

Wijziging Besluit mer: vormvrije mer-beoordeling vervangen door mer-beoordelingsplicht

– Mr. K.L. Markerink¹

1. Inleiding

Per 7 juli 2017 is het Besluit mer gewijzigd met belangrijke gevolgen voor de praktijk: de vormvrije mer-beoordeling voor activiteiten beneden de grenswaarde is vervangen door de mer-beoordelingsplicht.² Deze wijziging heeft tot gevolg dat een aanzienlijk grotere hoeveelheid besluiten moet worden onderworpen aan een mer-beoordelingsprocedure; er kan niet meer worden volstaan met een ‘simpele’ vormvrije-mer-beoordeling in de toelichting van het besluit. In de dagelijkse praktijk is deze wijziging nog niet overal doorgedrongen. Bovendien roept de nieuwe regeling vragen op bij procedures die vóór 7 juli 2017 zijn aangevangen.

In dit artikel wordt een aantal handreikingen gegeven voor de praktijk door middel van:

- een toelichting op het effect van het oprekken van de mer-beoordelingsplicht voor activiteiten onder de grenswaarde;
- een overzicht van de te doorlopen stappen onder de nieuwe regelgeving;
- een beschrijving van de gevolgen van de afwezigheid van overgangsrecht;
- herstel mogelijkheden bij gebrekkige besluitvorming.

Voor de duidelijkheid: de mer-beoordelingsprocedure in de Wm ziet nadrukkelijk uitsluitend op ‘besluiten’ ex kolom 4 uit lijst D Besluit mer.³ Hetgeen in dit artikel wordt besproken is zodoen-

de niet toepasselijk op ‘plannen’ ex kolom 3 lijst D Besluit mer.

2. Uitbreiding mer-beoordelingsplicht onder de grenswaarde

Tot 7 juli 2017 was de mer-beoordelingsplicht alleen van toepassing op een activiteit indien aan drie voorwaarden werd voldaan:

1. de activiteit valt onder één van de categorieën van activiteiten in kolom 1 in lijst D van de bijlage bij het Besluit mer;⁴
 2. de activiteit voldoet aan de grenswaarde in kolom 2 in lijst D⁵, en;
 3. de activiteit wordt mogelijk gemaakt via een besluit in kolom 4 in lijst D.
- óf
4. indien - in het kader van de informele mer-beoordeling voor activiteiten beneden de grenswaarde uit kolom 2 in Lijst D - door het bevoegd gezag werd geoordeeld dat een mer-beoordelingsplicht gold.⁶

Per 7 juli 2017 is de reikwijdte van de mer-beoordelingsplicht uitgebreid.⁷ Vanaf dat moment is de tweede voorwaarde - de grenswaarde - als het ware komen te vervallen, door te bepalen dat

⁴ Bijvoorbeeld: de wijziging of aanleg van een autoweg, van een industrieterrein, van een stedelijk ontwikkelingsproject, van een themapark of van een kampeertrein.

⁵ Bijvoorbeeld: voor de wijziging van een autoweg 5 km lengte of meer, voor de wijziging van een industrieterrein 75 hectare of meer, voor een stedelijk ontwikkelingsproject 2.000 woningen of meer, voor een themapark 250.000 bezoekers per jaar of meer, voor een kampeertrein een oppervlakte van ten minste 10 of 25 hectare. Voor enkele activiteiten geldt overigens geen grenswaarde, zodat standaard aan deze voorwaarde wordt voldaan.

⁶ In de praktijk werd overigens de stap naar de formele mer-beoordeling vaak overgeslagen en in de informele mer-beoordeling ook direct de vraag beantwoord of er al dan niet een MER diende te worden opgesteld. Dat doet echter aan juridisch stelsel niet af.

⁷ Stb. 2017, 297 (datum inwerkingtreding wijziging Besluit mer zoals gepubliceerd in Stb. 2017, 175).

¹ Karin Markerink is advocaat bij Gijs Heutink Advocaten.

² Dit betreft één van de wijzigingen die de wetgever heeft doorgevoerd naar aanleiding van de gewijzigde mer-richtlijn, Richtlijn 2014/52/EU.

³ In de aanhef van paragraaf 7.6 en de artikelen van die paragraaf wordt enkel gesproken over besluiten en niet ook over plannen; In art. 7.1 lid 2 Wm is via definitiebepalingen scherp onderscheid gemaakt tussen besluiten en plannen.

ook voor activiteiten beneden de grenswaarde de mer-beoordelingsprocedure moet worden doorlopen.⁸ De mer-beoordelingsplicht die ontstond in geval van nummer 4 is daardoor nu niet meer aan de orde.

Voorgaande betekent dat de mer-beoordelingsplicht nu van toepassing is zodra:

1. de activiteit onder één van de categorieën van activiteiten in kolom 1 valt (ongeacht de omvang van die activiteit)⁹ en
2. sprake is van een aangewezen besluit in kolom 4, veelal een bestemmingsplan of uitgebreide omgevingsvergunning ex artikel 2.12 lid 1 onder a ten derde Wabo.¹⁰

Om de gevolgen van deze wijziging inzichtelijk te maken, verwijs ik ter illustratie naar de categorie kampeertreinen in categorie D10. Tot 7 juli 2017 gold de mer-beoordelingsplicht voor een besluit uit kolom 4 dat betrekking had op de aanleg of wijziging van een kampeertrein in beginsel alleen indien sprake was van een minimale oppervlaktemaat van 25 hectare¹¹ of een bezoekersminimum van 250.000 per jaar. Voor alle wijzigingen beneden deze grenswaarde kon worden volstaan met een zogenaamde vormvrije mer-beoordeling. Een vormvrije mer-beoordeling behelste (veelal) niet meer dan een paragraaf of hoofdstuk in de toelichting van het besluit waarin aan de hand van de relevante criteria in bijlage III bij de mer-richtlijn werd geconcludeerd dat geen sprake was van belangrijke nadelige milieugevolgen. Maar ook kon de uitkomst zijn dat er wel belangrijke nadelige milieugevolgen konden zijn. In dat geval moest wel degelijk ook een mer-beoordelingsprocedure worden doorlopen. Per 7 juli 2017 geldt evenwel voor *iedere* aanleg of wijziging van een kampeertrein - die niet via een binnenplanse afwijking of de kruimelgevallenregeling kan worden vergund - de mer-beoordelingsplicht. Hetzelfde heeft te gelden voor de meest andere categorieën activiteiten in lijst D.

Hierbij moet één kanttekening worden gemaakt. Lang niet voor alle categorieën is duidelijk wat onder de betreffende categorie exact moet worden

verstaan. Denk bijvoorbeeld aan categorie D9 'een landinrichtingsproject' of categorie D11.2 'een stedelijk ontwikkelingsproject'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bijvoorbeeld dat 'wat «stedelijke ontwikkeling» inhoudt van regio tot regio [kan] verschillen'.¹² Dit heeft tot gevolg dat niet *iedere* stedelijke ontwikkeling kwalificeert als 'stedelijk ontwikkelingsproject', zoals inmiddels een aantal malen door de Afdeling is bevestigd.¹³ Voor deze en andere categorieën zal uiteindelijk door de Afdeling moeten worden uitgemaakt of een ontwikkeling in het concrete geval wel of niet onder de reikwijdte van de betreffende activiteit in kolom 1 valt. Die rechterlijke interpretatie is dus bij verschillende - onduidelijk afgebakende categorieën in kolom 1 van lijst D - van (groot) belang bij de vraag of en zo ja wanneer een mer-beoordelingsplicht geldt.

Gelet op voorgaande betekent de uitbreiding van de mer-beoordelingsplicht dat voor een veel groter aantal activiteiten dan voorheen extra procedurele eisen gelden. Welke procedurele eisen dit betreffen bespreek ik in de volgende paragraaf. Deze eisen hebben de nodige gevolgen voor de doorlooptijd van de gehele besluitvormingsprocedure voor die activiteiten.¹⁴ De conclusie van de wetgever dat deze wijziging voor initiatiefnemers niet tot een toename van regeldruk leidt, en ook niet voor overheden tot extra bestuurlijke lasten is m.i. dan ook onterecht.¹⁵

3. Te doorlopen stappen indien sprake is van een mer-beoordelingsplicht

Valt de activiteit in één van de categorieën benoemd in kolom 1 van lijst D bijlage bij Besluit mer en is sprake van een uitgebreide omgevingsvergunning of een ander besluit in de zin van kolom 4 (bijvoorbeeld een bestemmingsplan dat de activiteit direct mogelijk maakt)? Dan moet de mer-beoordelingsprocedure worden doorlopen.¹⁶

De procedure in geval van een aanvraag van een initiatiefnemer wijkt af van de procedure in geval van een door het bevoegd gezag ambtshalve te nemen besluit. Hieronder zal ik voor beide situaties de te doorlopen stappen bespreken:

Procedure in geval van een aanvraag van een initiatiefnemer, niet zijnde het bevoegd gezag:

⁸ Stb. 2017, 175 (het betreft de wijziging van artikel 2 lid 5 onder b Besluit mer).

⁹ Overigens gaat de Nederlandse overheid met deze wijziging m.i. verder dan Europese regelgeving vereist. De gewijzigde mer-richtlijn 2014/52/EU staat namelijk nog steeds toe dat aan de hand van drempelwaarden wordt bepaald of wel of geen mer-beoordelingsplicht geldt (zie artikel 1 onder 4 lid 2 van de richtlijn). In Duitsland worden bijvoorbeeld nog wel drempelwaarden gehanteerd.

¹⁰ Een binnenplanse afwijking ex artikel 2.12 lid 1 onder a ten eerste Wabo of omgevingsvergunning ter afwijking van het bestemmingsplan ex artikel 2.12 lid 1 onder a ten tweede Wabo (de kruimelgevallenregeling) vallen hier expliciet niet onder.

¹¹ Indien het kampeertrein in een gevoelig gebied (Natura 2000-gebied) is gelegen geldt overigens een minimale oppervlaktemaat van 10 hectare.

¹² Stb. 2001, 102, p. 51.

¹³ ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694; ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:348, TBR 2018/62..

¹⁴ De reikwijdte van deze categorie is m.i. niet voor interpretatie vatbaar en ook de parlementaire geschiedenis biedt m.i. geen aanknopingspunten om alsnog bepaalde 'drempels' op te werpen (Stb. 2011, 102, p. 50).

¹⁵ Stb. 2017, 175, p. 9.

¹⁶ Hetgeen volgt uit artikel 2 lid 5 aanhef en onder b Besluit mer.

1. de initiatiefnemer moet vóór de vergunning-aanvraag of verzoek wijziging bestemmingsplan een mer-beslissing vragen aan het bevoegd gezag door middel van een mer-aanmeldingsnotitie (7.16 lid 1 Wm); de inhoudelijke vereisten van een mer-aanmeldingsnotitie zijn opgenomen in artikel 7:16 lid 2 t/m lid 4 Wm;¹⁷
2. het bevoegd gezag¹⁸ hoeft geen kennis te geven van de ontvangst van een mer-aanmeldingsnotitie;
3. indien een initiatiefnemer een aanvraag omgevingsvergunning of verzoek tot wijziging van een bestemmingsplan indient zonder dat voor dat project een mer-beslissing is genomen, moet het bevoegd gezag de aanvraag of het verzoek verplicht buiten behandeling laten (7.28 lid 2 Wm);¹⁹
4. het bevoegd gezag neemt uiterlijk 6 weken na ontvangst van de mer-aanmeldingsnotitie de mer-beslissing met als uitkomst: er geldt wel of geen mer-plicht (7:17 lid 1); de inhoudelijke vereisten voor de mer-beslissing zijn opgenomen in artikel 7.17 lid 2 en 3 Wm en 7.20a Wm;²⁰
5. indien de mer-beslissing inhoudt dat geen mer-plicht geldt, maar voor die beslissing mitigerende maatregelen een randvoorwaarde zijn, dient de uitvoering van die mitigerende maatregelen als voorschrift aan de vergunning of het bestemmingsplan te worden verbonden (7.20a Wm);
6. indien de mer-beslissing inhoudt dat wel een mer-plicht geldt, zal de mer-procedure moeten worden doorlopen (7.18 Wm);
7. er geldt - onder de drempelwaarde - geen plicht voor het bevoegd gezag om de mer-beslissing separaat bekend te maken;²¹ de mer-beslissing wordt gelijktijdig met de ontwerpvergunning of het ontwerpbestemmingsplan bekend gemaakt;²²

17 Let op, indien de mer-beslissing onvoldoende is afgestemd op hetgeen uiteindelijk wordt vergund of planologisch wordt bestemd, komt het besluit voor vernietiging in aanmerking (ABRvS 12 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF4367). Zorg er dus voor dat de mer-aanmeldingsnotitie voldoende is afgestemd op de te realiseren ontwikkeling (of houdt desnoeds een ruimere marge aan).

18 Ingevolge artikel 7.1 lid 4 Wm is het bevoegd gezag 'het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het voorbereiden dan wel vaststellen van een plan of een besluit'. Bij een omgevingsvergunning is dat het college van B&W; bij het bestemmingsplan kan dat het college van B&W zijn, of de gemeenteraad.

19 Artikel 4:5 Awb biedt in die gevallen geen soelaas, omdat artikel 7:28 lid 2 Wm het bevoegd gezag geen discretionaire ruimte laat (ABRvS 9 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9498).

20 Zo is het bijvoorbeeld niet noodzakelijk alternatieven te onderzoeken in het kader van een mer-beoordeling (ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:744).

21 Dat volgt ook expliciet uit de parlementaire toelichting, Stb. 2017, 175, p. 11.

22 Dat zal anders zijn als de mer-beslissing dateert van ná het moment van het ontwerpbesluit. In dat geval is het raadzaam de mer-beslissing separaat ter inzage te leggen zodat het publiek daarop kan reageren (conform artikel 1 onder 6 lid 2 Richtlijn 2014/52/EU).

8. tegen de beslissing dat geen mer-plicht geldt, staat geen beroep open;²³ tegen de beslissing dat wel een mer-plicht geldt, staat alleen beroep open voor de initiatiefnemer.²⁴

Procedure in geval van een ambtshalve te nemen besluit:

1. in het geval het bevoegd gezag ambtshalve een activiteit wil ondernemen, dient het bevoegd gezag voorafgaand aan de terinzagelegging van het ontwerpbesluit (of ontwerpplan) een mer-beslissing te nemen, met als uitkomst: er geldt wel of geen mer-plicht (7:17 lid 1); de inhoudelijke vereisten voor de mer-beslissing zijn opgenomen in artikel 7.17 lid 2 en 3 Wm en 7.20a Wm;²⁵
2. indien de mer-beslissing inhoudt dat geen mer-plicht geldt, maar voor die beslissing mitigerende maatregelen een randvoorwaarde zijn, dient de uitvoering van die mitigerende maatregelen als voorschrift aan de vergunning of het bestemmingsplan te worden verbonden (7.20a Wm);
3. indien de mer-beslissing inhoudt dat wel een mer-plicht geldt, zal de mer-procedure moeten worden doorlopen (7.18 Wm);
4. er geldt - onder de drempelwaarde - geen plicht voor het bevoegd gezag om de mer-beslissing separaat bekend te maken;²⁶ de mer-beslissing wordt gelijktijdig met de ontwerpvergunning of het ontwerpbestemmingsplan bekend gemaakt;²⁷
5. tegen de beslissing dat geen mer-plicht geldt, staat geen beroep open;²⁸ tegen de beslissing dat wel een mer-plicht geldt, staat alleen beroep open voor de initiatiefnemer.²⁹

Voor gaand overzicht maakt duidelijk dat zowel het bevoegd gezag als de initiatiefnemer een aantal extra stappen moeten zetten als gevolg van de wijziging van het Besluit mer. Ter illustratie opnieuw het voorbeeld van een kampeerterrein. Indien een exploitant van een kampeerterrein een ac-

23 Deze beslissing wordt namelijk aangemerkt als voorbereidingsbesluit ex artikel 6:3 Awb (ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3057).

24 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3546; ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3057.

25 Zo is het bijvoorbeeld niet noodzakelijk alternatieven te onderzoeken in het kader van een mer-beoordeling (ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:744).

26 Dat volgt ook expliciet uit de parlementaire toelichting, Stb. 2017, 175, p. 11.

27 Dat zal anders zijn als de mer-beslissing dateert van ná het moment van het ontwerpbesluit. In dat geval is het raadzaam de mer-beslissing separaat ter inzage te leggen zodat het publiek daarop kan reageren (conform artikel 1 onder 6 lid 2 Richtlijn 2014/52/EU).

28 Deze beslissing wordt namelijk aangemerkt als voorbereidingsbesluit ex artikel 6:3 Awb (ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3057).

29 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3546; ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3057.

tiviteit wil uitvoeren die niet via een binnenplanse afwijking of de kruimelgevallenregeling kan worden vergund, is een uitgebreide omgevingsvergunning vereist, of een wijziging van een bestemmingsplan. Voor 7 juli 2017 kon de initiatiefnemer voor alle activiteiten onder de drempelwaarde zonder meer een aanvraag omgevingsvergunning indienen of een verzoek tot wijziging van een bestemmingsplan. Per 7 juli 2017 dient de initiatiefnemer evenwel éérst een mer-aanmeldingsnotitie te laten opstellen, het bevoegd gezag om een mer-beslissing te vragen, die mer-beslissing af te wachten en pas dáárna kan hij een aanvraag omgevingsvergunning of verzoek tot wijziging bestemmingsplan indienen. Immers, zonder die mer-beslissing zal het bevoegd gezag de aanvraag of het verzoek op grond van artikel 7.28 lid 2 Wm buiten behandeling (moeten) laten.

Aangezien de beslistermijn voor de mer-beslissing slechts een termijn van orde is, is de initiatiefnemer bovendien afhankelijk van de inzet van het bevoegd gezag om tijdig over een mer-beslissing te beschikken.³⁰ Bij overschrijding van de 6-weken termijn resteert de initiatiefnemer alleen het rechtsmiddel van rechtstreeks beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit.³¹

4. Geen overgangsrecht - Wat nu?

Het Besluit mer voorziet niet in overgangsrecht, zodat procedures die vóór 7 juli 2017 zijn aangevangen, maar nog niet voor die datum waren afgerond, aan alle nieuwe bepalingen moeten voldoen. De strekking van het gewijzigde Besluit mer is dat vóór de vergunningaanvraag of vóór het verzoek tot wijziging bestemmingsplan een mer-aanmeldingsnotitie wordt ingediend én een mer-beoordelingsbeslissing wordt genomen. In een lopende procedure kan logischerwijs niet aan die voorwaarde worden voldaan; de aanvraag of het verzoek is immers al ingediend. Wat nu? De Nota van Toelichting zwijgt op dit punt.

En pragmatische benadering ligt voor de hand, namelijk door - in de lopende procedure - alsnog een mer-aanmeldingsnotitie aan te leveren en een mer-beslissing te (laten) nemen vóórdat op de vergunningaanvraag of het verzoek wijziging bestemmingsplan wordt beslist. Op die manier voldoet het besluit alsnog aan de materiële wettelijke vereisten. Bovendien biedt de gewijzigde mer-richtlijn ruimte voor deze pragmatische invulling: uit de mer-richtlijn blijkt dat lidstaten moeten borgen dat het regelgevingskader in een lopende procedure niet wordt gewijzigd (hetgeen de ruimte biedt om een mer-beslissing op een later moment in de procedu-

re in te brengen)³² én dat een mer-beslissing wordt genomen alvorens een vergunning wordt verleend (er geldt dus geen verplichting op grond van de mer-richtlijn om de mer-beslissing te nemen vóórdat het ontwerpbesluit ter inzage wordt gelegd).³³

Het is overigens wel raadzaam de mer-beslissing ter inzage te leggen en de mogelijkheid voor inspraak te bieden. De gewijzigde mer-richtlijn schrijft namelijk voor dat het publiek de mogelijkheid moet hebben in te spreken op een mer-beslissing³⁴ en de mogelijkheid tot inspraak is ook de bedoeling van onze wetgever. Immers, uit het stelsel van de wet (en de Nota van Toelichting³⁵) vloeit voort dat de mer-beslissing en bijbehorende stukken gelijktijdig met het ontwerpbesluit ter inzage worden gelegd. Het heeft dan ook de voorkeur de terinzagelegging gelijktijdig te laten plaatsvinden met de terinzagelegging van het ontwerpbesluit. Indien de ontwerpvergunning of het ontwerpbestemmingsplan al ter inzage heeft gelegen, kan de mer-beslissing met mer-aanmeldingsnotitie separaat ter inzage worden gelegd. Op basis van de gewijzigde mer-richtlijn dient die termijn tenminste 30 dagen te bedragen.³⁶ Eventuele inspraakreacties kunnen vervolgens bij de definitieve besluitvorming in de procedure worden betrokken.

Er is op dit punt nog geen jurisprudentie voorhanden. De jurisprudentie die in de volgende paragraaf wordt besproken biedt m.i. evenwel aanknopingspunten dat met voornoemde werkwijze de besluitvorming rechtens stand zal houden. Uit die jurisprudentie blijkt namelijk dat de Afdeling de rechtsgevolgen van een besluit zelfs in stand laat als na vergunningverlening een mer-beslissing wordt genomen.

5. Ten onrechte geen mer-beslissing - herstel mogelijkheden bij gebrekkige besluiten

Er zullen zich gevallen voordoen waarin de vergunning of het bestemmingsplan na 7 juli 2017 - per abuis - zonder mer-beslissing is (of nog wordt) vastgesteld. De vraag is of in die gevallen het gebrek van de mer-beslissing kan worden gerepareerd door alsnog een mer-beslissing te nemen. De juridische houdbaarheid van deze herstelkans kan worden getoetst aan de hand van de jurisprudentie over projecten waarvoor reeds vóór 7 juli 2017 een mer-beoordelingsplicht gold. Het is namelijk aannemelijk dat deze jurisprudentie ook van toepassing zal zijn op activiteiten die sinds 7 juli

32 Richtlijn 2014/52/EU, preambule nummer 39. Onze wetgever heeft een overgangsrechtelijke regeling evenwel kennelijk niet nodig geacht.

33 Artikel 1 lid 2 onder a lid 1 Richtlijn 2014/52/EU.

34 Artikel 1 onder 6 sub b Richtlijn 2014/52/EU.

35 Stb. 2017, 175, p. 10.

36 Artikel 1 onder 6 sub e Richtlijn 2014/52/EU.

30 ABRVS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3546.

31 Artikel 6:2 aanhef en onder a jo 6:12 jo 7:1 lid 1 onder f Awb.

2017 mer-beoordelingsplichtig zijn, aangezien deze activiteiten exact dezelfde procedure doorlopen.³⁷

Uit deze jurisprudentie blijkt het volgende:

- een beslissing waarvoor een mer-beoordelingsplicht geldt, terwijl geen mer-beoordelingsbesluit is genomen, komt voor vernietiging in aanmerking;³⁸
- een beslissing die is genomen in strijd met artikel 7.28 lid 2 Wm (een aanvraag die in behandeling is genomen terwijl geen mer-beslissing is overhandigd voorafgaande aan of gelijktijdig met de aanvraag) komt voor vernietiging in aanmerking;³⁹
- de Afdeling oordeelde in 2008 nog dat een mer-beslissing genomen na het bestreden besluit er niet voor kan zorgen dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand kunnen blijven.⁴⁰ Vanaf 2011 wordt door de Afdeling evenwel (mondjesmaat) beslist dat de rechtsgevolgen wél in stand kunnen blijven, indien ná het bestreden besluit alsnog een mer-beslissing wordt genomen mits de uitkomst van die beslissing is dat geen MER noodzakelijk is.⁴¹

Gelet op de rechtspraak sinds 2011 en bevestiging daarvan in 2016, neig ik voorzichtig naar de conclusie dat het gebrek van een mer-beslissing tot de mogelijkheden behoort door alsnog een mer-beslissing te nemen.⁴² Indien hangende de procedure wordt geconstateerd dat ten onrechte geen mer-beslissing is genomen, is het dan ook aan te bevelen alsnog een mer-beslissing te nemen. Het opnieuw doorlopen van de hele procedure is naar ik vooralsnog verwacht niet noodzakelijk, mits uiteraard de conclusie van de (te late) mer-beslissing inhoudt

dat geen mer-plicht voor de betreffende activiteit geldt.⁴³

Uit de rechtspraak kan niet worden opgemaakt of de Afdeling vereist dat de te late mer-beslissing alsnog ter visie wordt gelegd. Om risico's zo beperkt mogelijk te houden, is het m.i. raadzaam de (te late) mer-beslissing alsnog ter visie te leggen en de mogelijkheid voor inspraak te bieden. Eventuele inspraakreacties kunnen zo nodig via een 6:19 Awb besluit in de procedure worden betrokken.

6. Conclusie

Sinds 7 juli 2017 is de vormvrije mer-beoordeling vervangen door de (publicatievrije) mer-beoordelingsplicht. Voor bestemmingsplannen (ex kolom 4) en uitgebreide omgevingsvergunningen voor activiteiten die onder de reikwijdte vallen van kolom 1 van lijst D van de bijlage bij het Besluit mer moet de mer-beoordelingsprocedure worden doorlopen. Dat betekent een flink aantal procedurele wijzigingen met de nodige gevolgen voor zowel initiatiefnemer als bevoegd gezag. De te doorlopen stappen van de mer-beoordelingsprocedure zijn in dit artikel opgesomd.

Onderhavige wijziging van het Besluit mer kent geen overgangsregeling. Ook in lopende procedures is zodoende een mer-beslissing vereist. Voor alsnog is het mijn verwachting dat het gebrek aan overgangsrecht pragmatisch kan worden opgelost door in de lopende procedure alsnog een mer-beslissing te (laten) nemen vóórdat op de aanvraag of het verzoek wordt beslist. Daarbij acht ik het raadzaam ervoor te zorgen dat inspraak wordt geboden op de mer-beslissing.

Tot slot lijkt op basis van jurisprudentie een (voorzichtige) conclusie gerechtvaardigd dat het gebrek van de afwezigheid van een mer-beslissing hangende de beroepsprocedure kan worden hersteld door alsnog een mer-beslissing te (laten) nemen. De uitkomst van die beslissing dient wel in te houden dat er geen mer-plicht geldt. Ook voor mer-beslissingen genomen nádat de vergunning is verleend of het bestemmingsplan is vastgesteld is het m.i. raadzaam inspraak te bieden op de mer-beslissing. ●

³⁷ Het enige verschil tussen de procedure voor activiteiten beneden en boven de grenswaarde betreft de kennisgevings- en publicatieplicht van de mer-beslissingen voor activiteiten boven de grenswaarde. Er is om die reden m.i. geen legitieme reden om de bestaande jurisprudentie niet op de verruimde reikwijdte van de mer-beoordelingsplicht van toepassing te laten zijn.

³⁸ ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6741.

³⁹ ABRvS 28 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE8847.

⁴⁰ ABRvS 28 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE8847.

⁴¹ ABRvS 14 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7874. Deze conclusie kan m.i. ook worden afgeleid uit ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:722; ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2535 en Rechtbank Oost-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4560.

⁴² In zijn annotatie in M en R 2015/22 stelt Soppe dat nadere jurisprudentie moet worden afgewacht omtrent de vraag of voorafgaande aan de zitting het gebrek van een mer-beoordeling nog kan worden gerepareerd. Soppe is opnieuw voorzichtig in T&C Milieurecht, artikel 7.17 Wet milieubeheer, aant. 6. Alhoewel de jurisprudentie inderdaad nog steeds gering is en in de literatuur de nodige kanttekeningen bij deze werkwijze worden gezet (o.a. JM 2016/63 m.n. Hoevenaars en 2016/149 m.n. van der Meulen), kan m.i. uit de Afdelingsuitspraken uit 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:722 en ECLI:NL:RVS:2016:2535) worden opgemaakt dat reparatie van het gebrek tot de mogelijkheden behoort.

⁴³ Indien de conclusie van de mer-beslissing luidt dat wél een mer-plicht geldt, zal alsnog de mer-procedure moeten worden doorlopen. Dat gebrek kan niet hangende de procedure worden hersteld, zo blijkt uit ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7245.