

Gerechtshof Den Haag
Zitting van 18 februari 2019
Rol- / zaaknummer: 200.231.814
09.30 uur

Pleitnota mr. A.H.J. van den Biesen

in de zaak

1. Vereniging Milieudefensie

gevestigd en kantoorhoudend te Amsterdam,

2. Stichting Adem in Rotterdam

gevestigd en kantoorhoudend te Rotterdam,

en 57 anderen

appellanten,

advocaat: mr. A.H.J. van den Biesen (Amsterdam)

tegen

Staat der Nederlanden, Ministerie van

Infrastructuur en Milieu,

waarvan de zetel is gevestigd te Den Haag,

geïntimeerde,

advocaat: mr. E.H.P. Brans

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	3
Ontvankelijkheid	5
Monitor 2018	7
Klimaatbeleid	8
De onrechtmatigheid	8
<i>Schade</i>	<i>9</i>
<i>Het gevorderde onder I en IV</i>	<i>9</i>
<i>Het gevorderde onder II en V en onder III en VI</i>	<i>12</i>
Kort geding	17
Conclusies	17

Inleiding

1. Elk jaar komen ruim 600 mensen om in het verkeer en raken er 20.000 gewond. En: ondanks dat in grote delen van Nederland aan de Europese grenswaarden voor luchtkwaliteit wordt voldaan, gaan er jaarlijks tegen de 20.000 mensen dood ten gevolge van de slechte luchtkwaliteit. Dat kan, omdat de Europese grenswaarden bij lange na niet afdoende bescherming van de gezondheid bieden. Toch weten we dit al sinds 2005 toen de Wereld Gezondheid Organisatie (WHO) op basis van solide wetenschappelijk onderzoek richtwaarden voor luchtkwaliteit publiceerde¹. Voor fijnstof liggen de EU-grenswaarden dubbel zo hoog als die richtwaarden. De Gezondheidsraad² adviseerde vorig jaar dat het beleid verder moet gaan dan de WHO *Guidelines*.
2. Voor die verkeersdoden ligt er een plan³ dat het verkeersdodenaantal in 10 jaar van 600 naar Nul gaat terugdringen. Er is een website, een stuurgroep, een klankbordgroep en een budget. Voor die 20.000 luchtkwaliteitsdoden ligt er – na 15 jaar – geen plan dat het bizar aantal luchtkwaliteitsdoden in 10 jaar naar nul terugbrengt.
3. Maar “gezondheid” is wel een zorgplicht van de Staat. Daar betekent het hebben van de best mogelijke gezondheidszorg, maar ook: bestrijden, wegnemen van gezondheidsschadende omstandigheden en van ernstige risico’s op gezondheidsschade; fundamentele rechten van de burgers respecteren en realiseren.
4. “Bizar hoge aantal doden”, wat is “bizar hoog”? Milieudefensie heeft aan HaskoningDHV gevraagd om eens te gaan vergelijken. En dan blijkt – wetenschappelijk onderbouwd – dat de Europese grenswaarden bizar-hogere aantallen doden “toelaten” dan al die andere risico-normeringen.
5. Terzijde, “toelaten”? Natuurlijk is het geen “toelaten” in de zin van “toestemming verlenen”. Hoewel precies dát nog altijd de interpretatie van het Ministerie is: dat ziet grenswaarden als “milieugebruiksruimte”. De “gebruiksruimte”-benadering is met de wetenschap dat de WHO al 15 jaar geleden vaststelde dat de Europese normen voor fijnstof dubbel zo ruim zijn als wat qua gezondheid mag, pervers, want er is niemand die met deze grenzen beoogt toestemming te geven voor het vullen van die ruimte met giftige stoffen. Die perverse benadering is overigens afgestraft, eerst door de Rotterdamse rechtbank, gevolgd door de Amsterdamse, met een verwijzing naar het voorzorgsbeginsel respectievelijk het *standstill* beginsel. Zij oordeelden dat het de Minister niet vrijstond de maximumsnelheid op de rondwegen weer terug te verhogen van 80 naar 100 km omdat de toen tijdelijk (door derogatie) verhoogde grenswaarden immers toch al hoger waren dan formeel verantwoord was.⁴

¹ https://www.who.int/phe/health_topics/outdoorair/outdoorair_aqg/en/

² Productie 23, pag. 15

³ Strategisch Plan Verkeersveiligheid

⁴ Rb. Rotterdam, 21 november 2013, ECLI:NL:RBROT:9074; Rb. Amsterdam, 17 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:136

6. HaskoningDHV laat zien dat “de geaccepteerde gezondheidsrisico’s door fijnstof en NO₂ [...] tot in de orde grootte van honderden tot zelfs tienduizenden malen hoger [liggen] dan dat van toxische en kankerverwekkende stoffen.”⁵ “Bizar-hoog” is dus een flink understatement.

7. De staatssecretaris reageerde -opvallend kort - per brief op dit rapport richting Tweede Kamer. Wijzend op “Het belang van een beleidsmatige onderbouwing” zegt zij dat de grenswaarden de resultante zijn van een politiek onderhandelingsproces waarbij “sociaaleconomische gevolgen van blootstellingreductie” (lees: wat kost een verlaging van de grenswaarden “ons”) naast technische haalbaarheid aan de orde waren. Wat zij niet vermeldt is dat Nederland destijds met Duitsland bij de onderhandelingen over de Europese richtlijn stevig heeft gepleit voor hogere (slappere!) grenswaarden. Nederland kwam op voor “Nederland distributieland” plus de Nederlandse veehouders, toen de twee grootste bronnen van luchtverontreiniging á raison van - toen op zijn minst - 20.000 doden per jaar. Die verslapping kwam er niet maar als compromis kreeg Nederland artikel 22: de derogatie-optie. Zij verklaart nu de “Beleidsmatige” uitkomst aldus:

“in Europa zijn er bijvoorbeeld grote verschillen tussen lidstaten voor wat betreft de financiële en technische mogelijkheden, waardoor in de onderhandelingen de luchtkwaliteitsnormen op het niveau zijn terechtgekomen zoals die nu worden gehanteerd.”⁶

8. Dus, de zwakke Europese broeders en zusters maakten dat we niet het beste beschermingsniveau kregen. Maar, Nederland is helemaal geen zwakke broeder en had dus, gelet op dit standpunt van de bewindspersoon, mijlenver vóór moeten liggen op die zwakke familie en voorop moeten lopen richting WHO-grenswaarden. De recente cijfers van het RIVM tonen dat Nederland helemaal niet hard loopt en zeker niet hard genoeg. Nederland voldoet ook nu nog niet overal aan de EU-grenswaarden, terwijl de fijnstofbelasting meer overschrijdingen laat zien dan in het voorgaande jaar⁷; de *sense of urgency* heeft vanaf 1998 systematisch ontbroken; alle kaarten zijn steeds gezet op het zich verschonende autopark en verder zouden we wel zien.

9. De Staatssecretaris geeft geen verklaring voor de door Haskoning vastgestelde bizarre verschillen, laat staan een rechtvaardiging. De brief geeft ook geen commentaar op de conclusie van Haskoning DHV:

⁵ productie 30, hfst. 5 op pag. 5

⁶ Brief van 10 december 2018, productie 31

⁷ Productie 26 van de Staat, pag. 3

“Het blijkt dus dat de wetgever juist voor stoffen waar zeer veel mensen in hoge mate aan worden blootgesteld minder “streng” is dan voor andere stoffen.”⁸

en ook niet op die schokkende Tabel 5-2, die over de ziektelast gaat en laat zien

“... dat de relatieve bijdrage van luchtverontreiniging groter is dan van geluid van wegverkeer, industrie en railverkeer. Van luchtkwaliteit accepteren we dus ook aanzienlijk meer ziektelast en dat wordt veroorzaakt door de minder strenge normen.”

Dát was zeker niet algemeen bekend: er is van vóór december 2018 geen enkel Kamerstuk over luchtkwaliteit waarin deze schokkende realiteit wordt besproken. Maar ook aldus bezien is volmaken van de “gebruiksruimte” absoluut uit den boze. Haskoning laat zien hoe dramatisch urgent het daadwerkelijk en effectief verleggen van de koers naar de WHO-waarden is; immers voor het vergiftigen van de luchtkwaliteit is via regelgeving buitensporig veel extra risico “aanvaard”, veel meer dan acceptabel is voor welk ander gezondheidsrisico dan ook.

10. 20.000 doden per jaar en een veelvoud aan langdurig ernstige zieken zonder dat daar een rechtvaardiging voor wordt gegeven, brengt ons bij de vraag of Nederland wel aan zijn zorgplicht jegens zijn burgers voldoet en de fundamentele rechten van de artikelen 2 en 8 van het EVRM beschermt. Appellanten menen van niet.
11. Mijn toelichting is niet aan de grieven gekoppeld, maar georganiseerd rondom een aantal hoofdvragen. Dat spoort ook met de bedoeling middels dit beroep de zaak ten volle opnieuw beoordeeld te krijgen.

Ontvankelijkheid ⁹

12. Ruim 30 jaar na het Nieuwe Meer-arrest voeren we een discussie die juist met dat arrest en met de codificatie daarvan in artikel 3:305a BW was beslecht. Toch begon de Staat daarmee en bracht ons – mede onder het aanroepen van het *Privacy first*-arrest - op een puzzelrit van labyrinthische proporties; “de boel in de war praten” noemen wij dat in Amsterdam.
13. Gelukkig heeft het Hof het aspect *standing* van een milieuorganisatie met het Urgenda-arrest al beslist ten gunste van de Stichting Urgenda onder art 3:305a BW.¹⁰ En ook de vraag of een milieuorganisatie zich, optredend onder 3:305a, op de mensen-

⁸ pagina 5 van HaskoningDHV

⁹ Grieven 7, 8, 15, 27

¹⁰ Urgenda v. Staat, HR 9 oktober 2018, r.o. 37 en 38, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591

rechten mag beroepen. Ja, zegt het Hof in Urgenda.¹¹ Dat bespaart ons een uitgebreide discussie.

14. De Staat heeft in deze zaak nog een ander ontvankelijkheidsverweer gevoerd, dat van de vermeende beschikbaarheid van een bestuursrechtelijke procedure waarmee de eisers net zo goed geholpen zouden zijn. De Staat weet heel goed dat er geen bestuursrechtelijke procedure bestaat die kan leiden tot een bevel aan de Staat er voor te zorgen dat de grenswaarden voor luchtkwaliteit overal in Nederland worden gerespecteerd, laat staan een bevel dat zó aan te pakken dat deze grenswaarden met 100% zekerheid worden gerespecteerd; en dat er evenmin een bestuursrechtelijke procedure bestaat die tot een bevel aan de Staat zou kunnen leiden ervoor te zorgen dat de luchtkwaliteit in Nederland in overeenstemming zal zijn met de vanuit het oogpunt van volksgezondheid noodzakelijke WHO-richtwaarden. Toch wist de Staat de rechtbank er met een vergezocht beroep op het *Privacy First*-arrest van te overtuigen dat middels exceptieve toetsing alles goed zou komen, voor welke redenering de Staat er gemakshalve vanuit ging dat de eisers net zo goed iets heel anders zouden kunnen vorderen dan waar het hen om gaat. De keuze was uit het gehele palet aan zaken waarin luchtkwaliteit een rol zou (kunnen) spelen, welke zaken geschikt zouden zijn om – middels exceptieve toetsing van het NSL - het met de onderhavige zaak beoogde doel te bereiken. Dus de burger moet een aanpassing van het Bestemmingsplan vragen? Of om vaststellen of intrekken van een Tracébesluit? Of intrekken van een vergunning voor een mijnbouwwerk? Het gaat appellanten niet om die allerhande besluiten van artikel 5.16. De Staat kan met de eisen van eisers doen wat de Staat wil, maar de rechter kan de eisen van een eisende partij niet veranderen zonder buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden, en dát kan niet zonder instemming van partijen. Daarop alleen al stuit het hele *Privacy First*-verhaal af.
15. Het bestuursrecht heeft de burger voor onze vorderingen niets te bieden.
16. Precies dát zegt nota bene het Ministerie dat verantwoordelijk is voor de luchtkwaliteit óók, en wel tegen de bewoners van de Valkenburgerstraat die een verzoek deden tot handhaving van de grenswaarden. Dat is dus ook het Ministerie dat in het hoofd van de dagvaarding in deze zaak is vermeld, welk ministerie in onze procedure dus precies het tegenovergestelde vertelt. De Rechtbank is de Staat op dit ongelukkige pad gevolgd.
17. Gelukkig hielden de burgers van de Valkenburgerstraat vol en bleef de Raad van State met beide benen op de grond staan en besliste dat de burgers inderdaad niet bij de bestuursrechter moesten zijn.¹² De Afdeling overwoog:

“De Wet milieubeheer bevat ook overigens niet een verbod op overschrijding van de in bijlage 2 opgenomen grenswaarden dat kan worden gehandhaafd. De

¹¹ T.a.p. r.o. 36

¹² Uitspraak Raad van State d.d. 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3324, productie 28

conclusie van de staatssecretaris dat hij niet bevoegd is om handhavend op te treden door dwangsommen of specifieke maatregelen aan de Staat of de gemeente Amsterdam op te leggen, is daarom juist. Handhavend optreden zou in strijd zijn met artikel 5:4 van de Awb¹³ (... [maar dat] ...) betekent niet dat [appellanten] niet kunnen bewerkstelligen dat de overheid aan **de verplichtingen uit de Richtlijn luchtkwaliteit** voldoet. Zij kunnen een vordering bij de burgerlijke rechter instellen.”¹⁴

Typisch een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak met een signaalfunctie, gegeven door een “zwarte Kamer”.

18. Deze uitspraak van de Afdeling gaat over “de verplichtingen uit de Richtlijn luchtkwaliteit”, dus – voor onze zaak – over artikel 13, 23 en Bijlage XV.¹⁵ Voor het gevorderde onder II, III en V en VI zijn we dus zonder enige twijfel bij dit Hof aan het juiste adres; dat waren we al voor de Onderdelen I en IV.

Monitor 2018

19. De Monitoringsrapportage 2018¹⁶ laat zien dat de Staat nog steeds niet overal voldoet aan de grenswaarden. Het RIVM berekende voor 2017 op 53 precies te lokaliseren punten overschrijdingen van de NO₂ norm, maar daar blijft het niet bij, het RIVM zegt het zo:

“De combinatie van het aantal locaties met NO₂-concentraties in de buurt van de grenswaarde en de geschatte kans op lagere of hogere concentraties dan berekend, leidt tot een statistisch verwacht aantal overschrijdingen voor NO₂ in 2017 van circa 840 (...). Dit statistisch verwachte aantal overschrijdingen is dus geen ‘worst case’-aantal, maar het is het aantal overschrijdingen dat je verwacht als op elke rekenlocatie de concentratie exact zou kunnen worden bepaald.”¹⁷

Terzijde, dit raakt ook onze discussie over de onzekerheden in de meetmethode; zoals steeds gezegd, het gaat ons niet om eventuele aan de *meetmethode* inherente onzeker-

¹³ Artikel 5:4 Awb:

1. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.

2. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.

¹⁴ Overweging 5.1, nadruk en cursivering toegevoegd

¹⁵ artikel 13 (grenswaarden), Artikel 23 (luchtkwaliteitsplan) en Bijlage XV (vereisten voor inhoud plan ex art 23)

¹⁶ productie 26 van de Staat

¹⁷ T.a.p., pag. 29

heden, maar over onzekerheden die bestaan in het geval de berekende waarden net onder de grenswaarde liggen.

en over fijnstof zegt het RIVM:

“De gemiddelde concentratie fijnstof in Nederland is in 2017 nagenoeg gelijk aan die van 2016. De afname van de afgelopen jaren stagneert momenteel. Het aantal overschrijdingen van de grenswaarde voor fijnstof in gebieden met intensieve veehouderijen is iets toegenomen ten opzichte van vorig jaar. Dit komt vooral doordat dit jaar meer veehouderijen nauwkeurig in beeld zijn gebracht. Het is onzeker hoe de gemiddelde concentratie fijnstof zich de komende jaren zal ontwikkelen.”¹⁸

en:

“Het aantal toetspunten met een overschrijding van de etmaalnorm laat een toename van 44 naar 48 zien tussen 2017 en 2020, veroorzaakt door de concentratiebijdragen van 36 veehouderijen in beide jaren. Over het algemeen betreft het dezelfde overschrijdingslocaties in beide jaren.”¹⁹

En verder toont de Monitor 2018 dat in 2017 de Jaarnorm voor fijnstof voor het eerst sinds jaren weer is overschreden, dus voor fijnstof is er stagnatie van de afname, toename van overschrijdingen en onzekerheid over de toekomst: van de fijnstof-overschrijdingen in het IJmondgebied zegt het RIVM dat deze in 2030 nog niet verdwenen zullen zijn.

Kortom: nog steeds voortgaande schending van artikel 13 van de Richtlijn. In het navolgende komt de schending van artikel 23 aan de orde.

Klimaatbeleid

20. Onlangs werd bekend dat de Staat achter ligt bij het voldoen aan de Urgenda-uitspraak. Achterlopen is dus niet uniek voor onze zaak; toch is dat Urgenda-achterlopen extra opvallend in het licht van de luchtkwaliteitspolitiek omdat hier op een aantal punten twee vliegen in één klap geslagen kunnen worden. Twee voorbeelden:
- onmiddellijke sluiting van de Centrale Hemweg zou tot een flinke CO₂-vermindering leiden, maar zou ook tot-aan-15% fijnstofreductie in Amsterdam opleveren;
 - verlaging van de maximumsnelheden naar 80 resp. 100 km leidt niet alleen tot CO₂-uitstootvermindering maar ook voor substantiële vermindering van NO₂ en fijnstof;

Maar dit zijn wel maatregelen die taboe lijken te zijn: ze zijn nooit doorgerekend.

¹⁸ T.a.p., pag.3

¹⁹ T.a.p. pag.37

De onrechtmatigheid

21. Eiseres/appellanten beroepen zich in deze zaak op de zorgplicht van de Staat, artikel 6:162 BW, artikel 21 Grondwet, de artikelen 2 en 8 van het EVRM, artikel 6 VN Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, artikel 12 VN-Ecosoc-verdrag, het verzorgingsbeginsel, richtlijn 2008/50/EG, in het bijzonder de artikelen 13 en 23 en Bijlage XV en in verband daarmee Titel 5.2 van de Wet milieubeheer met bijbehorende regelgeving (waar nodig en mogelijk in conformiteit met de Europese Richtlijn toe te passen). Zij hebben de Staat op 16 mei 2016 schriftelijk gesommeerd, tevergeefs geprobeerd in der minne tot een oplossing te komen en vervolgens de onderhavige zaak aanhangig gemaakt.

Schade

22. De Rechtbank heeft meerdere malen overwogen dat eisers aannemelijk moesten maken dat zij schade zouden lijden/hebben geleden door het gestelde onrechtmatig handelen van de Staat en heeft die kwestie uiteindelijk ook doorslaggevend gevonden voor het niet-toewijzen van een groot deel van de vorderingen. Dat is op zichzelf al vreemd en onjuist omdat de inzet van deze procedure niet is het verkrijgen van schadevergoeding; het gaat hier immers om het verkrijgen van rechterlijke bevelen aan de Staat.²⁰ Bovendien hebben de twee milieu-organisaties geen recht op “schadevergoeding te voldoen in geld” in het kader van een algemeen-belang actie.²¹
23. Uiteraard lijden de individuele eisers wél, individueel, schade ten gevolge van de gevaarstelling die het – ten onrechte - achterwege laten van adequaat optreden tegen potentieel dodelijk-slechte luchtkwaliteit is.²² Die schade zit in de gevaarstelling die voor elk van ons de niet geringe kans in het leven roept en houdt dat wij door luchtverontreiniging een ernstige ziekte zullen krijgen waaraan wij vroegtijdig kunnen overlijden.²³ Een risico waartegen een individuele burger zich niet kan beschermen.
24. Die – onrechtmatige - gevaarstelling is met de schending van artikel 13 en van 23 van de Richtlijn gegeven. Voor zover het gaat om het handelen in strijd met de zorgplicht is die gevaarstelling gegeven met het niet met gezwinde spoed, doelgericht en effectief koersen op een luchtkwaliteit die gelijk is aan of, zoals de Gezondheidsraad noodzakelijk oordeelt, beter dan de richtwaarden van de WHO is.

Het gevorderde onder I en IV

25. Het gevorderde onder I en IV gaat over het invullen van de zorgplicht aan de hand van de *Guidelines* van de WHO van 2005. Die *Guidelines* volgen uit een uitgebreid, we-

²⁰ Vgl. het Urgenda-arrest van 9 oktober 2018, r.o. 65

²¹ Artikel 3:305a, derde lid, laatste volzin

²² Vgl. Kelderluik-arrest en zie ook het Urgenda-arrest

²³ Zie de brief van Longarts Dr. J.C.C.M. in 't Veen d.d. 13 maart 2018 (productie 26)

tenschappelijk doortimmerd, rapport van deskundigen van de WHO, waarin in niet mis te verstane bewoordingen de gezondheidsrisico's van een groot aantal stoffen in kaart worden gebracht, inclusief de vermelding van de – wereldwijd - miljoenen dodelijke slachtoffers die jaarlijks vallen door sterk verontreinigde lucht.²⁴

26. Nederland deed deze voorstellen jarenlang af met een houding van “het is maar een mening/advies”. Dat wegwerp-standpunt is begin 2016, dus elf jaar na verschijnen van de *Guidelines*, bijgesteld en luidt sindsdien: “we werken naar de WHO-waarden toe”. Dat is in elk geval een erkenning van de validiteit van de *Guidelines*, welke erkenning – ook sinds 2016 – kracht wordt bijgezet door de luchtverontreiniging waarover wij het nu al meer dan tien jaar hebben als “sluipmoordenaar” te karakteriseren. Dat is niet een leuke vondst, maar vooral een correcte omschrijving van het buitengewoon grote gezondheidsrisico waaraan wij worden blootgesteld.
27. Maar er gebeurt niets om daadwerkelijk de WHO-waarden te behalen. Wat had er destijds meer voor de hand gelegen dan het halen van de WHO-richtwaarden gelijk op te laten lopen met het aanpakken van de overschrijdingen van de grenswaarden uit de Europese richtlijn? Niets van dat al: geen plan, geen meetbaar doel, geen specifieke maatregelen en geen specifiek budget. En dat wordt ook gewoon door de Staat bevestigd; in de Aanpassing van het NSL staat:

“Het Kabinet werkt daarnaast aan het Schone Lucht Akkoord waarmee wordt ingezet op permanente verbetering van de luchtkwaliteit. De maatregelen die nu in de Aanpassing NSL 2018 worden opgenomen, zijn de opmaat voor het beleid in de toekomst waarin schone lucht meer centraal zal staan.”²⁵

“Opmaat?”, die Aanpassing gaat over het voldoen aan achterstallige verplichtingen, van 4 resp. 7,5 jaar geleden.... Niks opmaat, 14 jaar na het verschijnen van de *Guidelines* is er niets, 3 jaar na de toezegging naar de WHO-waarde “toe te werken” en 3 jaar na de ingebrekestelling is er helemaal niets behalve een mededeling dat er “in de toekomst” beleid komt “waarin schone lucht meer centraal zal staan”.

28. Dat beleid was er dus niet en op dit moment is het er nog steeds niet, laat staan dat er ter zake concrete maatregelen worden genomen. En intussen zijn in heel Nederland (uitgezonderd Zeeland en de drie noordoostelijke provincies), de PM_{2,5} waarden en - binnen datzelfde gebied in alle stedelijke agglomeraties - de PM₁₀ waarden véél hoger dan wat volgens de WHO en volgens de Gezondheidsraad verantwoord is. Het ernstige risico dat wij worden geconfronteerd met ziekte en dood is dus verre van theoretisch en angstaanjagend reëel: qua doden realiseert dat risico zich dagelijks gemiddeld zo'n vijftig keer, tot jaarlijks tienduizenden doden. De Staat is gehouden de burgers daartegen op inzichtelijke en controleerbare wijze daadwerkelijk en effectief te be-

²⁴ https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69477/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_eng.pdf?sequence=1

²⁵ Aanpassing NSL, 27 september 2018, pag. 5 (productie 27 Staat)

schermen; dat moet vandaag, dat moest gisteren al, dat moest de afgelopen 15 jaren al en dat kan niet worden verwezen naar toekomstig beleid “waarin schone lucht meer centraal zal staan”; het voorkomen van elk jaar 20.000 doden, het beschermen van mensen tegen giftige lucht, daar gaat het om, dát moet de aantoonbare en effectieve prioriteit zijn!

29. De Staat stelt dan dat appellanten vragen de EU-grenswaarden te vervangen door de strengere WHO-waarden en dat daar wetgeving voor nodig zou zijn.²⁶ Dit is het type verweer dat de Staat in eerste aanleg ook en ook op een aantal andere onderdelen van het gevorderde voerde. De rechtbank heeft dit op een groot aantal plaatsen gevolgd: eerst op basis van een eigen interpretatie van het gevorderde het gevorderde herformuleren, dan die vorderingen naar hun nieuwe bewoordingen beoordelen om ze vervolgens af te wijzen. In al die gevallen treedt de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd wat rechtens niet is toegestaan.²⁷
30. Voor dit concrete geval nog het volgende: er is geen sprake van dat Milieudefensie met vordering I verzoekt om wetgeving om de grenswaarden naar beneden te wijzigen. De grenswaarden zijn (keiharde) plafonds, dus maxima en geen minima, het staat de lidstaten vrij strenger te zijn dan deze plafonds. In de visie van Milieudefensie is de Staat ook gehouden strenger te zijn, in het bijzonder voor fijnstof, nu de WHO, uitsluitend met het oog op de volksgezondheid én stevig onderbouwd, erop aandringt de concentratie van fijnstof drastisch te verlagen. Als dat *alleen maar* kan middels nieuwe wetgeving, wat betekent dan “we werken naar de WHO-waarden toe” en waarom is er dan sinds begin 2016, sinds “we” dat doen geen begin met nieuwe wetgeving gemaakt? In die periode kon wel de maximumsnelheid op vrijwel het complete Rijkswegen-netwerk verhoogd (naar 100, 120 resp. 130km), en zijn milieuzones in gemeenten effectief tegengewerkt, allemaal zonder wetgeving. Maar het omgekeerde kan dan ook: verlagen van maximumsnelheden, stimuleren van ambitieuze milieuzones en stimuleren van allerlei andere maatregelen, allemaal zonder wetswijziging²⁸. Alleen al het advies van de Gezondheidsraad kan dergelijk beleid in het kader van de zorgplicht legitimeren, voeg daarbij een enkele verwijzing naar Haskoning en aan de *fair balance*-toets wordt probleemloos voldaan. Overigens deugt dit, het “Waterpaktargument” ook niet, zie Urgenda.²⁹
31. Het gevorderde onder I steunt niet op de EU-Richtlijn maar op de zorgplicht die op de Staat rust krachtens de in dit verband in eerste aanleg uitvoerig behandelde mensenrechtenverdragen en de daarop gebaseerde rechtspraak en heeft daarbij alle elementen van artikel 6:162 BW in zich: naleven van een op de Staat rustende fundamentele-rechtsplicht, achterwege laten van inbreuk op fundamentele rechten van de eisers en

²⁶ bij Grief 12

²⁷ Zie in dit verband ook de Grieven 3, 6, 9, 12, 13, 17, 19, 29 en 30

²⁸ Zie ook de Dagvaarding van 1 augustus 2016, punten 34 t/m 39, waaronder groot aantal suggesties van het RIVM

²⁹ Urgenda-arrest van 9 oktober 2018, r.o. 68 zie ook Grief 26

de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.³⁰ De Staat verweert zich vooral met verwijzing naar de voor de Staat aanwezige *margin of appreciation* en de noodzaak voor de Staat een *fair balance* te slaan; dus naar hoe terughoudend de Staat mag zijn bij het vervolgen, opsporen en inrekenen van een sluipmoordenaar die jaarlijks 20.000 doden bijschrijft en een veelvoud aan ernstig zieken. De Staat betwist de dodelijk-slechte kwaliteit van onze lucht niet; de Staatssecretaris heeft in wezen geen antwoord op het rapport van HaskoningDHV dat concludeert dat er in Nederland voor luchtkwaliteit-slachtoffers honderden, ja in sommige gevallen duizenden meer kelderluiken mogen blijven openstaan dan voor andere schadelijke, potentieel dodelijke, fenomenen. De Gezondheidsraad heeft uitgesproken dat de Staat verder moet gaan dan de richtwaarden van de WHO en geeft ook de urgentie aan: “elke vermindering van 5 microgram/m³ [fijnstof, adv] geeft gemiddeld voor alle Nederlanders zo’n drie maanden levensduurverlenging”³¹.

32. Het Hof in Staatsburg was in de Georgische zaak buitengewoon duidelijk:

“76. The Court reiterates that it is not its task to determine what exactly should have been done in the present situation to reduce the impact of the plant’s activities upon the applicants in a more efficient way. However, it is within the Court’s jurisdiction to assess whether the Government approached the problem with due diligence and gave consideration to all the competing interests. In this respect the Court reiterates that *the onus is on the State to justify, using detailed and rigorous data, a situation in which certain individuals bear a heavy burden on behalf of the rest of the community.*”

en

“78. Having regard to the foregoing and notwithstanding the margin of appreciation available to the national authorities (...), the Court considers that the respondent State did not succeed in striking a fair balance (...). There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.”³²

Er is ook in onze zaak geen spoor van *due diligence*, bewijs van de aard en de juistheid van de gemaakte afwegingen is hier niet door de Staat aangeboden en geleverd, want wij moeten het doen met de boodschap dat er *in de toekomst* beleid komt waarin schone lucht *meer centraal* zal staan Er is dus geen beleid en er zijn ook geen maatregelen gericht op het realiseren van een luchtkwaliteit die volgens WHO en Gezondheidsraad noodzakelijk is teneinde de gezondheid van de burgers te beschermen. De bewijslast van het tegendeel berust bij de Staat, maar bewijs is niet aangeboden. Het

³⁰ Zie ook Grief 28

³¹ Zie citaat onder punt 29 van de Memorie van Grieven

³² *Jugheli and others v. Georgië*, EHRM 13 juli 2017, nr. 38342/05, cursivering toegevoegd; zie ook punten 148-150 van de Memorie van Grieven

gevorderde onder I en het in samenhang daarmee gevraagde bevel onder IV ligt dan ook voor toewijzing gereed.

Het gevorderde onder II en V en onder III en VI

33. Bij deze vorderingen gaat het in de eerste plaats om de naleving van de *Grenswaarden*³³ van artikel 13 van de Richtlijn. Dus: uiterlijk ingaande de fatale datum voor de desbetreffende stof dient de concentratie onder die waarde te zijn én gehouden te worden.
34. Daarnaast gaat het over de bijkomende verplichting ex artikel 23 van de Richtlijn dat bepaalt dat de periode van een onverhoopte overschrijding ná de fatale datum zo kort mogelijk moet worden gehouden.
35. Het verschil tussen II en III is niet dat bij II een andere norm wordt geïntroduceerd, zoals de Staat naar voren bracht en zoals de Rechtbank overnam, maar bij II gaat het om de manier waarop *feitelijke* uitvoering wordt gegeven aan de verplichtingen van artikel 13. Eisers beroepen zich hierbij op het voorzorgsbeginsel, waaraan het Hof in Urgenda ook toepassing heeft gegeven.³⁴
36. Waarom? Sommige overschrijdingen kan het RIVM vaststellen en aan een precieze locatie toerekenen, maar dat is vaak niet mogelijk. Onder andere omdat de Staat zich richt op “nét onder de grenswaarden blijven”, op “opvullen van de ruimte”. Daardoor staat het tevoren vast dat op een substantieel aantal punten de berekende waarden nét-onder of nét-boven zullen zijn en ook dat een deel van dat nét-onder in de praktijk uitpakt als nét-boven. Welnu, het RIVM is wel in staat te berekenen op *hoeveel* locaties die categorie overschrijdingen zich voor *zullen* doen, in 2017 dus op 840 locaties, maar niet waar dat in concreto is en noemt die categorie “statistisch te verwachten overschrijdingen”. Nu het respecteren van de grenswaarden een eeuwigdurende resultaatverbintenis ingaande de fatale datum is, mag van de Staat worden verwacht dat deze de norm zodanig naleeft, dat - ook zonder dat tevoren wetenschappelijk is vastgesteld op welke plaats de statistisch verwachte overschrijdingen zich zullen manifesteren – gegarandeerd wordt dat zich géén nadere schendingen voordoen, dus ook geen “statistisch te verwachten” schendingen. Dat kán als de Staat bij het treffen van maatregelen een extra marge in acht neemt. Dit is geen uniek gedachtengoed van appellanten, maar ook hier is het RIVM de inspiratiebron geweest: die stelde in november 2013 al vóór hiertoe een marge van een paar microgram te hanteren.³⁵ Het RIVM stelde daarbij *niet* voor de wet voor dit doel te wijzigen. En dat hoeft ook niet want het doel is niet verandering van de grenswaarden.
37. Dat het aanhouden van deze marge geen overbodige luxe is, volgt ook uit de Aanpassing 2018 van het NSL, waarin te lezen staat dat deze “net onder de grenswaarde”-

³³ Volgens de definitie van artikel 2 (5) van de Richtlijn

³⁴ Urgenda-arrest, r.o. 73

³⁵ Zie dagvaarding eerste aanleg, punt 33

punten niet bij de aanpassing zijn meegenomen waarmee het juist voor deze categorie bestaande risico op overschrijding dus doelbewust in stand wordt gehouden. Het "opvullen" van de zogenaamde "milieugebruiksruimte" is dus nog staand beleid en die "opmaat" heeft dus op dit punt echt geen enkele betekenis.

38. Voor II en III geldt nog het volgende. Dat de grenswaarden ter bescherming van de volksgezondheid zijn gekozen staat vast. Dat het halen van deze grenswaarden dus mede onderdeel is geworden van de zorgplicht van de Staat, is evenmin voor betwisting vatbaar. Daarbij geldt dan nog als bijzonderheid dat dit onderdeel van die zorgplicht als resultaatsverbintenis is voorgeschreven, zodat hier geen discretionaire bevoegdheid meer aan de orde is en ook geen *fair-balance*-test behoeft te worden gedaan. Dat deze verplichtingen voor de Staat ook gewoon bindend zijn vanuit de richtlijn en vanuit titel 5.2 van de wet milieubeheer behoeft geen nadere toelichting.
39. In deze zaak wordt het bewijsmateriaal voor de nog voorkomende schendingen geleverd met de jaarlijkse Monitoringsrapportages. Daaruit volgt dat de Staat vanaf het begin van de fatale data – 11 juni 2011 voor PM₁₀ en 1 januari 2015 voor NO₂ – onafgebroken in overtreding is nu er nog nooit één jaar is afgesloten zonder overtredingen. Het onrechtmatig handelen van de Staat jegens Milieudefensie gaat dus ononderbroken door sinds de fatale data en ook jegens Stichting Adem in Rotterdam, want er is in de regio Rotterdam ingaande de fatale data nog nooit een jaar is geweest zonder schendingen van de grenswaarden.³⁶ Voor wat betreft de individuele eisers geldt dat zij zich op datum dagvaarden bevonden in regio's waar in meerdere of mindere mate overschrijding van de grenswaarden plaatsvond, waarmee de onrechtmatigheid van het handelen/nalaten van de Staat jegens hen gegeven is. Het is aan de Staat om aannemelijk te maken wanneer die schendingen precies zijn opgehouden, mocht dat ophouden nu het verweer van de Staat zijn.
40. Met artikel 23 van de Richtlijn heeft de Europese wetgever een additionele verplichting in het leven geroepen die moet voorkomen dat de lidstaten in situaties waarin de grenswaarden opnieuw dan wel voortgaand worden geschonden geen haast maken met het treffen van maatregelen. Artikel 23 bepaalt dat zij er alles aan moeten doen opdat de overschrijding zo kort mogelijk duurt. Het is niet zo dat deze verplichting in de plaats komt van de verplichting de grenswaarden blijvend in acht te nemen. Immers, schendingen blijven ook na het verstrijken van de fatale datum onrechtmatig, want de gevaarstelling gaat door zolang de grenswaarden worden geschonden.
41. De Staat doet alsof er na het verstrijken van de fatale datum een geheel nieuw regime ontstaat, waarbinnen "zo kort mogelijk" het enige criterium is, wat de Staat dan een ruime discretionaire bevoegdheid zou opleveren.³⁷ Dit is klaarblijkelijk ook de achterliggende gedachte in de Aanpassing van het NSL:

³⁶ Zie de opeenvolgende monitoringsronden voor jurisdictie Rotterdam op <https://www.nsl-monitoring.nl/viewer/>

³⁷ Zie bij Grief 18

“De Wet milieubeheer voorziet in een systeem om ervoor te zorgen dat het NSL gericht blijft op het bereiken van de grenswaarden voor de luchtkwaliteit, (...). Continue beoordeling en indien nodig aanpassing van het NSL is onderdeel van en voorwaarde voor de Staat om te voldoen aan de eis van de wet en de richtlijn, dat de Staat passende maatregelen neemt om overal zo snel mogelijk de grenswaarden te bereiken.”³⁸

42. De knelpunten die destijds door de Staat vanwege het kort geding vonnis zijn geïnventariseerd bestaan voor een deel al sinds de fatale data, al sinds 11 juni 2011 en sinds 1 januari 2015. Voor deze knelpunten is dan ook – nog steeds – sprake van schending van artikel 13 en inmiddels ook van artikel 23 omdat een periode van 7,5 respectievelijk 4 jaar niet als “zo kort mogelijk” kan gelden; al helemaal niet wanneer wordt bedacht dat hierbij nog 5 jaar vanwege de derogatie kan worden bijgeteld.
43. Blijkens de monitoringsrapportage 2018 waren er in 2017 maar liefst 840 statistisch te verwachten overschrijdingen. Blijkens de aanpassing NSL 2018 verwacht TNO in Amsterdam en Rotterdam nog overschrijdingen in 2021 en voor Arnhem en Eindhoven nog in 2020³⁹ en zullen de laatste knelpunten op zijn best pas in 2030 zijn opgelost. Het gaat hier om dicht bevolkte gebieden. Voor al deze gevallen geldt dus dat het risico op gezondheidsschade nog weer langer blijft bestaan, als het aan de Staat ligt.
44. De bewijslast ligt voor de vraag of de Staat aan het “zo kort mogelijk” vereiste heeft voldaan en voldoet bij de Staat. Immers, de Staat is verantwoordelijk en is uiteindelijk ook de partij die de te nemen maatregelen bepaalt. Zeker als knelpunten al jaren bestaan, is het aan de Staat aan te tonen dat dat desondanks “zo kort mogelijk” is. Dit betekent dat de Staat voor fijnstof al 7,5 jaar niet aan dit criterium heeft voldaan, althans dat de Staat het tegendeel zal hebben te bewijzen; voor NO₂ geldt m.m. dat dit sinds 1 januari 2015 het geval is.
45. Vrijwel alle overschrijdingen die er nu nog zijn, inclusief de statistisch te verwachten overschrijdingen, zijn al zeer geruime tijd bekend en nog steeds staat er in de Aanpassing van het NSL te lezen dat het oplossen nog enige tijd zal gaan duren. Waarom is dat dan na het verstrijken van al die jaren “zo kort mogelijk”? Appellanten stellen vast dat een echte onderbouwing nergens door de Staat is geleverd: uit welke alternatieven is gekozen? Wat zijn de afwegingen geweest? Nergens heeft de Staat op dit punt inzicht gegeven; appellanten moeten er dan ook vanuit gaan dat van een dergelijke afweging geen sprake is geweest, totdat de Staat het tegendeel bewijst en ook bewijst dat de gemaakte keuze de enig mogelijke is geweest.

³⁸ Aanpassing NSL 2018, par. 3.1, eerste alinea, p. 11; productie 27 van de Staat

³⁹ Aanpassing NSL 2018, p. 15, 15^e regel van onderen; productie 27 van de Staat

46. Daarbij geldt dat de Staat de mogelijke maatregelen dient te identificeren.⁴⁰ Zie in die zin ook de Duitse rechter:

"In the overall plan whose goal must be compliance with the concentration limits, the Planning Authority should therefore first *identify* measures that are suitable in principle to achieve compliance with the exceeded concentrations limits, whose effectiveness (concentrations-reducing potential) should be *quantified* in a forecast and then, in a second step, examine those measures and *select those best suited* to achieve compliance with the binding limit values as soon as possible."⁴¹

Maar de Staat draait de zaak om en beoordeelt eventuele maatregelen eerst politiek voordat ze bij de afwegingen een rol mogen spelen:

“Bij de bepaling van de vraag welke maatregelen passend zijn, beschikken zowel de betrokken bestuursorganen als ik over beleidsvrijheid om de belangenafweging te maken tussen het belang van de luchtkwaliteit en andere publieke en private belangen die hierdoor beïnvloed kunnen worden. Het maatregelenpakket bevat het resultaat van deze belangenafweging. Dit kan ertoe leiden dat in een specifiek geval niet alle maatregelen die technisch mogelijk zouden zijn om een grenswaarde te bereiken in de Aanpassing NSL 2018 worden opgenomen, omdat andere belangen zwaarder bleken te wegen.”⁴²

47. De Staat suggereert ten onrechte dat hier een totaal open belangenafweging mag plaatsvinden.⁴³ Maar bij “zo kort mogelijk” gericht op het bereiken van een situatie die al jaren geleden gerealiseerd had moeten zijn is de afwegingsruimte zeer beperkt. Dat betekent dat ook een ingrijpende maatregel genomen moeten worden als dat de enige is die de overschrijding zo kort mogelijk houdt. En ook de kosten mogen daarin maar een zeer beperkte rol mogen spelen. Zo zegt de Britse rechter het:

“In my judgment there can be no objection to a member state having regard to cost when choosing between two equally effective measures, or when deciding which organ of government (...) should pay. But I reject any suggestion that the state can have any regard to cost in fixing the target date for compliance or

⁴⁰ Richtlijn 2008/50/EG Bijlage XV, onder 6b)

⁴¹ Verwaltungsgericht Stuttgart, 26 juli 2017, 13 K 5412/15, p. 37 (cursivering toegevoegd) (productie 14) Zie ook: Administrative Court in Düsseldorf, 10 oktober 2016, (3 K 7695-1), P. 6 “An air quality plan can only work if it shows what suitable options for action are available to all those who are (jointly) responsible for keeping the air clean, assesses how effective they are and so provides the basis for deciding in favor of one or other method(s) with the foreseeable consequence that the limits can be complied with in time.” (productie 32)

⁴² Nota van antwoord zienswijzeprocedure in Aanpassing NSL 2018, pagina 9, productie 23 Staat

⁴³ Memorie van Antwoord, 4.161, ad 4

in determining the route by which the compliance can be achieved where one route produces results quicker than another.”⁴⁴

Van een te rooskleurig beeld uitgaan is ook niet (meer!) toelaatbaar. TNO toont zich daarover bezorgd bij zijn bespreking van de prognoses voor de ontwikkeling van de achtergrondconcentraties, waarvan daling juist cruciaal is om in Nederland van alle NO₂-knelpunten af te komen:

“De jaar-op-jaar daling geeft een optimistisch beeld”

Vervolgens noemt TNO een handvol ontwikkelingen – hoogtechnologische ontwikkelingen brengen grotere risico’s mee, toenemende import van oudere, vieze diesels uit Duitsland, aantrekkende economie; toenemend woningaantal in binnensteden, toename filedruk – die juist de achtergrondconcentraties verhogen:

“Tegenover deze risico’s (...) staan nauwelijks compenserende effecten.”⁴⁵

Het beeld is niet uniek voor Nederland. Dit oordeelde de Britse rechter:

“[...] the AQP did not identify measures which would ensure that the exceedance period would be kept as short as possible: instead it identified measures which, if very optimistic forecasts happened to be proven right and emerging data happened to be wrong, might achieve compliance. To adopt a plan based on such optimistic assumptions was to breach both the Directive and the Regulations.”⁴⁶

48. Kortom, de Staat maakt de keuzes en de bijbehorende afwegingen niet inzichtelijk, erkent wel dat bepaalde mogelijkheden bij voorbaat om politieke redenen zijn geschrapt en beweert vervolgens toch dat de door de Staat gekozen route aan het “zo kort mogelijk” criterium voldoet. Dit is niet een correcte invulling van deze verplichting en dus een schending daarvan, tenzij de Staat alsnog bewijst dat steeds wel aan deze verplichting van artikel 23 is voldaan. Dat bewijs is door de Staat niet aangeboden.

Kort geding

49. Zoals bekend heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank in deze materie tussen deze partijen in Kort Geding uitspraak gedaan.⁴⁷ Daarbij werden eisers toen vrijwel

⁴⁴ Administrative Court of London, 2 November 2016, CO/1508/2016 (Client Earth), Pag. 17 productie 14

⁴⁵ *Inschatting van effecten van gemeentelijke maatregelen voor reductie NO₂-concentratie op knelpunten*, Hfst 12, pag.67 en hfst 2.4 (productie 21 Staat)

⁴⁶ T.a.p., paragraph 86

⁴⁷ Voorz. rechter Rb Den Haag, 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171 (productie 22)

volledig in het gelijk gesteld. In die zaak werd niet precies hetzelfde gevorderd als in de bodemprocedure maar werd een snelle doorbraak in de falende uitvoeringspraktijk beoogd.

50. Het vonnis heeft inderdaad die doorbraak bewerkstelligd, laten zien dat inderdaad het NSL niet hetzelfde is als een Luchtkwaliteitsplan uit de Richtlijn en daarmee ook laten zien dat de Staat ernstig tekortschoot bij het voldoen aan zijn verplichtingen krachtens de Richtlijn én laten zien dat het inderdaad mogelijk was en is dat de Staat veel meer doet dan hij deed en daarmee ook veel eerder het beoogde effect behaalt. Daarmee is vastgesteld dat de Staat niet aan zijn verplichting voldeed de grenswaarden volledig te “halen”, maar ook niet aan zijn verplichting de schendingen van de grenswaarden zo kort mogelijk te laten duren. Dat de Staat niet tegen het hele vonnis in beroep ging, sprak boekdelen, dat dat beroep zich slechts tot het derde onderdeel van het vonnis richtte, heeft de hoofdzaak geheel overeind gehouden.
51. Het negatieve oordeel over het derde onderdeel van het in kort geding gevorderde heeft voor onze zaak geen betekenis, terwijl we de raakvlakken die er tussen de eerste twee onderdelen van de veroordeling en onze zaak bestaan niet apart behoeven te behandelen, omdat die materie hoe dan ook in volle omvang in dit beroep aan de orde is.

Conclusies

Appellanten handhaven hun standpunt en het door hen gevorderde onverkort.