



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Is het 'no conflict of interest'-principe correct geïmplementeerd in de Nederlandse mer-regelgeving?

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2024). Is het 'no conflict of interest'-principe correct geïmplementeerd in de Nederlandse mer-regelgeving? *Milieu & Recht*, 2024(7), 607-615. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4038362>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4038362>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

M en R 2024/85

Is het ‘no conflict of interest’-principe correct geïmplementeerd in de Nederlandse mer-regelgeving?

Mr. dr. A. Drahmann

Datum	19-07-2024
Auteur	Mr. dr. A. Drahmann ^[1]
JCDI	JCDI:ADS972121:1
Vakgebied(en)	Milieurecht / Algemeen Milieurecht / Inrichtingen en activiteiten - vergunningen

1. Inleiding

In België is er sinds 2022 veel aandacht voor het ‘no conflict of interest’-principe.^[2] Dit principe is neergelegd in artikel 9 bis van de mer-richtlijn^[3] en houdt in essentie in dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de bevoegde instanties hun uit de richtlijn voortvloeiende taken op objectieve wijze vervullen. Als de bevoegde instantie tevens de opdrachtgever is, moet er een passende scheiding worden aangebracht tussen conflicterende functies. De Raad voor Vergunningsbetwistingen (RvVb) oordeelde in het Wasserij-arrest^[4] dat dit artikel niet goed in de Vlaamse regelgeving is geïmplementeerd. Op 26 maart 2024 heeft de Belgische Raad van State een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie over de uitleg die moet worden gegeven aan artikel 9 bis van de richtlijn.^[5]

Deze ontwikkeling in Vlaanderen is de aanleiding om te kijken hoe Nederland artikel 9 bis heeft geïmplementeerd: zou het Omgevingsbesluit wel de toets van de RvVb doorstaan? Dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingegaan op de huidige regels zoals die zijn neergelegd in de mer-richtlijn (paragraaf 2), de Nederlandse wetgeving (paragraaf 3) en de Vlaamse wetgeving (paragraaf 4). Vervolgens wordt in paragraaf 5 ingegaan op de drie bezwaren die de RvVb heeft ten aanzien van de Vlaamse implementatiewijze en wordt geanalyseerd of dit bezwaar ook voor de Nederlandse wetgeving geldt. Afgerond wordt met een conclusie (paragraaf 6).

2. Het ‘no conflict of interest’-principe in de mer-richtlijn

Artikel 9 bis van de mer-richtlijn^[6] bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de bevoegde instantie of instanties hun uit de richtlijn voortvloeiende taken op objectieve wijze vervullen “en zich niet bevinden in een situatie die tot een belangenconflict aanleiding geeft”. De tweede volzin van het artikel bepaalt dat als de bevoegde instantie tevens de opdrachtgever is, lidstaten in elk geval binnen hun organisatie van administratieve bevoegdheden een passende scheiding moeten aanbrengen tussen conflicterende functies bij het uitvoeren van de uit deze richtlijn voortvloeiende taken.^[7] Dit artikel is in 2014 bij amendement^[8] toegevoegd aan de mer-richtlijn.^[9] Het amendement wil benadrukken dat alle mogelijke situaties die ertoe kunnen leiden dat bevoegde autoriteiten bij de uitvoering van hun taken in een belangenconflict terechtkomen, moeten worden vermeden.^[10]

Er is geen jurisprudentie van het Hof van Justitie over dit specifieke artikel. Volgens Hoevenaars kwam het amendement echter niet uit de lucht vallen, omdat het Hof van Justitie in 2011 in het Northern Ireland-arrest, ^[11] dat ging over de uitleg van de Smb-richtlijn, ^[12] had gezinspeeld op een vergelijkbare scheiding. ^[13] De prejudiciële vraag in dat arrest ging over de situatie dat de instantie die geraadpleegd moest worden over het plan-mer ook de opsteller was van het plan. Het Hof oordeelde dat de richtlijn niet vereist dat in een dergelijke situatie een andere te raadplegen instantie wordt opgericht of aangewezen, mits bij de instantie die normaliter wordt geraadpleegd, wordt voorzien “in een zodanige functionele scheiding dat een administratieve eenheid binnen die instantie beschikt over een werkelijke autonomie, wat met name inhoudt dat zij beschikt over eigen administratieve middelen en personeel en aldus in staat is om [haar] taken te vervullen (...) en, in het bijzonder, om op objectieve wijze haar mening te geven over het plan of programma dat door de instantie waartoe zij behoort, is voorgesteld”. ^[14] In 2016 heeft het Hof van Justitie dit oordeel herhaald: als het bevoegd gezag zowel verantwoordelijk is voor de vaststelling van een plan of programma als voor het milieu-advies daarover, moet gewaarborgd zijn dat de milieu-instantie administratief autonoom is zodat het milieu-advies onafhankelijk tot stand komt. De richtlijnbevestigingen zouden immers geen enkele nuttige werking meer hebben wanneer, als de aangewezen raadgevende instantie zelf een plan of programma opstelt, er in de bestuursstructuur van de lidstaat geen ander orgaan gemachtigd is om de raadgevende taak te vervullen. Als de onafhankelijkheid niet is gewaarborgd dan moet het plan of programma in beginsel vernietigd worden. ^[15] Deze uitleg van het Hof van Justitie over de benodigde functionele scheiding bij het beoordelen van een plan-mer, wordt door de Vlaamse RvVb betrokken bij de vraag hoe artikel 9 bis moet worden uitgelegd bij het beoordelen van een project-mer. Hierop zal in paragraaf 5 nader worden ingegaan.

3. Implementatie in Nederland

Richtlijn 2014/52/EU is in Nederland geïmplementeerd met de Wet implementatie herziening mer-richtlijn. ^[16] Op 16 mei 2017 is aan de Wet milieubeheer (Wm) een nieuw artikel 7.28a toegevoegd. Hiermee werd de tweede alinea van artikel 9 bis geïmplementeerd. Op grond van het artikel moest het bevoegd gezag zorgen voor een passende scheiding tussen conflicterende functies in ieder geval bij de ambtelijke voorbereiding van het besluit, als het bevoegd gezag zelf de activiteit wil ondernemen waarvoor een milieueffectrapport moet worden gemaakt. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat dit betekent dat er in ieder geval binnen de ambtelijke organisatie (dus niet noodzakelijkerwijs ook op bestuurlijk niveau) een vorm van checks and balances moet zijn tussen degenen die het MER opstellen en degenen die het MER beoordelen voordat het bevoegd gezag het besluit daadwerkelijk neemt. De wetgever achtte het niet wenselijk om een gedetailleerde regeling op te nemen over hoe die checks and balances binnen de organisatie precies vorm moeten krijgen. Dit wordt aan het bevoegd gezag zelf overgelaten. ^[17] Wel wordt ernaar gestreefd de uitvoeringspraktijk te faciliteren door middel van een Handreiking of Modelverordening. ^[18]

In de wetsgeschiedenis is verder ingegaan op de vraag of de ‘passende scheiding’ niet beter zou kunnen worden gerealiseerd via een verplichte onafhankelijke toetsing door de commissie mer. De regering was echter van mening dat een toetsingsadvies door de commissie mer geen invulling kan zijn van de verplichting om te voorzien in een ‘passende scheiding’, omdat de ‘passende scheiding’ speelt gedurende de hele voorbereiding van een project-mer-plichtig besluit en de toetsing door de commissie mer alleen na voltooiing van het MER. ^[19] Uiteindelijk is bij amendement een tweede lid aan artikel 7.28a Wm toegevoegd dat bepaalde dat ieder bevoegd gezag de wijze waarop het zorg draagt voor de passende scheiding moet vastleggen in een beschrijving van de werkprocessen en procedures en er voor moet zorgdragen dat deze werkprocessen en procedures worden nageleefd. In de toelichting wordt gesteld dat het amendement bijdraagt aan de transparantie en belangenconflicten voorkomt. Projecten waarbij het bevoegd gezag ook de initiatiefnemer is, betreffen grote projecten zoals infrastructuurprojecten. In de publieke discussie is de behoefte aan objectieve informatie over mogelijk aanzienlijke milieueffecten van deze projecten groot. Het amendement verhoogt de geloofwaardigheid van de besluitvorming. ^[20]

Het eerste deel van artikel 9 bis (waarin staat dat de bevoegde instanties hun taken op objectieve wijze en zonder belangenconflict moeten vervullen) is niet geïmplementeerd in de Wm, omdat dit volgens de wetgever al is geïmplementeerd in artikel 2:4 Awb. ^[21] Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is gevraagd of het

toch niet wenselijk zou zijn om ook op bestuurlijk niveau een passende scheiding van functies voor te schrijven. Volgens de regering zou dat echter niet nodig zijn. Mocht artikel 2:4 Awb worden geschonden, dan kan een belanghebbende namelijk in beroep gaan bij de rechter. Het zou niet gewenst zijn om de Awb aan te vullen met een extra voorschrift in de Wet milieubeheer dat er niet alleen in de ambtelijke organisatie, maar ook op bestuurlijk niveau tijdens de voorbereiding van een project-mer-plichtig besluit sprake moet zijn van een passende scheiding van functies. Uitgangspunt bij de implementatie van een EU-richtlijn is om niet verder te gaan dan op grond van de richtlijn noodzakelijk is. Daarnaast is een bevoegd gezag vrij om, indien het dat zelf wenst, de rollen op bestuurlijk niveau te scheiden.^[22]

In april 2017 is een concept-Handleiding Passende Scheiding van Functies bij Project-MER aan de Tweede en Eerste Kamer toegezonden. De minister benadrukt in de brief dat de handreiking het bevoegd gezag richting geeft hoe het kan, maar dat een passende functiescheiding maatwerk vergt en kan verschillen per organisatie en zelfs per mer-procedure. Gesteld wordt dat de definitieve handreiking zal worden opgenomen in de bestaande Praktijkhandreiking mer op de website van [Infomil.nl](https://infomil.nl).^[23] Opvallend is echter dat in 2024 op de website van Infomil nog altijd slechts wordt verwezen naar de concept-handreiking.^[24] Het lijkt er dan ook op dat het concept nooit (formeel) is gefinaliseerd.

Op 1 januari 2024 is de Omgevingswet in werking getreden en is de Wet milieubeheer vervallen. Sindsdien is artikel 9 bis van de richtlijn in artikel 11.12 Omgevingsbesluit^[25] geïmplementeerd.^[26] Het artikel is ongewijzigd gebleven ten opzichte van artikel 7.28a Wm. In de nota van toelichting bij het artikel wordt verwezen naar de (concept)handreiking zoals deze in 2017 aan de Kamers is toegezonden. Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet is Infomil overgegaan in het Informatiepunt Leefomgeving (IPLO). Op deze website is de handreiking niet te vinden. Wel wordt gewezen op de verplichting tot passende scheiding. Daarbij wordt gesteld dat dit op ambtelijk niveau meestal gebeurt door de rollen van initiatiefnemer en bevoegd gezag onder te brengen bij verschillende afdelingen: de afdeling 'infrastructuur', 'uitvoering' of 'beleid en planvorming' opereert bijvoorbeeld als initiatiefnemer en de afdeling 'vergunningverlening en handhaving', 'beleid en planvorming', 'mer-coördinatie' of de uitvoeringsdienst vult op ambtelijk niveau de rol van bevoegd gezag in. Verder wordt op de website als 'praktijktip' gegeven dat het voor legitimiteit en draagvlak verstandig kan zijn om ook op bestuurlijk niveau een scheiding aan te brengen. Men maakt dan een scheiding tussen algemeen bestuur (gemeenteraad) als bevoegd gezag en het dagelijks bestuur (burgemeester en wethouders) als initiatiefnemer.^[27]

In 2021 schreef Pieters dat in de praktijk appellanten niet alert zouden zijn op het bestaan van (toen nog) artikel 7.28a Wm. Hij betwijfelde of bevoegde gezagen hun wijze van passende scheiding hebben vastgelegd in een beschrijving van de werkprocessen en procedures. Ook hoopte hij dat de Afdeling nog een keer prejudiciële vragen zou gaan stellen en zich erover zou uitspreken of de vereisten uit de SMB- en mer-richtlijn met betrekking tot de kwaliteitsborging, autonomie en objectiviteit voldoende zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving.^[28] Deze prejudiciële vragen zijn niet gesteld, maar wellicht dat het antwoord op de door de Belgische Raad van State gestelde prejudiciële vraag ook voor Nederland meer duidelijkheid zal bieden.

4. Implementatie in België

In België zijn de bevoegdheden die zien op de ruimtelijke ordening neergelegd bij de gewesten en niet op het federaal niveau.^[29] Net als in Nederland ligt de bevoegdheid om omgevingsvergunningen te verlenen op gemeentelijk, provinciaal of regeringsniveau. Dit is afhankelijk van de aard van het project. Het college van burgemeester en schepenen (CBS) is bevoegd voor aanvragen van gemeentelijke projecten en alle andere gevallen dan waarvoor de Vlaamse Regering of de deputatie (het Vlaamse equivalent van gedeputeerde staten) bevoegd is.^[30]

De belangrijkste milieuwetgeving van Vlaanderen wordt gevormd door de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) en het Decreet houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (DAMB). Hoofdstuk 2 van de VCRO gaat over Ruimtelijke uitvoeringsplannen. Hierin zijn bepalingen opgenomen ter implementatie

^[31]

van de Smb-richtlijn, in Vlaanderen aangeduid als de planmilieueffectrapportage. Titel 4 van het DAMB bevat nadere verplichtingen voor milieueffectrapportages en ziet zowel op het plan- als project-MER. Net als in Nederland, bevat het DAMB een bijlage met een lijst van categorieën van projecten die mer-plichtig zijn. Ook kunnen projecten mer-beoordelingsplichtig zijn. Dit wordt in Vlaanderen de ‘project-m.e.r.-screeningsnota’ genoemd.^[32] Waar in het hiernavolgende dus gesproken wordt over de ‘screening’, kan voor de Nederlandse situatie gesproken worden van een ‘mer-beoordeling’. Daarnaast wordt in Vlaanderen gesteld dat als een project-MER wordt opgesteld, milieueffectbeoordeling wordt verricht. Voor de Nederlandse lezer kan dit wellicht tot enige verwarring leiden, maar in de Vlaamse context is hier dus sprake van een m.e.r. waar de milieueffecten worden beoordeeld, welke situatie moet worden onderscheiden van de mer-screening.

In het DAMB wordt daarnaast in algemene zin gesproken over ‘de overheid’. Welke overheid bevoegd is, volgt uit het Decreet betreffende de omgevingsvergunning (OVD). Het ‘no conflict of interest’-principe uit de mer-richtlijn is geïmplementeerd in artikel 15/1 en 20 OVD. Artikel 15/1 bepaalt dat in plaats van het CBS de deputatie bevoegd is als voldaan is aan de volgende twee voorwaarden: (1) voor het project moet een milieueffectrapport worden opgesteld en er is geen ontheffing van de rapportageverplichting verkregen; en (2) het CBS is initiatiefnemer en aanvrager van het project.^[33] Artikel 20 OVD gaat over de situatie dat een project niet (direct) mer-plichtig is, maar er eerst een project-mer-screeningsnota wordt opgesteld. Als de aanvraag om een omgevingsvergunning door de bevoegde overheid zelf wordt ingediend en daarbij een project-mer-screeningsnota voegt, dan beslist de gemeentelijke omgevingsambtenaar^[34] of er voor het project een milieueffectrapport moet worden opgesteld. In het OVD is namelijk vastgelegd dat iedere gemeenteraad minimaal één gemeentelijke omgevingsambtenaar aanwijst. Deze ambtenaar of ambtenaren moet(en) (gezamenlijk) voldoende kennis van zowel de ruimtelijke ordening als het milieu in zich verenigen.^[35] In het Besluit van de Vlaamse Regering tot uitvoering van het decreet betreffende de omgevingsvergunning (OVB) zijn onder andere kwaliteitseisen en onverenigbaarheden vastgelegd waaraan deze omgevingsambtenaar moet voldoen. In het OVD is bepaald dat de gemeentelijke omgevingsambtenaar zijn taken onafhankelijk en neutraal uitvoert.^[36]

In 2022 heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen (RvVb) geoordeeld dat deze Vlaamse regelgeving in strijd is met het ‘no conflict of interest’-principe. Hierop zal in de volgende paragraaf uitgebreid worden ingegaan. Dit arrest heeft tot gevolg gehad dat op 20 mei 2024 het OVD is gewijzigd.^[37] Daarbij is aan artikel 15/1 OVD een nieuw derde lid toegevoegd dat bepaalt dat het eerste en tweede lid (dat in essentie bepaalt dat niet de gemeente maar de provincie het bevoegd gezag wordt) niet van toepassing is als louter een project-mer-screening aan de aanvraag wordt toegevoegd. Hiermee wordt buiten twijfel gesteld dat het bevoegd gezag alleen wijzigt als vanaf het begin vaststaat dat een MER moet worden opgesteld voor het project.

Als sprake is van een project-mer-screening dan is artikel 20 lid 2 OVD van toepassing. Dit artikel ziet op de verschuiving van het bevoegd gezag van het CBS naar de omgevingsambtenaar. In het wijzigingsdecreet is ook de onafhankelijke positie van die omgevingsambtenaar versterkt. Aan artikel 9 OVD is toegevoegd dat de onafhankelijkheid en neutraliteit van de gemeentelijke omgevingsambtenaar “te allen tijde [worden] gevrijwaard. De actieve en constructieve wijze waarop de gemeentelijke omgevingsambtenaar zich moet inzetten voor de realisatie van de opdracht en de doelstellingen van de gemeente, doet daar geen afbreuk aan.”^[38]

5. Drie vragen over de uitleg van het ‘no conflict of interest’-principe

In 2022 heeft de RvVb in het Wasserij-arrest geoordeeld dat de hiervoor beschreven Vlaamse wetgeving in strijd met het ‘no conflict of interest’-principe is en heeft daarom de verleende omgevingsvergunningen vernietigd.^[39] De procedure betrof een aanvraag om een omgevingsvergunning voor de reconversie van een wasserij-site bij het CBS van de stad Gent. Deze omgevingsvergunning wordt verleend.^[40] De verzoekende partij betoogt in beroep bij de RvVb dat het CBS niet bevoegd was om de aanvraag te beoordelen, maar de deputatie. Het oordeel van de RvVb is om meerdere redenen interessant. Hierna zal achtereenvolgens worden ingegaan op de vraag voor welke projecten het ‘no conflict of interest’-principe geldt; wanneer de gemeente kwalificeert als opdrachtgever; en wanneer sprake is van een passende scheiding. Nu wordt al opgemerkt dat

^[41]

tegen het arrest van de RvVb cassatie is ingesteld bij de Raad van State. Op 26 maart 2024 heeft de Raad van State een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie over de uitleg die moet worden gegeven aan artikel 9 bis van de richtlijn.^[42] Hierna zal bij het beantwoorden van de drie vragen ook het oordeel van de Raad van State worden betrokken voor zover dit ziet op de inhoud van het ‘no conflict of interest’-principe.^[43]

5.1 Ziet de verplichting alleen op mer-plichtige projecten?

In het Vlaams gewest verschuift het bevoegd gezag op grond van artikel 15/1 OVB alleen als sprake is van een mer-plicht en niet van een mer-screeningsplicht. De RvVb beoordeelt in het arrest of deze bepaling in overeenstemming is met artikel 9 bis van de mer-richtlijn. De RvVb constateert dat het artikel onderdeel uitmaakt van de beoordeling overeenkomstig de artikelen 5 tot en met 10 van de richtlijn die ziet op mer-plichtige projecten en dat de richtlijn geen nadere regels bevat voor de vergunningsprocedure van mer-screeningsplichtige projecten. Als alleen gekeken zou worden naar de structuur van de richtlijn, zou het dus niet logisch zijn om het ‘no conflict of interest’-principe ook op te leggen bij mer-screeningsplichtige projecten. De RvVb kijkt vervolgens echter ook naar het doel van de richtlijn.^[44] In de tekst van het artikel staat dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de bevoegde instantie zijn ‘uit deze richtlijn voortvloeiende taken’ op objectieve wijze vervult. Volgens de RvVb blijkt daarmee dat met het artikel wordt beoogd om de objectiviteit van de bevoegde instantie(s) te waarborgen en belangenconflicten te vermijden bij ‘alle taken’ die uit de project-MER-richtlijn voortvloeien, en dus in beginsel ook bij de taken in het kader van de screeningsplicht waarbij wordt nagegaan of een project aanzienlijke milieueffecten kan hebben en of er hiervoor een milieueffectbeoordeling is vereist.^[45] Daarnaast overweegt de RvVb dat de screening van projecten op hun potentieel aanzienlijke milieueffecten de basis vormt voor de vraag of er daarvoor al dan niet een project-MER moet worden opgesteld. Als het screeningsproces als taak of onderdeel van de ‘milieueffectrapportage’ zou zijn aangetast door een belangenconflict, doordat de bevoegde instantie ook de opdrachtgever is, kan dat dus een weerslag hebben op de uiteindelijke beoordeling of er al dan niet een MER moet worden opgesteld. Om deze redenen mag de toepassing van de ‘no conflict of interest’-bepaling volgens de RvVb niet worden beperkt tot de projecten die ‘rechtstreeks’ zijn onderworpen aan een milieueffectbeoordeling. Ook de mer-screening is een taak die voortvloeit uit de richtlijn en moet gebeuren door een instantie die deze taak ‘op objectieve wijze’ kan vervullen.

De Belgische Raad van State heeft in cassatie geoordeeld dat de vraag of artikel 9 bis voldoende werd omgezet, afhangt van de draagwijdte van die bepaling. Dit was reden voor de Raad van State om een prejudiciële vraag te stellen. De Raad van State heeft gevraagd of de in artikel 9 bis bedoelde “passende scheiding” eveneens moet worden aangebracht bij de beoordeling van mer-screeningsplichtige projecten.

Het zal nog een tot twee jaar duren voordat het Hof van Justitie antwoord zal geven op deze vraag. Volgens Schelstraete is de inhoudelijke redenering van de RvVb correct: artikel 9 bis verbindt de ‘no conflict’-regel uitdrukkelijk aan de taken uit de mer-richtlijn zelf en maakt daarbij geen onderscheid tussen die taken.^[46] Ik deel deze mening. De beslissing of al dan niet een MER opgesteld moet worden is van dusdanig belang dat het niet meer dan logisch is dat daar eveneens belangenverstrengeling moet worden voorkomen. Het zou afbreuk doen aan de nuttige werking van de richtlijn als bij de mer-beoordeling niet dezelfde waarborgen in acht zouden moeten worden genomen. Daarom is het interessant om vooruitlopend op de antwoorden op de prejudiciële vragen te kijken of Nederland artikel 9 bis correct heeft omgezet als deze uitleg aan het artikel zou worden gegeven.

In Nederland is, net als in Vlaanderen, de tekst van artikel 11.12 Omgevingsbesluit beperkt tot projecten waarvoor een milieueffectrapport moet worden gemaakt. Alleen dan is het bevoegd gezag verplicht om voor een passende scheiding zorg te dragen. Dat de wetgever de werking van het artikel daadwerkelijk heeft willen beperken tot deze projecten blijkt ook uit de Kamerbrief uit 2017 waarin de concept-Handleiding aan de Tweede en Eerste Kamer is toegezonden. In deze brief adviseert de minister namelijk aan de bevoegde gezagen “om ook in andere situaties, waarin de scheidslijn tussen de taken van het bevoegd gezag voor het mer en de taken van het bevoegd gezag als initiatiefnemer kan vervagen, *zoals bij plan-mer en mer-beoordeling* [curs. dzz], uit oogpunt van legitimiteit en draagvlak een eigenstandige afweging te maken of binnen de ambtelijke en bestuurlijke organisatie een duidelijke functiescheiding gewenst is”.^[47] De minister geeft dus in overweging om bij mer-beoordelingsplichtige projecten ook een passende scheiding aan te

brengen, hetgeen impliceert dat dit dus geen verplichting is op grond van (thans) het Omgevingsbesluit. Hieruit volgt dat het antwoord op de door de Belgische Raad van State gestelde prejudiciële vraag rechtstreeks van belang is voor Nederland. Als het Hof van Justitie de vraag namelijk positief beantwoordt dan zal artikel 11.12 Omgevingsbesluit zo moeten worden gewijzigd dat ook mer-beoordelingsplichtige projecten onder de werking van het 'no conflict of interest'-principe komen te vallen.

5.2 Wanneer is een gemeente tevens 'opdrachtgever'?

In het Wasserij-arrest was de aanvraag om de omgevingsvergunning ingediend door SOGent. Dit is een autonoom gemeentebedrijf met een eigen rechtspersoonlijkheid, zetel en KBO-nummer. De RvVb moest dan ook beoordelen of bij een project van een dergelijk gemeentebedrijf ook sprake is van een situatie waarin het bevoegd gezag tevens de opdrachtgever is. Een autonoom gemeentebedrijf is, aldus het arrest, "één van de vormen van gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen en is belast met welbepaalde beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang waarvan het beheer binnen een van deze van de gemeente afgezonderde rechtspersoonlijkheid wordt geacht bepaalde voordelen te bieden". De taken van het autonoom gemeentebedrijf worden opgenomen in een beheersovereenkomst met de gemeente. Het autonoom gemeentebedrijf beschikt over een raad van bestuur, waarvan de leden worden benoemd door de gemeenteraad, waarbij elke gemeenteraadsfractie minstens één lid kan voordragen, en de voorzitter van het bedrijf tevens deel uitmaakt van het CBS. Er bestaat dus een overlap tussen de leden van de raad van bestuur van het autonoom gemeentebedrijf en de personen die deel uitmaken van het CBS en de gemeenteraad van de gemeente. In de beheersovereenkomst tussen de stad Gent en SOGent staat dat 'projectontwikkeling' één van de hoofdactiviteiten vormt van SOGent, waarbij SOGent 'in principe projecten uitvoert in opdracht van de stad', die daarbij instaat voor 'een financiering en/of borgstelling'. De projecten in opdracht van de stad worden 'in house' uitgevoerd. De RvVb komt op basis hiervan tot de conclusie dat sprake is van een gemeentelijk project waarvan de stad Gent de initiatiefnemer is en SOGent het project uitvoert in opdracht van de stad Gent. SOGent heeft geen autonome bevoegdheid en geen eigen middelen, en door de overlap in functies tussen de raad van bestuur van het bedrijf en de gemeenteraad en CBS is ook geen sprake van een functionele scheiding, zoals beoogd met artikel 9 bis van de mer-richtlijn.

Vermeldenswaardig in dit verband is dat het Vlaams gewest tot 22 februari 2017 in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) naast de reguliere procedure voor een stedenbouwkundige vergunning, ook een bijzondere procedure voor handelingen van algemeen belang of voor aanvragen ingediend door publiekrechtelijke rechtspersonen kende.^[48] Deze regeling is met de inwerkingtreding van het OVD vervallen. De strikte benadering van de RvVb bij de vraag wie opdrachtgever is, moet dan ook wellicht deels in deze historische context worden geplaatst.^[49] Descamps is kritisch op het oordeel van de RvVb omdat het volgens hem afbreuk doet aan andere administratiefrechtelijke mogelijkheden om autonome gemeentebedrijven meer autonomie te verlenen. Volgens hem zou het mogelijk moeten zijn of worden om binnen het autonoom gemeentebedrijf een apart autonoom vergunningencomité in te richten waarmee tegemoetgekomen wordt aan de bezwaren van de RvVb.^[50]

Ook in Nederland komt het regelmatig voor dat gemeentelijke ontwikkelingen niet door de gemeente (als publiekrechtelijke rechtspersoon) zelf worden uitgevoerd, maar dat daarvoor een aparte rechtspersoon wordt opgericht, bijvoorbeeld een gemeentelijk vastgoed- of ontwikkelingsbedrijf. Ook is vaak sprake van een publiek-private samenwerking (PPS) waar een aparte vennootschap wordt opgericht waarvan de gemeente dan een van de aandeelhouders is. Hoewel in dergelijke gevallen sprake is van een aparte (privaatrechtelijke) rechtspersoon, is er vaak nog een nauwe betrokkenheid van ambtenaren van de gemeente bij de ontwikkeling. Hoe groot die betrokkenheid is, hangt af van de afspraken die zijn vastgelegd in de statuten en samenwerkingsovereenkomsten. In Nederland speelt in deze gevallen dus ook de vraag of de gemeente nog steeds de initiatiefnemer van het project is als een gemeentelijk vastgoedbedrijf het MER of de mer-beoordeling opstelt. Moet de gemeente ook in die gevallen zorgdragen voor een passende scheiding als bedoeld in artikel 11.12 Omgevingsbesluit? Gesteld kan worden dat door een andere vennootschap op te richten sprake is van een passende scheiding (waarover in de volgende paragraaf meer), maar dat is feitelijk de vervolgvraag die pas aan de orde komt als de gemeente - ondanks de oprichting van een vastgoedbedrijf - nog altijd kwalificeert als initiatiefnemer. De Belgische Raad van State heeft over het begrip 'opdrachtgever' helaas geen prejudiciële vraag gesteld, waardoor ik niet verwacht dat het Hof van Justitie in zal gaan op dit

onderwerp.

Mijn voorzichtige inschatting is dat een Nederlandse rechter niet snel zal oordelen dat als een gemeentelijk vastgoedbedrijf met een eigen rechtspersoonlijkheid en een eigen bestuur een omgevingsvergunning aanvraagt voor een (bouw)project, de gemeente (in plaats van dat vastgoedbedrijf) als opdrachtgever van het (bouw)project moet worden beschouwd. Hetzelfde geldt voor een PPS-constructie waarbij een gemeente één van de aandeelhouders van de vennootschap is die het project zal ontwikkelen. Nederland kent immers van oudsher een scheiding tussen publiek- en privaatrecht, waarbij wordt aangenomen dat als de overheid een publieke taak op afstand zet, die privaatrechtelijke rechtspersoon niet (meer) gebonden is aan publiekrechtelijke normen, zoals algemene beginselen van behoorlijk bestuur.^[51] Het ligt dan in het verlengde om aan te nemen dat het op afstand zetten van de ontwikkeling van een (bouw)project er ook toe leidt dat niet langer sprake is van opdrachtgeverschap in de zin van de mer-richtlijn. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief zijn hier echter wel kanttekeningen bij te plaatsen. In het Europees recht is namelijk niet de nationale kwalificatie van een begrip doorslaggevend, maar moet een begrip functioneel worden uitgelegd. Gekeken moet worden wat het effect van een handeling is in het licht van het doel van die Unierechtelijke regeling. In dit geval is het doel van de 'no conflict of interest'-bepaling om belangenconflicten te voorkomen. Dat pleit ervoor om te stellen dat een gemeente nog altijd de opdrachtgever kan zijn als deze een project realiseert via een gemeentelijk vastgoedbedrijf. Als het vastgoedbedrijf bijvoorbeeld geen eigen werknemers heeft, maar alle werkzaamheden door ambtenaren in dienst van de gemeente worden verricht, of als in het bestuur van een vastgoedbedrijf de wethouder of ambtenaar zit die tevens bevoegd is om de mer-beoordeling te toetsen en de omgevingsvergunning te verlenen, dan is weliswaar formeel sprake van gescheiden vennootschappen, maar materieel gezien is het niet uitgesloten dat een belangenconflict kan ontstaan. Ook in dergelijke situaties zou ik een 'passende scheiding' wenselijk achten, hetgeen ertoe leidt dat moet worden geborgd dat de gemeentelijke ambtenaren en bestuurders die de aanvraag van het vastgoedbedrijf beoordelen op voldoende afstand van het bedrijf staan. Bij een PPS-samenwerking waarin ook andere projectontwikkelaars participeren zal eerder sprake zijn van een dergelijke passende afstand dan bij een vastgoedbedrijf waarvan de gemeente 100% aandeelhouder is.^[52] Op de vraag wanneer die afstand voldoende is wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

5.3 Wanneer is sprake van een passende scheiding?

In het Wasserij-arrest was de RvVb dus van oordeel dat het 'no conflict of interest'-principe ook in acht moet worden genomen bij een mer-screening. Op grond van artikel 15/1 OVD zou de bevoegdheid dan verschuiven van het CBS (gemeente) naar de deputatie (provincie). In het arrest wordt ook ingegaan op de vraag of het niet afdoende is dat de gemeentelijke omgevingsambtenaar de screeningsnota beoordeelt, omdat sprake is van een passende scheiding tussen het CBS en deze omgevingsambtenaar. Volgens de RvVb is dat niet het geval. De RvVb kijkt daarbij naar de uitleg die het Hof van Justitie over het begrip 'passende scheiding' heeft gegeven in het eerdergenoemde Northern Ireland-arrest. Hieruit volgt dat sprake moet zijn van 'een werkelijke autonomie', waarbij de instantie 'beschikt over eigen administratieve middelen en personeel en aldus in staat is om de taken te vervullen die (haar) zijn toevertrouwd', en in het bijzonder 'op objectieve wijze' haar mening kan geven over het project dat wordt aangevraagd 'door de instantie waartoe zij behoort'. Hoewel de gemeentelijke omgevingsambtenaar zijn taken op basis van het OVD 'onafhankelijk en neutraal uitoefent' en daarbij 'geen nadeel mag ondervinden van de uitoefening hiervan' blijkt volgens de RvVb niet dat deze ambtenaar afdoende 'werkelijke autonomie' heeft en beschikt over eigen administratieve middelen of personeel om een project-mer-screeningsnota van de gemeente te beoordelen. De gemeentelijke omgevingsambtenaar is immers in dienst van de gemeente. Op grond van het Decreet over het lokaal bestuur moet een ambtenaar zijn ambt volgens de 'deontologische rechten en plichten' als personeelslid 'op een loyale en correcte wijze' uitoefenen en zich daarbij 'op een actieve en constructieve wijze' inzetten voor de realisatie van de opdracht en de doelstellingen van de gemeente.^[53] Schelstraete is kritisch op dit oordeel van de RvVb. Artikel 9 OVD bepaalt immers expliciet dat de gemeentelijke omgevingsambtenaar zijn werk onafhankelijk moet kunnen doen. Het Decreet lokaal bestuur kan een ambtenaar niet dwingen om contra legem zijn werkzaamheden te doen. In tegendeel: een ambtenaar wordt juist geacht om de wet toe te passen. Verder wijst Schelstraete erop dat de omgevingsambtenaar wordt benoemd door de raad, terwijl het een project van het CBS betreft.^[54] De verstrekking van het oordeel van de RvVb - en de rechtsonzekerheid die het arrest met zich bracht - waren voor de Vlaamse regering aanleiding om het cassatieberoep niet af te wachten. In mei 2024 is artikel 9 OVD gewijzigd door daaraan toe te voegen dat de verplichting voor de omgevingsambtenaar om zich

in te moeten zetten voor de realisatie van de opdracht en de doelstellingen van de gemeente, geen afbreuk doet aan zijn onafhankelijkheid. De Vlaamse regering heeft er dus voor gekozen om de beoordeling van mer-screeningsnota's niet naar het provinciebestuur te verschuiven, maar om de onafhankelijke positie van de gemeentelijke omgevingsambtenaar te versterken.

Als de Vlaamse wetgeving wordt vergeleken met de Nederlandse wetgeving dan zijn de verschillen groot. Deze verschillen zien zowel op het bestuurlijk als ambtelijk niveau. Op het bestuurlijk niveau valt op dat in Nederland nooit het bevoegd gezag wordt verschoven van het gemeentelijk naar het provinciaal niveau vanwege het 'no conflict of interest'-principe. In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat artikel 2:4 Awb voldoende waarborg biedt. In de concept-handleiding wordt het bevoegd gezag geadviseerd om een afweging te maken of het wenselijk is om een duidelijke functiescheiding op bestuurlijk niveau tussen twee gezagsdragers (bijvoorbeeld twee wethouders) aan te brengen. Deze functiescheiding kan dan naast de bestaande scheiding tussen het algemeen bestuur (gemeenteraad) en het dagelijks bestuur (burgemeester en wethouders) komen.^[55] Ik vraag me af of de keuze van de Nederlandse wetgever om dit deel van artikel 9 bis van de richtlijn niet te implementeren een verstandige keuze is geweest. Naar mijn mening volgt uit (de bedoeling van) het 'no conflict of interest'-principe dat de rollen van initiatiefnemer en bevoegd gezag altijd over twee verschillende wethouders moeten worden verdeeld. Alleen op deze wijze kan daadwerkelijk worden gewaarborgd dat beide perspectieven bij de voorbereiding van het besluit een volwaardige plaats krijgen. Op zich zou deze verplichting inderdaad uit artikel 2:4 lid 1 Awb kunnen voortvloeien, omdat dit artikellid bepaalt dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid moet vervullen. Als ik vervolgens echter zie dat de handleiding slechts 'adviseert' om een 'afweging' te maken of een dergelijke functiescheiding 'wenselijk' is, dan laat dit zien dat het aanbrengen van deze bestuurlijke functiescheiding kennelijk geen vanzelfsprekendheid is. Het verbod van vooringenomenheid van artikel 2:4 Awb is kennelijk niet meer dan een vrijblijvende suggestie om de (vaak financiële) belangen van grondontwikkeling en de milieubelangen bij twee verschillende bestuurders onder te brengen. Het zou dan ook mijn voorkeur hebben als de bestuurlijke functiescheiding alsnog aan artikel 11.12 van het Omgevingsbesluit wordt toegevoegd.

De Vlaamse constructie waarbij het bevoegd gezag verschuift van de gemeente naar de provincie is mijns inziens geen verplichting die voortvloeit uit artikel 9 bis van de richtlijn. Ook in het Northern Ireland-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat niet vereist is dat een andere te raadplegen instantie wordt opgericht of aangewezen. Het verplichten van een duidelijke bestuurlijke scheiding tussen twee wethouders voldoet mijns inziens ook aan het 'no conflict of interest'-principe. Dit doet er echter niet aan af dat de verdergaande regeling in het OVD een interessante mogelijkheid voor Nederland zou kunnen zijn. De laatste jaren wordt regelmatig gesteld dat sprake is van een afnemend vertrouwen in de politiek.^[56] Het is niet vreemd dat de situatie waarbij de gemeente een dubbele pet heeft door zowel initiatiefnemer van een project (en aanvrager van de benodigde vergunningen) als vergunningverlener te zijn, vragen oproept bij burgers. Het antwoord dat het twee verschillende afdelingen binnen de gemeente betreft, zal een bezorgde burger waarschijnlijk onvoldoende geruststellen. De idee dat in dit soort gevallen het college van burgemeester en wethouders de aanvraag zou indienen bij het college van gedeputeerde staten,^[57] vind ik een interessante optie die mijns inziens nader onderzoek verdient. Op deze wijze kan de gemeente opkomen voor haar (financiële) belangen als ontwikkelaar en de provincie kan dat plan beoordelen op de milieueffecten.^[58]

Naast de bestuurlijke scheiding geeft het Wasserij-arrest ook aanleiding om te kijken naar de organisatorische scheiding in Nederland. In Nederland wordt het afdoende geacht dat door middel van het opstellen van een werkproces met checks and balances een scheiding binnen de organisatie wordt aangebracht. Meer dan het onderbrengen van de twee rollen bij twee verschillende afdelingen wordt in beginsel niet verwacht. Als deze praktijk naast de indringende toets van de RvVb wordt gelegd dan is duidelijk dat de Nederlandse praktijk daaraan niet voldoet. Volgens de RvVb moet sprake zijn van werkelijke autonomie en dat is in Nederland niet het geval. Deze autonomie zou in Nederland echter wellicht eenvoudig alsnog kunnen worden gerealiseerd. Sinds 2013 kent Nederland namelijk de omgevingsdiensten. Deze omgevingsdiensten beschikken niet over eigen bevoegdheden, maar adviseren wel aan gemeenten en provincies. Ook kunnen zij soms in mandaat besluiten nemen. Het verschilt per omgevingsdienst in hoeverre zij adviseren op het gebied van milieueffectrapportages. Het is mijns inziens het overwegen waard om, als een gemeente initiatiefnemer is van een project, de omgevingsdienst het MER of de mer-beoordeling te laten toetsen. Hiermee kan de organisatorische scheiding worden vergroot, al was het maar omdat de ambtenaren van omgevingsdiensten

vaak fysiek op een andere locatie zitten dan de gemeenteambtenaren. Ook adviseren omgevingsdiensten aan meerdere gemeenten in de regio in plaats van dat zij in dienst zijn bij slechts een gemeente. Ten slotte kan worden gesteld dat de omgevingsdiensten over voldoende autonomie beschikken, omdat zij beschikken over eigen administratieve middelen en personeel om hun taken uit te voeren. Hiermee is echter nog niet een organisatorische scheiding gerealiseerd voor projecten op Rijksniveau. Een alternatief zou daarom kunnen zijn om de benodigde objectiviteit alsnog^[59] te realiseren via een verplichte onafhankelijke toetsing van de mer-beoordeling door de commissie mer. Een dergelijke verplichting kan immers gelden voor projecten op alle overheidsniveaus.

Een laatste verschil met de Vlaamse regelgeving is dat in de OVD de gemeentelijke^[60] omgevingsambtenaar eigen bevoegdheden heeft gekregen. Dit draagt bij aan de onafhankelijke positie van deze ambtenaar. Naar analogie zou in Nederland de directeur van de omgevingsdienst bij of krachtens de Omgevingswet de bevoegdheid kunnen krijgen om het MER (en de mer-beoordeling) te beoordelen. Een dergelijke keuze roept wel veel vragen op, bijvoorbeeld of de directeur daarmee zelf een bestuursorgaan wordt, terwijl deze ook in dienst is bij de omgevingsdienst en in die hoedanigheid in mandaat namens het college van burgemeester en wethouders besluiten neemt. Deze optie lijkt daarom minder te passen binnen het huidige Nederlandse rechtssysteem.^[61] Zolang er geen aanwijzingen zijn dat in Nederland sprake is van grootschalige belangenverstrengeling, lijkt het mij daarom een voldoende eerste stap om de passende scheiding op ambtelijk niveau te versterken door de omgevingsdiensten altijd te betrekken bij de beoordeling van de milieueffecten, maar zonder deze een formele bevoegdheid daartoe in wetgeving te geven.

6. Afronding

In dit artikel heb ik onderzocht hoe artikel 9 bis van de mer-richtlijn in Nederland en het Vlaams gewest zijn geïmplementeerd. De directe aanleiding hiervoor was het Wasserij-arrest van de RvVb. Artikel 9 bis bevat het 'no conflict of interest'-principe: als een gemeente zowel initiatiefnemer als bevoegd gezag voor een mer-plichtig project is dan moet de gemeente ervoor zorgdragen dat belangenverstrengeling wordt voorkomen. Zowel Nederland als het Vlaams gewest hebben ervoor gekozen om de verplichting uitsluitend van toepassing te laten zijn op mer-plichtige projecten en niet bij mer-beoordelingsplichtige projecten. Volgens de RvVb is dat onvoldoende om aan het doel van de bepaling te kunnen voldoen. De Belgische Raad van State heeft hierover een prejudiciële vraag gesteld. Het is afwachten wat het antwoord van het Hof van Justitie zal zijn, maar ik kan de redenering van de RvVb goed volgen. Als de uitleg die de RvVb aan artikel 9 bis geeft juist blijkt te zijn dan zal ook Nederland artikel 11.12 Omgevingsbesluit moeten wijzigen.

Naast de vraag naar de reikwijdte van het 'no conflict of interest'-principe is het arrest van de RvVb ook om andere redenen interessant. Het arrest gaat namelijk ook in op de vraag of de gemeente ook initiatiefnemer is als een gemeentebedrijf het project uitvoert. Ook in Nederland worden door overheden vaak aparte privaatrechtelijke rechtspersonen opgericht om ontwikkelingsprojecten te realiseren. Het past bij de ratio van deze Unierechtelijke verplichting om, als een gemeente een aanzienlijke rol heeft binnen een dergelijke privaatrechtelijke rechtspersoon (bijvoorbeeld via het bestuur of door de inzet van gemeentelijke ambtenaren bij de uitvoering van het project), te eisen dat er binnen de gemeente voldoende waarborgen worden getroffen om een belangenconflict te voorkomen.

Ten slotte gaat het arrest over de vraag wanneer sprake is van een passende scheiding. Nederland en het Vlaams gewest blijken op dit punt artikel 9 bis op verschillende wijzen te hebben geïmplementeerd. Waar in het Vlaams gewest het bevoegd gezag verschuift van de gemeente naar de provincie, is dit in Nederland nooit het geval. Naar mijn mening is dit ook niet vereist, maar vind ik het wel een interessante optie om de betrouwbaarheid en daarmee de legitimiteit van het besluit te vergroten. In ieder geval vind ik de verwijzing in de wetsgeschiedenis naar artikel 2:4 Awb onvoldoende en zou het mijn voorkeur hebben als in het Omgevingsbesluit in ieder geval zou worden vastgelegd dat de taken van de initiatiefnemer en het bevoegd gezag bij twee verschillende wethouders (of gedeputeerden) moeten worden neergelegd.

Naast de bestuurlijke functiescheiding, is ook de organisatorische scheiding in Nederland marginaal geregeld.

Als de taken bij twee verschillende afdelingen worden gelegd dan wordt dit al voldoende geacht. De RvVb zou dit naar verwachting onvoldoende vinden. Het Vlaams gewest kent namelijk in het OVD een zelfstandige bevoegdheid toe aan de gemeentelijke omgevingsambtenaar en zelfs dit acht de RvVb onvoldoende, omdat deze ambtenaar ook in dienst is van de gemeente en daarom loyaal moet zijn aan het gemeentebestuur. Als in Nederland gezocht wordt naar een mogelijkheid waarbij een organisatorische scheiding wordt aangebracht waar ambtenaren over daadwerkelijke autonomie beschikken, dan is het mijns inziens een interessante optie om te kijken naar de omgevingsdiensten. Deze diensten staan op grote(re) afstand van de gemeenten. Door het grondbeleid bij de gemeente te laten, maar de beoordeling van de omgevingsvergunning en het MER door de omgevingsdienst te laten verrichten, kan de objectiviteit en neutraliteit van de besluitvorming worden vergroot. Een alternatief zou kunnen zijn om de commissie mer hier een rol te geven. In de wetsgeschiedenis is al eerder voorgesteld om een onafhankelijke toetsing van de mer-beoordeling door de commissie mer te verplichten als de overheid tevens de opdrachtgever van het project is. Overwogen kan worden om dit alsnog te doen om zo de objectiviteit van de besluitvorming te vergroten.

Afrondend kan worden gesteld dat het 'no conflict of interest'-principe in Nederland tot nu toe niet de aandacht heeft gekregen die het verdient. Mede door de prejudiciële vraag die de Belgische Raad van State heeft gesteld, zal dit ongetwijfeld binnenkort veranderen.

Voetnoten

[1] Mr. dr. A. (Annemarie) Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de universiteit Leiden.

[2] Ook wel aangeduid als 'the regulatory obligation of neutrality' (Christoph Mayer, 'Directive 2014/52/EU: Big Step Forward or Merely Minimum Consensus? - An Attempt to Evaluate the New EU-Regulations on the Assessment of the Effects of Certain Public and Private Projects on the Environment', *Law Review* 2016, afl. 6, p. 107).

[3] Richtlijn 2011/92/EU betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten.

[4] Arrest van 6 oktober 2022 met nummer RvVb-A-2223-0108 (*Schamp en Thomas/provincie Oost-Vlaanderen*), ook bekend onder de naam 'Wasserij-arrest'. Eerder was deze vraag ook al aan de orde in het arrest van 22 april 2021, met nummer RvVb-A-2021-0910 (*vzw Red de Erpe- en Siesegemkouter/provincie Oost-Vlaanderen*). Zie voor andere arresten die sindsdien over dit principe zijn gewezen ook B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel: Luxemburg als scherprechter!', *TROS* 2023/111.

[5] Arrest van de Raad van State van 26 maart 2024 met nummer 259.259.

[6] Richtlijn 2011/92/EU betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten.

[7] In de Engelse versie van dit artikel (dat artikel 9a is) wordt bepaald dat de bevoegde instanties ervoor moeten zorgen dat zij "do not find themselves in a situation giving rise to a conflict of interest" en dat als zij tevens "the developer" zijn, er binnen de organisatie "an appropriate separation between conflicting functions" moet zijn.

[8] Amendement 120, P7_TA(2013)0413.

[9] Richtlijn 2014/52/EU tot wijziging van Richtlijn 2011/92/EU betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten.

[10] A7-0277/2013.

[11] HvJ EU 20 oktober 2011, C-474/10, ECLI:EU:C:2011:681, AB 2012/1, m.nt. Backes & Soppe.

- [12] Richtlijn 2001/42/EG betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (soms ook wel Plan-m.e.r.-richtlijn genoemd).
- [13] G.A.J.M. Hoevenaars, 'Kroniek m.e.r.: regelgeving en jurisprudentie', *M en R* 2017/30.
- [14] HvJ EU 20 oktober 2011, C-474/10, ECLI:EU:C:2011:681, *AB* 2012/1, m.nt. Backes & Soppe.
- [15] HvJ EU 28 juli 2016, C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603, *AB* 2016/308, m.nt. R. Ortlep.
- [16] *Stb.* 2017, 30; [Kamerstukken 34 287](#).
- [17] [Kamerstukken II 2015/16, 34 287, nr. 3](#), p. 28.
- [18] [Kamerstukken II 2015/16, 34 287, nr. 3](#), p. 15.
- [19] [Kamerstukken II 2015/16, 34 287, nr. 5](#), p. 8-9.
- [20] [Kamerstukken II 2015/16, 34 287, nr. 21](#).
- [21] [Kamerstukken II 2015/16, 34 287, nr. 3](#), p. 14. Artikel 2:4 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult. Het tweede lid bepaalt dat het bestuursorgaan ertegen moet waken dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.
- [22] [Kamerstukken I 2016/17, 34 287, E](#), p. 3-4.
- [23] [Kamerstukken II 2016/17, 34 287, nr. 25](#).
- [24] <https://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/mer/praktijkhandreiking/passende-scheiding/> [laatstelijk geraadpleegd op 5 juni 2024].
- [25] *Stb.* 2020, 400.
- [26] De wettelijke grondslag voor deze algemene maatregel van bestuur is artikel 16.88 lid 1 onder a van de Omgevingswet.
- [27] <https://iplo.nl/regelgeving/instrumenten/milieueffectrapportage/projecten-milieueffectrapportage/> [laatstelijk geraadpleegd op 5 juni 2024].
- [28] ABRvS 20 januari 2021, *JM* 2021/41, m.nt. S. Pieters.
- [29] Zie over de bevoegdheidsverdeling o.a. C.M. Billet, A. Vanhellemont & B. Vanheusden, *Milieurecht in kort bestek*, Brussel: Lefebvre Sarrut Belgium 2023, p. 177-190.
- [30] Artikel 15 § 1 OVD.
- [31] Deze verplichtingen zijn verder uitgewerkt in het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid voor de planmilieueffectrapportage.
- [32] Zie artikel 4.3.2 DAMB.
- [33] Hetzelfde artikel bepaalt dat de Vlaamse regering bevoegd is als het een project van de deputatie (provincie) is. Voor projecten op het niveau van de Vlaamse regering is geen bepaling opgenomen, omdat gesteld wordt dat de departementen (afdelingen)/agentschappen die initiatiefnemer zijn van een project, in het kader van de omgevingsvergunning zullen verschillen van de Vlaamse Regering (E. Mees & P. Flamey, *De omgevingsvergunning in het Vlaams gewest*, Brugge: Die Keure 2023, p. 102).

[34] Dan wel de provinciale of gewestelijke omgevingsambtenaar als de deputatie of Vlaamse regering het bevoegd gezag zijn.

[35] Artikel 9 OVD.

[36] Artikel 9 § 2 OVD.

[37] Decreet tot wijziging van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning, wat de uitvoering van de taken voor de project-MER-screening betreft (B.S.10/05/2024).

[38] Artikel 2 van het wijzigingsdecreet.

[39] Arrest van 6 oktober 2022 met nummer RvVb-A-2223-0108 (*Schamp en Thomas/provincie Oost-Vlaanderen*), ook bekend onder de naam 'Wasserij-arrest'. Eerder was deze vraag ook al aan de orde in het arrest van 22 april 2021, met nummer RvVb-A-2021-0910 (*vzw Red de Erpe- en Siesegemkouter/provincie Oost-Vlaanderen*). Zie voor andere arresten die sindsdien over dit principe zijn gewezen ook B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel: Luxemburg als scherprechter!', *TROS* 2023/111.

[40] Tegen dit besluit kon bestuurlijk beroep worden ingesteld bij de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen. Dit beroep wordt ongegrond verklaard. Dit is de bestreden beslissing die centraal staat bij de RvVb.

[41] Op grond van artikel 14 § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is de Raad van State in deze procedures de 'administratieve cassatierechter'. Dat betekent dat de Raad van State slechts een legaliteitscontrole verricht en geen beoordeling in rechte verricht.

[42] Arrest van de Raad van State van 26 maart 2024 met nummer 259.259.

[43] Dat betekent dat ik de vraag in hoeverre sprake is van een richtlijnconforme interpretatie contra legem buiten beschouwing laat. Hiervoor verwijs ik graag naar B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel: Luxemburg als scherprechter!', *TROS* 2023/111; en B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel op (te) scherp gesteld?', *TROS* 2022/107.

[44] Daarbij merkt de RvVb ook op dat de richtlijn beoogt om projecten die gelet op hun aard, omvang of ligging een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben, te onderwerpen aan een beoordeling van hun effecten vooraleer er hiervoor een vergunning wordt verleend. De ratio voor deze verplichting ligt in het voorzorgsbeginsel en op het beginsel van preventief handelen, alsmede op de beginselen dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden en dat de vervuiler betaalt.

[45] De algemene opzet van artikel 9 bis van de mer-richtlijn wordt volgens de RvVb ook nog bevestigd in overweging 25 en 41 bij richtlijn 2014/52/EU.

[46] B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel op (te) scherp gesteld?', *TROS* 2022/107.

[47] [Kamerstukken II 2016/17, 34 287, nr. 25.](#)

[48] Artikel 4.7.1 VCRO e.v.

[49] Zie tevens B. Schelstraete, 'No conflict of interest: ook voor autonome gemeentebedrijven', *TOO* 2021, nr. 3, p. 263-269.

[50] B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel op (te) scherp gesteld?', *TROS* 2022/107. Eveneens kritisch is B. Descamps, 'Rechtsonzekerheid na het 'Wasserijsitearrest' van de RvVb. Kunnen lokale besturen nog eigen gemeentelijke projecten vergunnen?', *STORM* 2022/3.

[51] Zie over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, alsmede de geschiedenis en visievorming ervan: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019/2.

[52] Ter inspiratie zou een voorzichtige vergelijking kunnen worden gemaakt met het begrip 'aanbestedende dienst' in de Aanbestedingswet 2012, omdat niet alleen de staat, een provincie, een gemeente of een waterschap aanbestedende diensten zijn, maar ook een "publiekrechtelijke instelling". Een publiekrechtelijke instelling is een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen (artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012). Als een gemeente een aparte vennootschap opricht, maar die vennootschap nog altijd kwalificeert als aanbestedende dienst, zou gesteld kunnen worden dat de onderlinge relatie tussen gemeente en vennootschap kennelijk nog altijd dusdanig is dat ook het 'no conflict of interest'-principe in acht moet worden genomen.

[53] Artikel 188 van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur.

[54] B. Schelstraete, 'De no conflict of interest-regel op (te) scherp gesteld?', *TROS* 2022/107. Eveneens kritisch is B. Descamps, 'Rechtsonzekerheid na het 'Wasserijstearrest' van de RvVb. Kunnen lokale besturen nog eigen gemeentelijke projecten vergunnen?', *STORM* 2022/3.

[55] Concept-handleiding, p. 10.

[56] Zie bijvoorbeeld <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/19/minste-vertrouwen-in-tweede-kamer-in-10-jaar-tijd> of <https://www.scp.nl/actueel/nieuws/2023/04/20/scp-6-op-de-10-nederlanders-ontevreden-over-politiek>, maar tevens ter relativering: <https://www.uva.nl/shared-content/faculteiten/nl/faculteit-der-maatschappij-en-gedragswetenschappen/nieuws/2023/06/nederlands-is-geen-laag-vertrouwensland.html?cb>.

[57] Respectievelijk het college van gedeputeerde staten bij de Minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening.

[58] De vraag is nog hoe deze scheiding op rijksniveau zou kunnen worden gerealiseerd. In Vlaanderen heeft men hier geen aparte bevoegdheidsregeling voor opgenomen, omdat de departementen (afdelingen)/agentschappen worden beschouwd als de initiatiefnemer van een project en daarmee verschillen van de Vlaamse Regering.

[59] In paragraaf 3 is al beschreven dat dit in de wetsgeschiedenis aan de orde is geweest naar aanleiding van vragen van de SP-fractie, maar deze suggestie niet is overgenomen door de regering ([*Kamerstukken II* 2015/16, 34 287, nr. 5](#), p. 8-9).

[60] Dan wel de provinciale of gewestelijke omgevingsambtenaar als de deputatie of Vlaamse regering het bevoegd gezag zijn.

[61] Tegelijkertijd zou het ook niet uniek zijn. Denk bijvoorbeeld aan de belastinginspecteur.