen die het Verdrag stelt ook relevant zijn voor het publiekrechtelijke bouwrecht.

Over het *Varkens in Nood*-arrest en de nasleep daarvan is al veel geschreven.⁴ Toch blijft het arrest de gemoederen bezighouden en blijven er vragen bestaan over de eisen die het Verdrag stelt aan de inspraak en de rechtsbescherming in het Nederlandse omgevingsrecht. Dit artikel beoogt het net op te halen en een weergave van de actuele stand van zaken te geven. Ik start met een beschouwing van de relevante verplichtingen uit het Verdrag (onder 2), het daarop gebaseerde *Varkens in Nood*-arrest (onder 3) en de lijnen die de Afdeling bestuursrechtspraak op basis daarvan heeft

uitgezet (onder 4). Dat is vaker gedaan, maar zo heeft u alles maar bij elkaar. Vervolgens ga ik in op de verdere uitwerking van de lijnen van de Afdeling die in de rechtspraak heeft plaatsgevonden (onder 5) en de wijzigingen van de Awb die worden voorgesteld in de consultatieversie van de wet waarmee het bestuursprocesrecht in overeenstemming met het Verdrag moet worden gebracht (onder 6). Nadat ik aandacht heb gevraagd voor enkele openstaande vragen over de implementatie van het Verdrag (onder 7), sluit ik af met een korte reflectie in het licht van de keerzijde van de laagdrempelige toegang tot de rechter die de Raad van State signaleert (onder 8).

2. Verplichtingen uit het Verdrag van Aarhus

De *Varkens in Nood*-jurisprudentie is gegrond op art. 6 en 9 van het Verdrag. Deze artikelen gaan over inspraak over besluitvorming en de toegang tot de rechter waar het gaat om besluitvorming met betrekking tot activiteiten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben. Het Nederlandse bestuursprocesrecht moet met het Verdrag in overeenstemming zijn. Die verplichting is extra kracht bijgezet doordat ook de Europese Unie partij is bij het Verdrag. Het Verdrag werkt dus ook via het Europees recht door in onze nationale wetgeving. Dat betekent onder meer dat het Europese Hof van Justitie de (op punten tamelijk vage) verdragsbepalingen kan interpreteren naar aanleiding van prejudiciële vragen.

Art. 6 van het Verdrag verplicht lidstaten ertoe te voorzien in inspraak in de besluitvorming over activiteiten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Om de inspraak in goede banen te leiden, moet op een adequate, tijdige en doeltreffende wijze informatie over die besluitvorming openbaar gemaakt worden (art. 6 lid 2 van het Verdrag). Art. 6 stelt verschillende eisen aan het verloop van de inspraakprocedure. De belangrijkste daarvan zijn dat de inspraak plaats moet vinden op het moment dat alle opties open zijn en inspraak nog doeltreffend is (art. 6 lid 4 van het Verdrag) en dat gewaarborgd wordt dat in het uiteindelijke besluit naar behoren rekening wordt gehouden met het resultaat van de inspraak (art. 6 lid 4 van het Verdrag). Art. 9 van het Verdrag stelt eisen aan de toegang tot de rechter. Voor de onderhavige problematiek zijn art. 9 lid 2 en lid 3 van het Verdrag het meest relevant. Art. 9 lid 2 van het Verdrag verplicht de verdragspartijen te waarborgen dat toegang wordt geboden tot een herzieningsprocedure voor een rechterlijke instantie om de materiële en formele rechtmatigheid te bestrijden van besluiten die onder de reikwijdte vallen van art. 6 van het Verdrag. Art. 9 lid 3 van het Verdrag voegt daaraan toe dat toegang moet bestaan tot rechterlijke procedures om het handelen en het nalaten van handelen van privépersonen en overheidsinstanties te betwisten die strijdig zijn met bepalingen van het nationale recht betreffende het milieu.

1 Mr. dr. D. (Daan) Korsse is advocaat bij Soppe Gundelach advocaten in Amelo.

2 Zie www.raadvanstate.nl/jaarverslag2022.

3 HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7.

4 Zie onder meer G.A. van der Veen, 'De oogst van "Varkens in Nood"', *M&R* 2022/101; J.H.N. Ypinga & J. Tingen, 'De Varkens in Nood-saga: de impact van het Verdrag van Aarhus op het Nederlandse omgevingsrecht', *BR* 2021/56; G.A. van der Veen & A. de Snoo, 'Consultatieversie wetsvoorstel "Varkens in Nood" – enkele varkens terug in het hok', *VGR* 2022/3 en R.H.W. Frins, S. Hillegers, T.E.P.A. Lam & A.G.A. Nijmeijer, 'Anders omgaan met het "Varkens in Nood-arrest"', *M&R* 2021/64.

Voor wat betreft de vraag wie aanspraak kan maken op deze rechten op inspraak en rechtsbescherming, maakt het Verdrag onderscheid tussen het 'publiek' en het 'betrokken publiek'. Het begrip 'publiek' wordt in het Verdrag zeer ruim gedefinieerd en komt naar Nederlands recht neer op 'eenieder'. Ook het begrip 'betrokken publiek' is ruim. Het gaat om alle (rechts)personen die waarschijnlijk gevolgen ondervinden van milieubesluitvorming. De reikwijdte van het begrip lijkt daarmee breder te zijn dan de interpretatie van het belanghebbendebegrip in het Nederlandse bestuursprocesrecht. Het Verdrag stelt namelijk geen nadere eisen aan het belang waarvoor de betrokken (rechts)persoon opkomt, terwijl er in het bestuursprocesrecht van wordt uitgegaan dat iemand pas belanghebbende is als diegene een objectief bepaalbaar, persoonlijk, eigen, actueel en rechtstreeks betrokken belang heeft.⁵

Ten aanzien van de inspraakrechten spreekt art. 6 van het Verdrag beurtelings over het publiek en het betrokken publiek. Zo moet het *betrokken publiek* op adequate, tijdige en doeltreffende wijze worden geïnformeerd over de betrokken besluitvorming (art. 6 lid 2 van het Verdrag). Art. 6 lid 7 van het Verdrag bepaalt echter dat *het publiek* de mogelijkheid moet hebben om alle opmerkingen, informatie, analyses of meningen naar voren te brengen die het relevant acht voor de voorgestelde activiteit. In dit licht is eerder geconcludeerd dat het niet mogelijk is om het recht op inspraak te beperken tot belanghebbenden.⁶

Volgens het Verdrag moet de toegang tot de rechter worden geboden aan – voor zover hier relevant – leden van het betrokken publiek die een voldoende belang hebben (art. 9 lid 2, aanhef en onder a, van het Verdrag). Milieuorganisaties worden geacht een voldoende belang te hebben. Voor overige partijen mag het nationale recht voorwaarden stellen waaronder sprake is van een 'voldoende belang', waarbij het doel van het Verdrag om ruim toegang tot de rechter te verschaffen wel in aanmerking moet worden genomen (art. 9 lid 2, 3^e alinea, van het Verdrag).

Wat betreft het type besluiten waarop de rechten op inspraak en rechtsbescherming betrekking moeten hebben (hierna: 'Aarhus-besluiten'), is art. 6 lid 1 van het Verdrag bepalend. Het gaat uitsluitend om activiteiten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Wat hieronder moet worden verstaan, wordt in de eerste plaats uitgewerkt in bijlage I bij het Verdrag, die een opsomming bevat

van verschillende specifieke activiteiten. Het gaat hierbij hoofdzakelijk om activiteiten waarover bij de besluitvorming een milieueffectrapport moet worden opgesteld of waarvoor een m.e.r.-beoordeling moet worden verricht. Art. 6 lid 1 van het Verdrag bevat daarnaast een 'restcategorie'. Die restcategorie bestaat uit besluiten over activiteiten die niet in bijlage I worden genoemd, maar die wel een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben. In het nationale recht wordt bepaald om welke aanvullende activiteiten het gaat en welke rechtsmiddelen precies kunnen worden aangewend tegen de besluiten over dergelijke activiteiten.

Niet alleen het type activiteit is relevant voor de vraag of sprake is van een Aarhus-besluit, ook het type besluit als zodanig. Art. 6 lid 1 van het Verdrag spreekt over "*besluiten over het al dan niet toestaan van activiteiten*". Dergelijke besluiten moeten worden onderscheiden van "*plannen en programma's betrekking hebbende op het milieu*". Dit type besluiten wordt namelijk apart geadresseerd in art. 7 van het Verdrag. In de Implementation Guide die door de Economische Commissie voor Europa van de Verenigde Naties is opgesteld, worden richtlijnen gegeven om een onderscheid te maken tussen enerzijds Aarhus-besluiten en anderzijds plannen en programma's. Volgens de Implementation Guide gaat het bij Aarhus-besluiten over het algemeen om a) beslissingen van een bestuursorgaan in een concreet geval, b) in de regel op aanvraag, c) om een bepaalde activiteit toe te staan op d) een specifieke plaats en onder specifieke voorwaarden, d) vaak ter uitvoering van algemene vereisten die in plannen en programma's zijn opgenomen en die de randvoorwaarden voor de desbetreffende activiteit bevatten. Plannen en programma's kenmerken zich volgens de Implementation Guide doordat zij naar hun aard a) een algemeen karakter hebben (en vaak zijn vastgesteld door de wetgevende macht), b) ambtshalve in procedure worden gebracht, c) kaderstellend zijn voor bepaalde categorieën van specifieke activiteiten en d) in het algemeen op zichzelf beschouwd niet voldoende zijn om een activiteit te ondernemen zonder een nader toestemmingsbesluit.⁷

3. Het Varkens in Nood-arrest

De rechtbank Limburg heeft het Europese Hof van Justitie prejudiciële vragen gesteld over de toepassing van het Verdrag. In die vragen werden de pijlen gericht op art. 6:13 Awb. In dat artikel is de voorwaarde opgenomen dat bij toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure een zienswijze over het ontwerpbesluit naar voren moet zijn gebracht om ontvankelijk beroep bij de bestuursrechter in te kunnen stellen. Uit dit artikel wordt ook afgeleid dat een beroep bij de bestuursrechter moet voortborduren op de zienswijze die over het ontwerpbesluit gegeven is. De gronden van het beroep mogen alleen betrekking hebben op de onderdelen van het besluit waarop ook de zienswijze betrekking had. Dit wordt de 'onderdelentrichter' genoemd.

5 B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekovens & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 3-64, p. 29. Zie ook de Voorlichting van Raad van State overeenkomstig art. 18 lid 2 Wet op de Raad van State over de eisen die voortvloeien uit de betrokken Europese en internationale regelgeving met betrekking tot de omvang van de kring van inspraakgerechtigden van 12 maart 2009, kenmerk W08.09.0005/1/A, bijlage bij *Kamerstukken II 2008/09, 30844*, nr. 45.

6 In de Voorlichting van de Raad van State wordt geconcludeerd: "Gelet op het voorgaande acht de afdeling de conclusie gerechtvaardigd dat het recht op inspraak in het Verdrag wordt toegekend aan 'het publiek' en niet aan 'het betrokken publiek' en antwoordt zij op de eerste vraag dat artikel 6 van het Verdrag verplicht tot het bieden van gelegenheid tot inspraak voor een ruimere kring dan die van de belanghebbenden, bedoeld in artikel 1:2 Awb, voor zover het activiteiten in de zin van artikel 6, eerste lid, van het Verdrag betreft." Instemmend Schueler, a.w., p. 33.

7 United Nations economic commission for Europe, *The Aarhus Convention. An implementation Guide* (second edition, 2014), Sales No.: E.13.II.E.3, ISBN 978-92-1 117069-6, p. 124.

De rechtbank betwijfelde of art. 6:13 Awb in overeenstemming is met het Verdrag en kreeg daarin gelijk in het *Varkens in Nood*-arrest van het Hof van Justitie.

In het arrest stelt het Hof in de eerste plaats vast dat op grond in art. 6 van het Verdrag geen verplichting is opgenomen om eenieder een recht op inspraak te bieden over besluiten ten aanzien van activiteiten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Uitsluitend leden van het betrokken publiek kunnen op grond van het Verdrag aanspraak maken op inspraak.⁸ Het Hof kiest hier dus een andere interpretatie dan eerder in Nederland aan art. 6 van het Verdrag gegeven is. In het nationale recht kunnen ruimere rechten op inspraak worden geboden, maar het Verdrag verplicht daar niet toe, aldus het Hof.

In de tweede plaats stelt het Hof vast dat art. 9 lid 3 van het Verdrag waarborgt dat degene die het recht heeft op inspraak over besluiten ten aanzien van activiteiten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben, zich bij de rechter ook op die inspraakrechten kan beroepen. Deze interpretatie is voor het Hof een belangrijk argument om aan te nemen dat art. 6 van het Verdrag uitsluitend waarborgen biedt aan de leden van het betrokken publiek. Als zou worden aangenomen dat art. 6 van het Verdrag ertoe strekt eenieder een recht op inspraak te bieden, dan zou art. 9 lid 3 er – in de interpretatie van het Hof – toe leiden dat eenieder ook toegang heeft tot de rechter. Dat zou art. 9 lid 2 van het Verdrag overbodig maken, omdat daarin de toegang tot de rechter slechts wordt gewaarborgd voor het betrokken publiek dat een voldoende belang heeft.⁹ De redenering van het Hof is logisch, maar over de daaraan ten grondslag liggende interpretatie van art. 9 lid 3 van het Verdrag is discussie mogelijk. Deze bepaling kan ook zo worden gelezen, dat deze uitsluitend betrekking heeft op besluiten over schendingen van het nationaal milieurecht, zoals handhavingsbesluiten wegens milieuovertredingen.¹⁰ Volgens het Hof maken procedurele bepalingen, waaronder een recht op inspraak, kennelijk onderdeel uit van de ‘bepalingen van het nationale recht betreffende het milieu’ waar art. 9 lid 3 van het Verdrag over gaat, voor zover die procedurele bepalingen van toepassing zijn op de besluitvorming over activiteiten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Daaruit volgt dat als in het nationale recht ruimere inspraakrechten worden geboden dan alleen aan

het betrokken publiek, er op grond van art. 9 lid 3 van het Verdrag ook een ruimere toegang tot de rechter ontstaat.¹¹ In de derde plaats oordeelt het Hof dat de toegang tot de rechter voor leden van het betrokken publiek met een voldoende belang als bedoeld in art. 9 lid 2 van het Verdrag niet afhankelijk mag worden gesteld van deelname aan de voorbereidingsprocedure voor het bestreden besluit.¹² De eis van art. 6:13 Awb is dus in strijd met het Verdrag van Aarhus voor zover de beroepsprocedure betrekking heeft op besluiten die onder de reikwijdte van het Verdrag vallen. In de context van art. 9 lid 3 van het Verdrag is een dergelijke eis volgens het Hof wél toelaatbaar. Van een (rechts)persoon die niet tot het betrokken publiek behoort en zich op een inspraakrecht wil beroepen, mag dus worden verwacht dat hij/zij ook van dat inspraakrecht gebruik heeft gemaakt.

4. De door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen lijn

Het *Varkens in Nood*-arrest heeft de Afdeling bestuursrechtspraak gedwongen de toepassing van art. 6:13 Awb in haar jurisprudentie aan te passen. Dat heeft de Afdeling gedaan in twee richtinggevende uitspraken van respectievelijk 14 april 2021¹³ en 4 mei 2021.¹⁴

In de uitspraak van 14 april 2021 concludeert de Afdeling dat uit het arrest volgt dat art. 6:13 Awb niet in overeenstemming is met art. 9 lid 2 van het Verdrag voor zover het beroepen betreft die door belanghebbenden zijn ingesteld over Aarhus-besluiten. Voor Aarhus-besluiten mag het beroepsrecht van belanghebbenden dus niet afhankelijk worden gesteld van deelname aan de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb. Dat geldt volgens de Afdeling niet alleen voor het beroepsrecht als zodanig, maar ook voor de toepassing van de onderdelentrichter. Met andere woorden, art. 6:13 Awb mag belanghebbenden ten aanzien van Aarhus-besluiten niet worden tegengeworpen.

In de uitspraak ziet de Afdeling zich direct voor de vraag gesteld welke besluiten dan als Aarhus-besluiten moeten worden aangemerkt. De Afdeling overweegt daarover dat het toepassingsbereik van dit begrip niet gemakkelijk is vast te stellen:

“De Afdeling stelt vast dat het toepassingsbereik van artikel 6 van het verdrag niet gemakkelijk op voorhand is af te bakenen. Om het toepasselijke procedurele regime vast te kunnen stellen en op basis daarvan te beoordelen of een beroep van een belanghebbende ontvankelijk is,

8 Zie r.o. 39: “Het is juist dat in artikel 6 van het Verdrag van Aarhus herhaaldelijk de term ‘publiek’ wordt gebruikt. Uit een lezing van dit artikel in zijn geheel blijkt echter dat het alleen van toepassing is op het ‘betrokken publiek’, dat wil zeggen het enige publiek waarvoor inspraak in het besluitvormingsproces open moet staan.”

9 Zie r.o. 44: “Voorts moet worden opgemerkt dat een andere lezing van artikel 6 van het Verdrag van Aarhus dan die welke is genoemd in punt 39 van het onderhavige arrest, tot gevolg zou hebben dat het onderscheid tussen de regelingen voor toegang tot de rechter die in respectievelijk lid 2 en lid 3 van artikel 9 van dat verdrag zijn vastgelegd, elk nuttig effect verliest, doordat dan de toegang tot de rechter noodzakelijkerwijs zou worden uitgebreid tot het gehele ‘publiek’ opdat dit publiek zich op de aan artikel 6 ontleende rechten zou kunnen beroepen.”

10 Schueler, a.w., p. 35.

11 Zie r.o. 51: “Hieruit volgt dat artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus zich er tegen verzet dat leden van het ‘publiek’ in de zin van het verdrag op geen enkele wijze toegang tot de rechter kunnen krijgen om zich te beroepen op door het nationale milieurecht van een lidstaat verleende ruimere rechten op inspraak in het besluitvormingsproces.”

12 Strikt genomen heeft het *Varkens in Nood*-arrest uitsluitend betrekking op de toegang tot de rechter voor milieuorganisaties. Gelet op de redenering die het Hof kiest, kan echter worden aangenomen dat de conclusie ook geldt voor overige leden van het betrokken publiek die voldoende belang hebben.

13 ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786.

14 ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

moet eerst worden beoordeeld of het aangevochten besluit onder het bereik van artikel 6 van het 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 van het verdrag vallen. Dit kan ook aan de orde zijn bij gecoördineerde besluitvorming, waarbij in dezelfde procedure zowel besluiten moeten worden getoetst die onder de werkingssfeer van voormeld artikel 6 van het verdrag vallen als besluiten waarbij dat niet het geval is.”

In de uitspraak spreekt de Afdeling de verwachting uit dat zich in de praktijk veel situaties zullen voordoen waarin een inhoudelijke en zeer gecompliceerde beoordeling moet worden verricht om te bepalen of een besluit als een Aarhus-besluit moet worden aangemerkt. De Afdeling acht dit in de rechtspraak onwerkbaar. Daarom kiest zij welbewust voor een ruimhartige uitleg van het verdrag die inhoudt dat art. 6:13 Awb in geen enkele omgevingsrechtelijke zaak meer zal worden toegepast. Die ruimhartige uitleg speelt niet alleen een rol bij de beoordeling van de ontvankelijkheid, maar ook bij de inhoudelijke toetsing van het besluit, aldus de Afdeling.

In de uitspraak van 4 mei 2021 buigt de Afdeling zich over de vraag wat de gevolgen van het *Varkens in Nood*-arrest moeten zijn voor beroepen die zijn ingesteld door een partij die niet als belanghebbende kan worden aangemerkt. De Afdeling overweegt dat uit het arrest volgt dat als het nationale milieurecht ruimere rechten op inspraak in het besluitvormingsproces verleent dan alleen aan het ‘betrokken publiek’ en aan eenieder het recht geeft om zienswijzen over een ontwerpbesluit naar voren te brengen, het Verdrag zich ertegen verzet dat leden van een publiek die een zienswijze hebben ingediend de toegang tot de rechter wordt onthouden. Ook op dat vlak moet art. 6:13 Awb door de wetgever worden aangepast, aldus de Afdeling. Zolang dit nog niet is gebeurd, kiest de Afdeling een eigen oplossing. Die oplossing houdt in dat art. 6:13 Awb in omgevingsrechtelijke zaken niet zal worden tegengeworpen aan een partij die geen belanghebbende is bij het desbetreffende besluit, maar die met gebruikmaking van een in de nationale wetgeving geboden mogelijkheid wel een zienswijze heeft ingediend over het ontwerpbesluit. De Afdeling voegt daaraan toe dat dergelijke partijen niet alleen de procedurele aspecten van een inspraakprocedure aan de orde kunnen stellen, maar dat zij ook materiële beroepsgronden naar voren kunnen brengen. De Afdeling spreekt daarbij wel de verwachting uit dat beroepsgronden van niet-belanghebbenden vaak zullen stuiten op het relativiteitsvereiste en dus niet tot vernietiging van het bestreden besluit zullen kunnen leiden. Als de niet-belanghebbende geen zienswijze heeft ingediend, dan

stuit het beroep wel op art. 6:13 Awb. Dat geldt ook voor de daarin opgenomen onderdelentrichter.¹⁵

5. Verdere uitwerking in de jurisprudentie

In de twee jaar sinds de richtinggevende uitspraken is de door de Afdeling gekozen lijn veelvuldig toegepast en op punten uitgewerkt. Ik noem enkele aspecten uit de jurisprudentie die voor de omgevingsrechtelijke praktijk van belang zijn.¹⁶

Van groot belang is dat uit het Verdrag volgt dat als sprake is van een Aarhus-besluit de verplichting bestaat om een mogelijkheid tot inspraak te bieden en dat dus toepassing moet worden gegeven aan afdeling 3.4 van de Awb. Een bekend voorbeeld hiervan wordt geboden in een uitspraak van 14 juli 2021, waarin de Afdeling oordeelt dat uit jurisprudentie van het Hof volgt dat een toestemmingsbesluit als bedoeld in art. 6 lid 3 van de Habitatrictlijn onder de reikwijdte valt van art. 6 lid 1 van het Verdrag. Dat betekent dat afdeling 3.4 van de Awb van toepassing moet worden verklaard op de voorbereiding van een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming.¹⁷

Een dergelijke verplichting geldt niet als het betrokken besluit niet gaat over het al dan niet toestaan van een activiteit die aanzienlijke milieugevolgen kan hebben. Dat geldt bijvoorbeeld voor de weigering om een maatwerkvoorschrift vast te stellen.¹⁸ De *Varkens in Nood*-jurisprudentie is niet van toepassing op besluiten over activiteiten die geen aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben en waartegen bezwaar heeft opengestaan.¹⁹ In een uitspraak van 24 augustus 2022 maakt de Afdeling duidelijk dat een afwijzing van een verzoek om handhaving evenmin onder de reikwijdte valt van art. 9 lid 2 van het Verdrag. Een dergelijk besluit gaat volgens de Afdeling niet over een activiteit die wordt genoemd in bijlage 1 bij het Verdrag en evenmin over een andere activiteit met aanzienlijke milieueffecten. Ik zou menen dat doorslaggevend is dat art. 6 van het Verdrag gaat over besluiten over het al dan niet toestaan van activiteiten en dus niet over overtredingen van het milieurecht. De Afdeling overweegt in de uitspraak dat afwijzingen om een verzoek om handhaving onder de reikwijdte vallen van art. 9 lid 3 van het Verdrag. Dat redt appellanten niet, omdat op grond van dat artikel op basis van de eisen van het nationale recht moet worden vastgesteld of zij een voldoende belang hebben om toegang tot de rechter te krijgen. Aan de eisen wordt niet voldaan, omdat appellanten geen belanghebbenden zijn.²⁰

Een interessante vervolgvraag is of deze verplichting om toepassing te geven aan de uitgebreide voorbereidingsprocedure het stelsel van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, waarin bindend is vastgelegd met welke procedure een beslissing op een aanvraag om een

15 ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1604, r.o. 4.2.

16 Zie voor een uitgebreid overzicht ook G.A. van der Veen, ‘De oogst van “Varkens in Nood”’, *M&R* 2022/101.

17 ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1507, r.o. 5.5-5.7.

18 ABRvS 29 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1842, r.o. 8.1.

19 ABRvS 26 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1627, r.o. 2.2.

20 ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2475, r.o. 6.4.

omgevingsvergunning moet worden voorbereid, kan doorbreken. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland neemt in een uitspraak van 3 februari 2022 aan van wel.²¹ De verplichting om afdeling 3.4 van de Awb toe te passen gaat echter niet zo ver, dat de Afdeling dit ambtshalve beoordeelt. In een uitspraak van 9 februari 2022 oordeelt de Afdeling dat een betoog ter zitting dat een inspraakmogelijkheid had moeten worden geboden, in strijd is met een goede procesorde.²²

Daarnaast is het relevant dat bestuursorganen door de Afdeling ook tot het publiek worden gerekend. Bestuursorganen kunnen immers belanghebbenden zijn bij een besluit en dus behoren tot het (betrokken) publiek als bedoeld in het Verdrag.²³ Toch is het oordeel wat merkwaardig, omdat het gebruikelijk is om het publiek en de overheid juist als twee van elkaar te onderscheiden partijen te zien. In het verlengde van de Afdelingsuitspraak heeft de rechtbank Overijssel geoordeeld dat art. 1.4 van de Crisis- en herstelwet een strijdige belemmering vormt van het beroepsrecht van bestuursorganen. Dit artikel bepaalt dat (bestuursorganen van) decentrale overheden geen beroep kunnen instellen tegen besluiten die niet tot hen zijn gericht. Deze beperking gaat volgens de rechtbank nog verder dan art. 6:13 van de Awb en is daarom in strijd met art. 9 lid 2 van het Verdrag.²⁴ De voorspelling van de Afdeling dat het relativiteitsvereiste vaak zal kunnen worden tegengeworpen aan niet-belanghebbenden die wegens het indienen van een zienswijze over het ontwerpbesluit een ontvankelijk beroep kunnen instellen, lijkt uit te komen.²⁵ Een ingeroepen norm kan immers per definitie niet strekken tot bescherming van een niet bestaand belang. Er moet wel op worden gewezen dat dit vereiste een andere strekking heeft dat het belanghebbendebegrip zelf. Dat is relevant voor rechtspersonen die niet belanghebbend zijn, omdat de rechtspersoon onvoldoende feitelijke werkzaamheden verricht om de statutaire doelstellingen te behalen of omdat die statutaire doelstellingen te ruim zijn geformuleerd. Als een dergelijke niet-belanghebbende rechtspersoon een zienswijze indient, dan kan die ook in beroep gaan. De toepassing van het relativiteitsvereiste zou dan strikt genomen moeten plaatsvinden tegen de achtergrond van de statutaire doelstellingen, hoe ruim geformuleerd ook en ongeacht of die doelstellingen ook te herkennen zijn in de feitelijke werkzaamheden die de rechtspersoon verricht.

Interessant is nog hoe met de inspraakrechten uit het Verdrag moet worden omgesprongen nadat een (tussen)uitspraak is gedaan. Op een oordeel in een tussenuitspraak dat belanghebbenden niet-ontvankelijk zijn in hun beroep omdat zij geen zienswijze hebben ingediend, moet in de einduitspraak worden teruggekomen. De nieuwe lijn naar aanleiding van het *Varkens in Nood*-arrest heeft te gelden als

een bijzondere omstandigheid die dit rechtvaardigt.²⁶ In een uitspraak van 16 februari 2022 oordeelt de Afdeling dat in het licht van het Verdrag geen recht bestaat om een geheel nieuw beroep in te stellen als na vernietiging een nieuw besluit wordt genomen zonder dat afdeling 3.4 van de Awb wordt toegepast. De Afdeling houdt hier vast aan de lijn dat het in het belang van een efficiënte geschillenbeslechting en de rechtszekerheid van andere partijen niet kan worden aanvaard dat tegen het nieuwe besluit beroep wordt ingesteld door een belanghebbende die geen beroep heeft ingesteld tegen het eerdere, vernietigde besluit.²⁷

6. Wijziging van de Awb

Naar aanleiding van het *Varkens in Nood*-arrest is op 1 april 2022 is een consultatieversie gepubliceerd van een wijziging van de Awb (hierna: reparatiewet). De reparatiewet wordt noodzakelijk geacht om de toegang tot de bestuursrechter in overeenstemming te brengen met het Verdrag. Daarvoor worden op hoofdlijnen vier wijzigingen aangebracht in het stelsel van de Awb, die uitsluitend betrekking hebben op besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben.

In de eerste plaats bepaalt de reparatiewet dat bestuursorganen afdeling 3.4 van de Awb moeten toepassen op de voorbereiding van een besluit over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Voor zover in een wettelijk voorschrift niet is bepaald dat afdeling 3.4 van toepassing is, moet het bestuursorgaan die afdeling bij besluit van toepassing verklaren. In de tweede plaats moet ook anderen dan belanghebbenden de mogelijkheid worden geboden om een zienswijze te geven over het ontwerpbesluit dat in procedure wordt gebracht. In de derde plaats is art. 6:13 Awb niet van toepassing op beroepen tegen het uiteindelijke besluit. In de vierde plaats kunnen ook anderen dan belanghebbenden beroep instellen tegen het besluit, indien zij in de gelegenheid gesteld zijn of hadden moeten worden gesteld om een zienswijze naar voren te brengen over het ontwerpbesluit en zij die gelegenheid ook hebben benut of dat redelijkerwijs niet kan worden verweten dat die gelegenheid niet is gebruikt. De systematiek die hiermee ontstaat, sluit grotendeels aan bij de lijnen die de Afdeling bestuursrecht-spraak heeft uitgezet in haar richtinggevende uitspraken. Het toepassingsbereik van de aangepaste regeling is vastgelegd in de aanwijzing van categorieën besluiten die betrekking hebben op activiteiten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben. Dat zou moeten gebeuren in een nieuwe bijlage 4 die met de reparatiewet aan de Awb wordt toegevoegd, getiteld 'Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten (artikel 6:13, tweede lid)'. Het gaat in de eerste plaats om besluiten waarvoor een milieueffectrapport moet worden gemaakt, al dan niet naar aanleiding van een m.e.r.-beoordeling. In de tweede plaats gaat het om besluiten die op grond van het Europees recht onder de reikwijdte van art. 6 van het

21 ABRvS 17 december 2021, ECLI:NL:RBNNE:2022:270, r.o. 6.5-6.6.

22 ABRvS 9 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:389, r.o. 4.

23 ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2390, r.o. 6.3.

24 Rb. Overijssel 25 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1543, r.o. 2.3.

25 Zie G.A. van der Veen, 'De oogst van "Varkens in Nood"', *M&R* 2022/101, p. 622.

26 ABRvS 26 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:248, r.o. 5.2-5.3 en ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2598, r.o. 3.

27 ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:437, r.o. 13.

Verdrag vallen. In de derde plaats bevat de bijlage de restcategorie 'andere besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben'.

In de reparatiewet worden twee opvallende keuzes gemaakt. In de eerste plaats is opmerkelijk dat de mogelijkheid om een zienswijze over een ontwerpbesluit in te dienen voor eenieder wordt opengesteld. Uit het *Varkens in Nood*-arrest blijkt immers dat het Verdrag daar niet toe verplicht. Het Verdrag staat er echter wel aan in de weg om de mogelijkheid om een zienswijze te geven, wordt beperkt tot belanghebbenden. Het belanghebbendebegrip is immers strikter dan het begrip 'betrokken publiek' waaraan volgens het Verdrag een inspraakmogelijkheid moet worden geboden.²⁸ Door inspraak open te stellen voor eenieder, wordt voorkomen dat het begrip 'betrokken publiek' in het Nederlandse bestuursprocesrecht moet worden geïntroduceerd. Tegelijkertijd wordt aangenomen dat beroepen van niet-belanghebbenden in veel gevallen kunnen worden afgevangen met het relativiteitsvereiste.²⁹

In de tweede plaats valt op dat er in de reparatiewet voor gekozen wordt om niet limitatief aan te geven welke besluiten kwalificeren als een Aarhus-besluit, maar om daar door toevoeging van de restcategorie een open begrip van te maken. De afbakening van de categorie Aarhus-besluiten die de reparatiewet ter bevordering van een voortvarende en efficiënte besluitvorming beoogt aan te brengen, wordt door die restcategorie een wassen neus. Sterker, de overige categorieën uit de nieuwe bijlage 4 bij de Awb worden daarmee overbodig, omdat die categorieën ook onder de restcategorie zouden vallen.

7. Resterende onduidelijkheden

Ondanks de veelheid aan jurisprudentie die sinds het *Varkens in Nood*-arrest is verschenen en de consultatieversie van de reparatiewet, blijft sprake van verschillende onduidelijkheden over de eisen die het Verdrag stelt aan het Nederlandse bestuursprocesrecht. Ik noem er drie.

7.1 De kwalificatie van Aarhus-besluiten

In de eerste plaats is niet helder welke typen besluiten onder de reikwijdte van het Verdrag vallen. Aan de reparatiewet ligt de veronderstelling ten grondslag dat art. 6 lid 1 onder b van het Verdrag de lidstaten geen keuzevrijheid biedt bij het aanwijzen van activiteiten die een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben. De zinsnede dat de

verdragspartijen bepalen of een activiteit onder het Verdrag valt, moet kennelijk zo worden gelezen dat daarmee slechts beoordelingsruimte wordt geboden, in die zin dat als op basis van objectieve maatstaven moet worden vastgesteld dat een activiteit aanzienlijke milieueffecten kan hebben, de verdragsbepalingen op besluiten over die activiteit van toepassing zijn. Alleen dan zou een nationale regeling waarin de categorieën Aarhus-besluiten limitatief worden aangewezen immers in strijd met het Verdrag kunnen zijn. Volgens de wetgever is het onmogelijk en in juridische zin onwenselijk om in algemene zin te beoordelen welke Aarhus-besluiten er zijn en dus om in de wet een limitatieve lijst van die besluiten op te nemen. De beoordeling hangt mede af van de omstandigheden van het geval, waarbij de omvang van de activiteit, de locatie van de activiteit en de ernst van de mogelijke effecten in aanmerking kunnen worden genomen.³⁰ Om die reden wordt de kwalificatie van Aarhus-besluiten via de restcategorie in de voorgestelde Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten mede overgelaten aan het bevoegd gezag, die de beoordeling in het concrete geval kan maken. Daarmee ontstaat een robuuste regeling, die ook besluiten omvat die normaal gesproken niet gauw aanzienlijke milieueffecten zullen hebben, maar onder omstandigheden wel. Bovendien is die regeling bestand tegen de situatie dat ontwikkelingen in het Europees recht of de jurisprudentie tot gevolg hebben dat een nieuw type besluit als een Aarhus-besluit moet worden aangemerkt.

Frins, Hillegers, Lam en Nijmeijer zijn van mening dat het goed mogelijk is om een dergelijke beoordeling in het concrete geval te maken. Zij wijzen er in dit verband op dat op diverse plaatsen in het omgevingsrecht moet worden getoetst aan een kwalitatief omschreven criterium als 'aanzienlijk effect op het milieu', 'belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu', 'significante gevolgen' of een vergelijkbaar criterium.³¹ Van der Veen en De Snoo hebben meer twijfels. Zij stellen dat de benodigde beoordeling veel vergt van het gemiddelde bestuursorgaan en vrezen voor strategische keuzes over de kwalificatie van Aarhus-besluiten en de toepassing van afdeling 3.4 van de Awb.³²

Ik meen dat er ruimte is om de keuze om de Aarhus-besluiten aan te wijzen in de formele wetgeving of om juist een restcategorie op te nemen in de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten, te laten afhangen van een inschatting hoe vaak het nu werkelijk voor zal komen dat een besluit wordt genomen over een activiteit die aanzienlijke milieugevolgen kan hebben zonder dat die activiteit onder de categorieën uit bijlage I bij het Verdrag valt en zonder dat afdeling 3.4 Awb (al dan niet verplicht) wordt toegepast. Als de verwachting is dat dit zelden zal voorkomen, dan is de kans op ongelukken klein en is de praktijk er meer bij gebaat dat het de wetgever is die de nek uitsteekt door in lijn met art. 6 lid 1 onder b van het Verdrag een limitatieve opsomming te geven van activiteiten die aanzienlijke milieueffecten

28 Kritisch hierover G.A. van der Veen & A. de Snoo, 'Consultatieversie wetsvoorstel "Varkens in Nood" – enkele varkens terug in het hok', *VGR* 2022/3, die suggereren dat ook volstaan had kunnen worden met een meer algemene oproep aan de bestuursrechter om waar nodig het belanghebbende-begrip zo uit te leggen, dat daaronder het gehele betrokken publiek wordt begrepen.

29 Van der Veen & De Snoo, a.w., vragen zich in dat verband af of de toepassing van het relativiteitsvereiste niet ook reeds in de zienswijzeprocedure zelf kan plaatsvinden, zodat daarmee mogelijk onnodige beroepen kunnen worden voorkomen. Daar kan tegenover worden gesteld dat een dergelijke toepassing van het relativiteitsvereiste op gespannen voet zou kunnen staan met het doel van het Verdrag en zou leiden tot een juridisering van de inspraak. Zie M.E. Adriaanse, 'Wordt de Awb Aarhus-proof', *M&R* 2022/102, p. 628.

30 Consultatieversie memorie van toelichting, p. 20. Instemmend Van der Veen & De Snoo, a.w., par. 5.

31 R.H.W. Frins, S. Hillegers, T.E.P.A. Lam & A.G.A. Nijmeijer, 'Anders omgaan met het "Varkens in Nood-arrest"', *M&R* 2021/64, par. 3.2.1.

32 Aldus ook Van der Veen & De Snoo, a.w., par. 5.

kunnen hebben.³³ Het voordeel daarvan is niet alleen dat er duidelijkheid ontstaat voor de uitvoeringspraktijk, maar ook dat daarmee zou worden voorkomen dat de waarborgen uit het Verdrag te ruim worden toegepast.

Wat betreft de beoordeling of sprake is van een Aarhus-besluit, lijkt mij nog van belang te zijn dat een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de feitelijke activiteit en het besluit dat daarop betrekking heeft. Het is niet juist om te spreken over besluiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen veroorzaken, omdat een besluit slechts een juridische figuur is en dus helemaal geen milieueffecten heeft. Met een besluit kan wel toestemming worden verleend om een activiteit te verrichten die aanzienlijke milieueffecten kan hebben en kunnen die milieueffecten worden gereguleerd. Het Verdrag beoogt te waarborgen dat de toestemming en regulering die in het besluit worden vervat door het betrokken publiek kunnen worden beïnvloed. Niet ieder besluit over een activiteit die aanzienlijke milieugevolgen kan hebben, is dan per definitie een Aarhus-besluit, omdat er ook besluiten kunnen zijn waarin de milieueffecten van de activiteit helemaal niet gereguleerd kunnen worden. Voor een evenement met een hoge geluidsemisatie dat wordt georganiseerd op een zondag, kan bijvoorbeeld zowel een ontheffing zijn vereist op grond van het soortenbeschermingsregime in de Wet natuurbescherming als van de Zondagswet. De Zondagswet heeft niets met de bescherming van het milieu te maken, want de milieubelasting van de activiteit is op zondag nu eenmaal niet anders dan op een willekeurige andere dag. De op grond daarvan te verlenen ontheffing heeft echter wel betrekking op een activiteit die aanzienlijke milieugevolgen kan hebben. Het kan niet de bedoeling zijn dat de ontheffing van de Zondagswet alleen om die reden onder de reikwijdte van het Verdrag wordt geschaard. Het ligt meer in de rede om bij de aanwijzing van Aarhus-besluiten na te gaan in hoeverre de betrokken besluiten van invloed zijn op de milieueffecten die de activiteit kan veroorzaken. Dat lijkt ook te volgen uit de Implementation Guide, waarin wordt gesproken over “*environmentally significant decisions*” en als belangrijkste vraag wordt beschouwd “*whether the particular decision-making meets the triggering requirements of article 6, paragraph 1*”.³⁴

Met deze benadering schuift de feitelijke activiteit bij het aanwijzen van Aarhus-besluiten naar de achtergrond en wordt de juridische activiteit waarop het besluit betrekking heeft, doorslaggevend. Een omgevingsvergunning voor het bouwen kan dan bijvoorbeeld nooit een Aarhus-besluit zijn, omdat milieuaspecten bij het verlenen van een dergelijke vergunning geen enkele rol spelen en dus ook niet in die vergunning kunnen worden gereguleerd. Dat geldt ook als het gaat om bouwwerkzaamheden die stikstofdepositie veroorzaken in een Natura 2000-gebied. De relevante toestemming om de milieueffecten te veroorzaken en de regulering daarvan, zijn vervat in de vergunning³⁵ op grond van

de Wet natuurbescherming, die wél als een Aarhus-besluit wordt gekwalificeerd.

Dit is relevant, omdat op basis hiervan een schifting kan worden gemaakt van omgevingsrechtelijke besluitvorming waarbij milieueffecten niet of nauwelijks een rol spelen en waarvan op voorhand dus wel degelijk kan worden vastgesteld dat zij niet onder de reikwijdte vallen van art. 6 van het Verdrag. Hierbij zou overigens ook de rol van het onderscheid tussen besluiten in de zin van art. 6 van het Verdrag en plannen in de zin van art. 7 van het Verdrag betrokken moeten worden. Dat artikel lijkt in al het Aarhus-geweld een beetje een vergeten kindje te zijn, terwijl verdedigbaar is dat een bestemmingsplan en een omgevingsplan (in veel gevallen) als een plan moeten worden gekwalificeerd dat niet onder de reikwijdte valt van art. 6 lid 1 en 9 lid 2 van het Verdrag. In het verlengde van een dergelijke schifting is wellicht een benadering mogelijk waarin de toepasselijkheid van art. 6:13 Awb afhankelijk wordt gesteld van de vraag of de beroepsgrond in kwestie verband houdt met de toestemming voor het veroorzaken van (potentieel) aanzienlijke milieueffecten en de regulering daarvan in het voorliggende besluit.

7.2 Afdeling 3.4 van de Awb als inspraakprocedure

In de tweede plaats kan de vraag worden gesteld of de voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb wel voldoet aan de eisen die in art. 6 van het Verdrag aan de inspraakmogelijkheid worden gesteld. Specifiek is dan de eis uit art. 6 lid 4 van het Verdrag van belang. Die houdt in dat moet worden voorzien in vroegtijdige inspraak, op het moment dat alle opties nog open zijn en de inspraak nog doeltreffend kan plaatsvinden.

De Afdeling stelt zich op het standpunt dat met de toepassing van afdeling 3.4 van de Awb wordt voorzien in een mogelijkheid om in te spreken die aan art. 6 lid 4 van het Verdrag voldoet. In een uitspraak van 20 juni 2021 overweegt de Afdeling dat als een bestemmingsplan wordt voorbereid met toepassing van de daarvoor in de Wro en de Awb gestelde regelgeving, daarmee een reële inspraakmogelijkheid geboden wordt op een moment dat alle opties nog open zijn.³⁶ In een uitspraak van 17 november 2021 wordt geconcludeerd dat er geen grond bestaat voor het oordeel dat de nationale regelgeving zoals neergelegd in de Wet milieubeheer, de Wro en de Awb geen correcte implementatie vormt van het Verdrag. De Afdeling wijst er hierbij op dat in die regelgeving eenieder de mogelijkheid wordt geboden om in te spreken.³⁷

Niet iedereen kan zich vinden in dit standpunt van de Afdeling.³⁸ De kritiek is op zich begrijpelijk, omdat een terechte vraag is in hoeverre alle opties werkelijk nog open zijn op het moment dat al een ontwerp van het besluit is opgesteld. In mijn ervaring komt het niet vaak voor dat een bestuursorgaan de koers nog wezenlijk wijzigt naar aanleiding van

33 Vgl. G.A. van der Veen, ‘Meer varkens zonder zienswijzen dan nodig. Rechtsbescherming bij de bestuursrechter na het arrest Varkens in Nood’, *NtEr* 2021, nr. 9/10, p. 234-238, p. 238.

34 Implementation Guide, p. 128.

35 Of een verklaring van geen bedenkingen.

36 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, r.o. 11.1.

37 ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021, ECLI:NL:RVS:2021:2554, r.o. 4.1.

38 Zie bijvoorbeeld het commentaar van Kloostera in M.E. Adriaanse, ‘Wordt de Awb Aarhus-proof?’, *M&R* 2022/102, p. 628.

een zienswijze. Maar het gebeurt wel. Bovendien is het zeer de vraag of er wel een reële mogelijkheid kan bestaan om in te spreken op het moment dat werkelijk alle opties nog open zijn. Activiteiten met potentieel aanzienlijke milieueffecten zullen in de regel grote projecten zijn. De ontwikkeling van dergelijke projecten is kostbaar en neemt daarom pas serieuze vormen aan op het moment dat de initiatiefnemer – of dat nu een private partij is of een overheidslichaam – voldoende zekerheid heeft dat het ook zal kunnen worden uitgevoerd. Dat betekent dat pas een duidelijk beeld van het project ontstaat als bepaalde keuzes al zijn gemaakt. Die zekerheid kan er bijvoorbeeld uit bestaan dat het bevoegd gezag heeft uitgesproken in beginsel te willen meewerken aan het project, dat er zicht bestaat op verwerving van een concrete grondpositie die voor het project benodigd is en dat een eerste verkenning is gemaakt van eventuele publiekrechtelijke belemmeringen en oplossingen daarvoor. Tegelijkertijd is inspraak pas zinvol als de ontwikkeling van het project tot op zekere hoogte gevorderd is. Anders gaat die inspraak over alles en dus over niks. Een *catch-22* lijkt mij in dat opzicht tot op zekere hoogte onvermijdelijk.

Overigens kan ook de vraag worden gesteld of het verstandig is om de mogelijkheid voor inspraak die volgens het Verdrag geboden moet worden in alle gevallen te willen verdisconteren in de voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Awb. In gevallen waarbij zonder meer duidelijk is dat afdeling 3.4 van de Awb moet worden toegepast – bijvoorbeeld omdat dit uitdrukkelijk in de wet is bepaald – is dat natuurlijk efficiënt. Maar het doorlopen van de juiste voorbereidingsprocedure hangt zodanig samen met de rechtmatigheid van het besluit, dat het in de rede ligt om afdeling 3.4 van de Awb zekerheidshalve van toepassing te verklaren als betwijfeld wordt of sprake is van een activiteit die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kan hebben.³⁹ Dat is nadelig voor de aanvrager van het besluit, omdat de voorbereiding dan veel meer tijd in beslag neemt. Mogelijk zou in dergelijke gevallen ook aan art. 6 van het Verdrag kunnen worden voldaan door de inspraak juist los te koppelen van de voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Awb. Daarbij kan worden gedacht aan de vermelding in de kennisgeving van de aanvraag dat het bevoegd gezag op voorhand geen reden ziet om aan te nemen dat de aangevraagde activiteit aanzienlijke milieugevolgen kan hebben, maar dat leden van het betrokken publiek binnen een gestelde termijn schriftelijk kunnen aangeven waarom dat naar hun mening wél het geval kan zijn en welke gevolgen dit voor de besluitvorming zou moeten hebben. Als daarmee aan het Verdrag wordt voldaan, wordt de druk om afdeling 3.4 van de Awb toe te passen, kleiner.⁴⁰

39 Aldus ook Van Veen & De Snoo, a.w., par. 5, die spreken van een “vlucht naar voren”.

40 In ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1668, r.o. 5.2 oordeelt de Afdeling dat de in art. 4:8 lid 1 Awb neergelegde mogelijkheid voor belanghebbenden om een zienswijze naar voren te brengen voordat een bestuursorgaan een beschikking neemt, geen inspraakprocedure is in de zin van art. 6 van het Verdrag. Daar kan naar mijn mening niet uit worden afgeleid dat afdeling 3.4 van de Awb de enige mogelijkheid is om te voorzien in inspraak conform het Verdrag.

7.3 Toepassing van het relativiteitsvereiste

In de derde plaats is niet duidelijk of de toepassing van het relativiteitsvereiste uit art. 8:69a Awb in beroepsprocedures over Aarhus-besluiten in het licht van het Verdrag toelaatbaar is. De Afdeling neemt vooralsnog aan van wel. Onder verwijzing naar jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie stellen Frins, Hillegers, Lam en Nijmeijer echter dat dit niet het geval is als de beroepspartij een milieuorganisatie is.⁴¹ Die jurisprudentie gaat wel over een beperking van het beroepsrecht van milieuorganisaties tot hun subjectieve rechten, in die zin dat die organisaties zich niet mogen beroepen op de schending van voorschriften om de enkele reden dat die voorschriften collectieve belangen beschermen. Dat lijkt niet geheel aan te sluiten bij de systematiek van het Nederlandse relativiteitsvereiste, waarin milieuorganisaties wel degelijk mogen opkomen voor de bescherming van collectieve belangen, mits die bescherming onder hun statutaire doelstelling valt.⁴² De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag zit op deze lijn in een uitspraak van 29 april 2022. De voorzieningenrechter overweegt onder verwijzing naar dezelfde jurisprudentie die door Frins, Lam, Hillegers en Nijmeijer wordt aangehaald dat een relativiteitsvereiste is toegestaan, maar niet als milieuorganisaties zich hierdoor niet op normen kunnen beroepen die strekken tot bescherming van het milieu. Daar is volgens de voorzieningenrechter geen sprake van.⁴³

De Afdeling heeft de toepassing van het relativiteitsvereiste in een uitspraak van 15 februari 2023 wel genuanceerd. In deze uitspraak stapt de Afdeling af van haar vaste jurisprudentie dat voor de inroepbaarheid van een schending van een procedurele norm of een formeel beginsel van behoorlijk bestuur in het licht van art. 8:69a Awb doorslaggevend is wat de onderliggende materiële norm is en of die materiële norm er kennelijk toe strekt om de belangen te beschermen van degene die zich er via de procedurele norm of het formele beginsel van behoorlijk bestuur op beroept. Dat doet de Afdeling wel alleen voor beroepen op het recht op inspraak door niet-belanghebbenden. De Afdeling acht dit nodig om de nuttige werking van het recht op inspraak te waarborgen. Een onverkorte toepassing van de vaste jurisprudentielijn zou er volgens de Afdeling toe leiden dat een niet-belanghebbende in het nationale omgevingsrecht toch geen doeltreffende toegang heeft tot de rechter, omdat het beroep van diegene op de naleving van het recht op inspraak zou stuiten op het relativiteitsvereiste. In het vervolg kent de Afdeling daarom bij de toepassing van het relativiteitsvereiste aan de procedurele normen over het recht op inspraak zelfstandige betekenis toe.⁴⁴

In dit verband mag niet onvermeld blijven dat het Belgisch Grondwettelijk Hof op 11 april 2023 een arrest heeft gewezen waarin het relativiteitsvereiste wordt vernietigd.⁴⁵

41 Frins, Hillegers, Lam & Nijmeijer, a.w., par. 3.4.1.

42 Aldus ook Rb. Den Haag 29 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3953.

43 Rb. Den Haag 29 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3953, r.o. 8.3.

44 ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:606, r.o. 7.6-7.8. In hun bijdrage uit juli 2021 in BR 2021/56 betwijfelen Ypinga & Tingen al of het relativiteitsvereiste bij inspraakrechtenschendingen op de tot dan toe bekende restrictieve wijze zou kunnen blijven worden toegepast.

45 ECLI:BE:GHCC:2023:ARR.059.

Dat relativiteitsvereiste was neergelegd in art. 35 lid 3 onder 2 van het zogenoemde DBRC-decreet en heeft op het eerste gezicht dezelfde strekking gehad als het Nederlandse relativiteitsvereiste uit art. 8:69a Awb. Zonder gehinderd te worden door enige kennis van het Belgische procesrecht, waag ik mij aan een tweetal observaties. In de eerste plaats lijkt de vernietiging van het relativiteitsvereiste niet te worden gebaseerd op het Verdrag. Weliswaar wordt de vermeende strijdigheid met het Verdrag wel aangevoerd,⁴⁶ maar in het oordeel van het Grondwettelijk Hof, dat is neergelegd in rechtsoverweging B.14, wordt niet naar het Verdrag verwezen. Het Grondwettelijk Hof acht het relativiteitsvereiste in strijd met art. 13 van de Belgische Grondwet, waarin de toegang tot de rechter is opgenomen, gelezen in samenhang met art. 6 EVRM. In de tweede plaats komt het mij voor dat het Grondwettelijk Hof uitgaat van een andere toepassing van het relativiteitsvereiste dan in het Nederlandse bestuursprocesrecht gebruikelijk is. Het Grondwettelijk Hof lijkt te veronderstellen dat het relativiteitsvereiste ertoe zou leiden dat als is vastgesteld dat een norm in het concrete geval feitelijk het belang van een beroepspartij beschermt, die beroepspartij zich toch niet op die norm zou kunnen beroepen als het desbetreffende belang van die beroepspartij niet behoort tot de belangen die de wetgever in algemene zin met die norm wil nastreven.⁴⁷ Dat is niet de manier waarop het relativiteitsvereiste in Nederland wordt toegepast. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat als het concrete belang van de beroepspartij is verweven met het algemene belang die de norm in kwestie beoogt te beschermen, die norm kennelijk ook strekt ter bescherming van het belang van die beroepspartij. De Afdeling overweegt hierover:

“Indien een norm strekt tot bescherming van een algemeen belang, kan niet zonder meer worden aangenomen dat deze norm (ook) strekt tot bescherming van het belang waarvoor een natuurlijke persoon in rechte opkomt. Een natuurlijke persoon kan immers in rechte niet opkomen voor een algemeen belang. Onder omstandigheden kan echter worden aangenomen dat het belang van een natuurlijke persoon zodanig verweven is met het algemene belang dat een rechtsnorm beoogt te beschermen dat niet kan worden gezegd dat de rechtsnorm kennelijk niet beoogt het belang van deze natuurlijke persoon (mede) te beschermen.”⁴⁸

46 Zie de beschrijving van het middel in r.o. A.8.1.3.

47 Zie r.o. B.13.2: “Door de vernietigingsbevoegdheid (...) te beperken tot de belangen die de betrokken normen in abstracto nastreven, zonder rekening te houden met de gevolgen die de schending van die normen in concreto heeft voor de belangen van de rechtszoekende, is de bestreden vereiste integendeel tegenstrijdig ten opzichte van de doelstelling van de decreetgever om de bestuursrechtspraak zo goed mogelijk af te stemmen op de concrete positie van partijen. (...) Het feit dat de decreetgever, met bepaalde normen, slechts bepaalde belangen voor ogen had, verhindert op zich niet dat de schending van die normen ook andere belangen op nadelige wijze kan raken. Het tegenovergestelde aanvaarden zou het mogelijk maken voor de decreetgever om via het beperken van het beschermingsbereik van de normen of algemene rechtsbeginselen die doorgaans in omgevingszaken worden aangevoerd, de rechtsbescherming in die zaken uit te hollen.”

48 ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706, r.o. 7.1.

In het licht hiervan ben ik er niet van overtuigd dat aan het arrest conclusies kunnen worden verbonden over de Nederlandse rechtspraktijk.

8. Reflectie

Wat nu te vinden van de uitbreiding van de beroepsmogelijkheden die in het kielzog van het *Varkens in Nood*-arrest heeft plaatsgevonden, mede in het licht van de waarschuwing in het jaarverslag van de Raad van State dat het overheidsapparaat kan vastlopen als de toegang tot bestuursorganen voor burgers te laagdrempelig wordt? Op zich moet naar mijn mening worden toegejuicht dat betrokkenen toegang hebben tot een inspraakprocedure, omdat dit ten goede kan komen van de kwaliteit van de besluitvorming.⁴⁹ Daarbij kan ook worden gesteld dat als een kwalitatief goed besluit is genomen, niet hoeft te worden gevreesd voor de beroepen die tegen dat besluit worden ingesteld. Ik schat in dat de ruimhartige uitleg van de Afdeling van het Verdrag er niet toe heeft geleid dat significant meer strategisch wordt geprocedeerd, maar het zou interessant zijn om daar eens onderzoek naar te verrichten.

Waar ik echter geen voorstander van ben, is dat de aandacht in het licht van het Verdrag uitsluitend of hoofdzakelijk uitgaat naar het waarborgen van de rechtsbescherming van burgers die zich tegen een bepaalde activiteit keren en de besluitvorming daarover willen aanvechten. Daarmee wordt eraan voorbijgegaan dat in het omgevingsrecht vrijwel altijd drie partijen zijn betrokken. Naast de beroepspartij en het verwerende bestuursorgaan is er immers ook de derde-belanghebbende, zoals de initiatiefnemer van het project of de exploitant van de inrichting waartegen wordt verzocht om handhavend op te treden. Het komt best vaak voor dat in essentie sprake is van een tweepartijengeschild tussen de beroepspartij en de derde-belanghebbende en dat het betrokken bestuursorgaan alleen op papier het verweer voert. De ratio van het bestuursprocesrecht, dat de burger het moet opnemen tegen een machtige overheid en dus bijzondere bescherming dient te genieten, gaat dan niet zonder meer op.

Bij het uitbreiden van beroepsmogelijkheden moet naar mijn mening daarom ook altijd aandacht bestaan voor de positie van derde-belanghebbenden. Die komen er momenteel bekaaid vanaf. Waar beroepspartijen in een procedure kosteloos en zonder enig risico beroepsgronden over de schutting kunnen gooien en daar ook geen bijzondere kennis voor hoeven te hebben,⁵⁰ kan de derde-belanghebbende zich niet permitteren om een slag te missen. Diegene zal immers willen voorkomen dat het gewenste besluit vernietigd wordt of dat wordt aangenomen dat sprake is van een overtreding. Dit betekent dat de derde-belanghebbende alles wat de beroepspartijen produceren, ook als dit de grootste mogelijke onzin is die op een onbegrijpelijke wijze is opgeschreven, serieus moet nemen, zorgvuldig moet bestuderen

49 Aldus ook Frins, Hillegers, Lam & Nijmeijer, a.w., par. 3.3.

50 Het is wachten op de eerste beroepschriften die door kunstmatige intelligentie zijn gegenereerd.

en (met behulp van juridische bijstand) moet pareren. Datzelfde geldt overigens voor de bestuursrechter en het betrokken bestuursorgaan. Waar een beroepspartij het griffierecht terugkrijgt als een van de gronden doel treft, kan een derde-belanghebbende geen enkele aanspraak maken op een vergoeding. Zelfs niet in een tegemoetkoming van de proceskosten als alle beroepsgronden ongegrond zijn.

Naar mijn mening zou het bestuursprocesrecht niet alleen bescherming moeten bieden aan partijen die zich niet in een besluit kunnen vinden, maar ook en in gelijke mate aan (rechts)personen die dat besluit juist wel ondersteunen en dat willen verdedigen. Daarin zou een evenwicht moeten worden gezocht waarvan in mijn optiek nu geen sprake is. De investeringen die een beroepspartij moet doen om een procedure te doorlopen, bestaan slechts uit het betalen van een zeer bescheiden griffierecht. Die investeringen vallen in het niets vergeleken met de kosten die vervolgens niet alleen door derde-belanghebbenden, maar ook door het rechterlijke apparaat en de bestuursorganen moeten worden gemaakt om aan die procedure deel te nemen. De verhouding tussen beide is volledig zoek. Dit pleit tegen een ongebreidelde uitbreiding van de beroepsmogelijkheden en dus voor een doordachte implementatie van de eisen uit het Verdrag.