

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 14 november 2017

Rol- zaaknummer: 200225140-1

Memorie van grieven

inzake

**Staat der Nederlanden, Ministerie van
Infrastructuur en Waterstaat,**
waarvan de zetel is gevestigd te Den Haag,
appellant,
advocaten: mr. G.J.H. Houtzagers en
mr. E.H.P. Brans

tegen

1. Vereniging Milieudefensie,
waarvan de zetel is gevestigd te Amsterdam,
2. Stichting Adem in Rotterdam
waarvan de zetel is gevestigd te Rotterdam
geïntimeerden,
advocaat: mr. A.H.J. van den Biesen

1 Inleiding

1.1 De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag heeft op 7 september 2017 uitspraak gedaan in het geding, aanhangig onder zaaknummer/rolnummer C/09/532971 / KG ZA 17/644, dat door Vereniging Milieudefensie en Stichting Adem in Rotterdam tegen de Staat is aangespannen. De voorzieningenrechter veroordeelt de Staat om:

1. binnen twee weken na de betekening van het vonnis te beginnen om alles te (laten) doen wat nodig is om op de kortst mogelijke termijn daadwerkelijk tot vaststelling te komen van een luchtkwaliteitsplan als bedoeld in de Richtlijn, en bepaalt dat dat plan zodanige maatregelen dient te bevatten dat voorspelbaar en aantoonbaar aan de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ zal worden voldaan op de kortst mogelijke termijn (rov. 5.1);
2. vooruitlopend op een luchtkwaliteitsplan binnen twee weken na de betekening van het vonnis alle locaties in Nederland te identificeren waar op basis van de RIVM-inzichten nog sprake is of zal zijn van (te verwachten) overschrijdingen van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ (rov. 5.2), en
3. verbiedt de Staat met onmiddellijk ingang na de betekening van het vonnis elke maatregel te (doen) treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot voortgaande dan wel hernieuwde overschrijding van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ zal leiden (rov. 5.3).

Verder is de Staat veroordeeld in de proceskosten (rov. 5.4).

1.2 Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard en is betekend.

1.3 De Staat is bij dagvaarding van 4 oktober 2017 in hoger beroep gegaan van de uitspraak van 7 september 2017 (hierna: Vonnis). Het hoger beroep beperkt zich, zo volgt ook uit de appeldagvaarding, tot het bepaalde in rov. 5.3 van het Vonnis en hetgeen in het Vonnis aan die rechtsoverweging ten grondslag is gelegd. De Staat komt derhalve niet in beroep van hetgeen waartoe de Staat in rov. 5.1, 5.2 en 5.4 is veroordeeld.

1.4 Milieudefensie c.s. zijn niet in hoger beroep gegaan tegen het Vonnis zodat het hoger beroep zich beperkt tot het in rov. 5.3 van het Vonnis neergelegde verbod en hetgeen hieraan in het vonnis ten grondslag is gelegd.

1.5 De Staat zal hieronder toelichten waarom in hoger beroep wordt gegaan van hetgeen waartoe de Staat in rov. 5.3 van het Vonnis is veroordeeld alsook hetgeen de voorzieningenrechter aan die veroordeling ten grondslag heeft gelegd. De Staat licht dit toe aan de hand van onderstaand deel waarin, kort, de achtergronden van de

onderhavige procedure worden geschetst alsook de door de Staat geformuleerde twee grieven, met bijbehorende toelichting. De Staat verzoekt het hof uitdrukkelijk om de hierna volgende grieven in onderling verband te beschouwen en te beoordelen.

- 1.6 De Staat verzoekt al hetgeen in eerste aanleg door hem is gesteld als hier herhaald en ingelast te beschouwen. De Staat handhaaft al hetgeen hij in eerste aanleg heeft aangevoerd, ook voor zover door de voorzieningenrechter buiten beschouwing gelaten of verworpen of waarop door de voorzieningenrechter niet met zoveel woorden is ingegaan. Voor zover in deze memorie sprake is van een herhaling van hetgeen in eerste aanleg door de Staat is gesteld, mag daaruit niet worden afgeleid dat de Staat enige stelling of verweer dat niet wordt herhaald, beoogt prijs te geven.
- 1.7 Bij deze memorie behoren zes producties die door de Staat samen met de onderhavige memorie in geding worden gebracht. Aan het einde van deze memorie is een overzicht opgenomen van deze producties. De producties die door de Staat in geding zijn of worden gebracht worden aangeduid met "St." en dan vervolgens het nummer van de betreffende productie. De producties die door Milieudefensie c.s. in geding zijn gebracht worden aangeduid met "MD" en dan vervolgens het nummer van de betreffende productie.

2 Achtergronden en feiten

- 2.1 Zoals de Staat al heeft opgemerkt in de pleitnota in eerste aanleg is de luchtkwaliteit in Nederland in decennia niet zó goed geweest. Op 30 oktober 2017 is de NSL Monitoringsrapportage 2017 aangeboden aan de Tweede Kamer (TK 2017-2018, 30 175, nr. 268) (**prod. St. 8**). Hieruit volgt dat in het rapportagejaar 2016 op nog slechts 72 van de circa 330.000 toetspunten, met name gelegen langs drukke binnenstedelijke wegen, sprake was van een overschrijding van de jaargemiddelde grenswaarde voor NO₂. Opnieuw een verbetering ten opzichte van de NSL Monitoringrapportage 2016 van het jaar ervoor, toen het voor 2015 ging om 99 toetspunten en een positieve trend die doorzet naar 2020. Voor PM₁₀ resteert eveneens nog slechts een heel klein aantal hardnekkige knelpunten. Langs wegen gaat het in 2016 om 23 (minder dan 0,01%) van de circa 330.000 toetspunten waar een overschrijding wordt berekend tegen 54 in de NSL Monitoring 2016 voor 2015. Bij 29 veehouderijen in heel Nederland is nog sprake van een overschrijding, tegen 34 het jaar ervoor.
- 2.2 De Staat werkt er hard aan om, samen met de betreffende provincies en gemeenten, ook de laatste resterende knelpunten op te lossen. Bij brief van 30 oktober 2017, met bijlage, heeft de Staatssecretaris van IenW de aanpak uiteengezet (**prod. St. 9**). Ten eerste wordt het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) aangevuld met een extra maatregelenpakket specifiek gericht op het oplossen van de laatste knelpunten, zoals in kaart gebracht in de NSL Monitoring 2017. Hiermee wordt ook

uitvoering gegeven aan onderdeel 5.1 en 5.2. van het Vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, en wel op korte termijn: de aanpassing van het NSL wordt volgens planning voorjaar 2018 ter consultatie openbaar gemaakt en na de zomer 2018 vastgesteld. Ten tweede wordt gewerkt aan het Nationaal actieprogramma Luchtkwaliteit, dat zich richt op een permanente verbetering van de luchtkwaliteit.

- 2.3 De stelling van Milieudefensie is, kort en goed, dat de Staat onrechtmatig handelt door na te laten de maatregelen te nemen die tot naleving van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ leiden. De Staat bestrijdt dat sprake is van een onrechtmatig handelen. De Staat neemt maatregelen om te voldoen aan de grenswaarden en heeft eerder ook al dergelijke maatregelen genomen. In dit verband wijst de Staat op zijn conclusie van antwoord in de bodemprocedure (**prod. St. 10**), de pleitnota die ter zake van de bodemprocedure is opgesteld en de pleitnota voor de behandeling van het kort geding in eerste aanleg (**prod. St. 11**).
- 2.4 De voorzieningenrechter in eerste aanleg heeft de vorderingen van Milieudefensie c.s. zijn toegewezen. De Staat kan zich niet verenigen met het in rov. 5.3 van het Vonnis neergelegde verbod en het heeft om die reden beslist hoger beroep aan te tekenen tegen het Vonnis.

3 Grieven

Inleiding

- 3.1 Als gezegd, de Staat komt enkel en alleen in hoger beroep van hetgeen de voorzieningenrechter heeft bepaald in rov. 5.3. van het Vonnis alsook hetgeen aan het in deze rechtsoverweging bepaalde in het Vonnis ten grondslag is gelegd. De Staat voert in dat kader twee grieven aan.

- 3.2 Rov. 5.3 van het Vonnis bepaalt het volgende:

“verbiedt de Staat met onmiddellijk ingang na de betekening van dit vonnis elke maatregel te (doen) treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot voortgaande dan wel hernieuwde overschrijding van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ zal leiden”.

Grief 1 Introductie bovenwettelijk kader

- 3.3 De voorzieningenrechter verbiedt de Staat elke maatregel te treffen of te doen treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot een overschrijding van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ zal leiden. Indien de Staat toch een dergelijke maatregel neemt of doet nemen, zal – zo volgt uit rechtsoverweging rov. 5.3 van het Vonnis – sprake zijn van een onrechtmatig handelen van de Staat.

3.4 De Staat is van oordeel dat rov. 5.3. niet in stand kan blijven omdat een bovenwettelijk beoordelingskader wordt geïntroduceerd zonder dat daartoe een grondslag in wet- of regelgeving is aan te wijzen. Samengevat komen de bezwaren van de Staat tegen het in rov. 5.3 bepaalde op het volgende neer:

- in rov. 5.3 wordt niet de wettelijke bepalingsmethode, maar een daarvan afwijkende statistische verwachting met betrekking tot de overschrijding van de grenswaarden uit de Richtlijn luchtkwaliteit als uitgangspunt genomen bij de formulering van het aan de Staat opgelegde verbod. Hiermee wordt afgeweken van deze richtlijn en daarmee van de Wet milieubeheer, waarin Richtlijn luchtkwaliteit is geïmplementeerd;
- er wordt geen of onvoldoende rekening gehouden met het beginsel van de formele rechtskracht.
- Immers, door de introductie van een aanvullende toets op het geldende wettelijke kader, is het mogelijk dat het RIVM in een situatie wordt gebracht waarbij op basis van een door het RIVM ontwikkelde aanvullende beoordelingsmethode een besluit moet worden beoordeeld, althans de feitelijke maatregel die op basis hiervan zou kunnen worden genomen, dat onherroepelijk is geworden en daarmee rechte onaanastbaar is. Dit leidt tot rechtsonzekerheid;
- Ook kunnen hierdoor (uitvoerings)geschillen ontstaan en kan mogelijk geen uitvoering worden gegeven aan een onherroepelijk besluit, ondanks de toetsing van dit besluit door een onafhankelijke rechter;
- Ook wordt eraan voorbij gegaan dat de Richtlijn luchtkwaliteit geen toets op maatregeleniveau kent en ook geen 'standstillbeginsel';
- Verder krijgt het RIVM een rol toebedeeld die haar niet past en waarin de Wet op het RIVM niet voorziet.

De Staat licht het voorgaande hieronder toe, maar voordat hieraan wordt toegekomen merkt de Staat nog het volgende op.

Afwijking van de wettelijke norm

3.5 In de Richtlijn luchtkwaliteit zijn grenswaarden opgenomen voor diverse stoffen, waaronder NO₂ en PM₁₀. Voor deze twee stoffen zijn in bijlage XI van de richtlijn de navolgende grenswaarden opgenomen:

Middelings tijd	Grenswaarde	Overschrijdingsmarge	Datum waarop de grenswaarde moet zijn bereikt
Stikstofdioxide			
1 uur	200 µg/m ³ ; mag niet vaker dan 18 keer per kalenderjaar worden overschreden	50 % op 19 juli 1999; op 1 januari 2001 en vervolgens iedere 12 maanden met gelijke jaarlijkse percentages te verminderen tot 0 % op 1 januari 2010	van 1 januari 2010
Kalenderjaar	40 µg/m ³	50 % op 19 juli 1999; op 1 januari 2001 en vervolgens iedere 12 maanden met gelijke jaarlijkse percentages te verminderen tot 0 % op 1 januari 2010	van 1 januari 2010
PM₁₀			
Één dag	50 µg/m ³ ; mag niet vaker dan 35 keer per kalenderjaar worden overschreden	50 %	(¹)
Kalenderjaar	40 µg/m ³	20 %	(¹)

(¹) Reeds van kracht sinds 1 januari 2005.

Nederland heeft de Richtlijn luchtkwaliteit geïmplementeerd in het nationale recht door onder meer aanpassing van de Wet milieubeheer en de invoering van de Regeling beoordeling luchtkwaliteit 2007. De grenswaarden uit de richtlijn voor NO₂ en PM₁₀ zijn – ongewijzigd – overgenomen in Bijlage 2, paragrafen 2 en 4, bij de Wet milieubeheer en zijn dan ook gelijk aan die uit de richtlijn. Uit zowel de Wet milieubeheer als bedoelde bijlage volgt derhalve dat de nationale wetgever er niet voor heeft gekozen om bij de implementatie van de Richtlijn luchtkwaliteit in het nationale recht, strengere grenswaarden te hanteren dan opgenomen in de richtlijn. Er is niet gekozen voor een 'nationale kop op een EU-richtlijn'.

De Staat verwijst hier naar onder meer (de behandeling van) wetsvoorstel 31 589 inzake de Wijziging van de Wet milieubeheer (implementatie en derogatie luchtkwaliteitseisen).

- 3.6 Onderdeel van de implementatie van de Richtlijn is ook het overnemen uit de Richtlijn van de daarin opgenomen voorschriften voor het meten en berekenen van concentraties aan stoffen in de atmosfeer. De Staat verwijst hier naar de Richtlijn luchtkwaliteit waarin niet alleen methoden en criteria zijn opgenomen voor het beoordelen van de luchtkwaliteit, maar ook kwaliteitseisen worden gesteld aan de voor deze beoordeling in te zetten methoden en (reken)modellen. Daarbij is ook rekening gehouden met meet- en modelonzekerheden.¹ Deze regels zijn geïmplementeerd in de Regeling beoordeling luchtkwaliteit 2007. Het RIVM heeft in een rapportage uit 2013

¹ Zie Bijlage I, onderdeel A, van de Richtlijn luchtkwaliteit

geconstateerd dat de Nederlandse methoden ruimschoots voldoen aan de voorwaarden uit de Richtlijn luchtkwaliteit en aan de nationale wettelijke eisen.² De Staat is gebonden aan deze rekenregels. De Staat verwijst naar artikel 2a van de Regeling beoordeling luchtkwaliteit.

- 3.7 De voorzieningenrechter heeft het in rov. 5.3 neergelegde verbod niet gekoppeld aan een overschrijding van de voor NO₂ en PM₁₀ geldende wettelijke grenswaarden – de grenswaarden uit de Richtlijn luchtkwaliteit –, maar het verbod gekoppeld aan statistische verwachting dat een grenswaarde zal worden overschreden en mogelijk daaruit volgende verwachte waarden. Dit moet worden begrepen als een correctie van de grenswaarden uit de richtlijn met een marge vanwege de onzekerheid dat berekende concentraties NO₂ of PM₁₀ enkele microgrammen hoger (of lager) kunnen liggen dan de ‘werkelijke’ waarde. Hiermee wordt afgeweken van het in de Wet milieubeheer en Regeling beoordeling luchtkwaliteit neergelegde regime. Niet de wettelijke grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ worden in rov. 5.3 van het Vonnis als uitgangspunt genomen voor de beoordeling van het (feitelijk) handelen van de Staat, maar de wettelijke grenswaarden gecorrigeerd met een marge, danwel een van de wet afwijkende berekeningsmethode vanwege de statistische overschrijdingskans van deze grenswaarden.
- 3.8 Naar het oordeel van de Staat introduceert de voorzieningenrechter hier een bovenwettelijk kader. Niet alleen bepaalt de Richtlijn luchtkwaliteit niet dat overschrijdingskansen in de toetsing aan de grenswaarde voor NO₂ en PM₁₀ moet worden verdisconteerd. Ook de Wet milieubeheer of enige andere nationale wet of regeling voorziet hier niet in. De wetgever heeft niet gekozen voor een implementatie van de Richtlijn luchtkwaliteit die waar het betreft de grenswaarden voor luchtkwaliteit, afwijkt van hetgeen de EU-lidstaten gezamenlijk hebben neergelegd in deze richtlijn.
- 3.9 De Staat bestrijdt dan ook dat, zoals de rechtbank overweegt achter 4.17 van het Vonnis, het in rov. 5.3 neergelegde verbod in overeenstemming is met de verplichtingen die voor de Staat voortvloeien uit de richtlijn en de Wet milieubeheer. Nogmaals, zowel de richtlijn als de Wet milieubeheer kennen geen verplichtingen om voorgenomen (feitelijke) maatregelen van de Staat die de luchtkwaliteit negatief kunnen beïnvloeden, te toetsen aan een statistische overschrijdingskans. Uitgangspunt zijn de grenswaarden als neergelegd in de richtlijn en de Wet milieubeheer. Daaraan moet worden getoetst. Dat is ook de keuze geweest van de nationale wetgever.

² Zie RIVM, Gemeten en berekende (NO₂) concentraties in 2010 en 2011. Een test van de standaardrekenmethoden 1 en 2, 2013, p. 85-86. Zie: http://www.rivm.nl/Documenten_en_publicaties/Wetenschappelijk/Rapporten/2013/april/Gemeten_en_bereken_de_NO2_concentraties_in_2010_en_2011_Een_test_van_de_standaardrekenmethoden_1_en_2

Zie in deze zin ook de brief van het RIVM van 30 oktober 2017 (**prod. St. 12**) waarin het volgende wordt opgemerkt:

“Voor zover bij het RIVM bekend, staat het begrip “aantal overschrijdingen op basis van statistische onzekerheden” niet in de Wet milieubeheer.”

- 3.10 In aanvulling hierop merkt de Staat nog op dat de beoordelingsmethode die de rechtbank in rov. 5.3. van het Vonnis introduceert, onduidelijkheden en onzekerheden kent. Zo lijkt de rechtbank aan te nemen dat eenduidig is vast te stellen wat in geval van een door de Staat te nemen (feitelijke) maatregel, de statistische overschrijdingskans is van de wettelijke grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ en het daaruit volgende verwachte aantal statistische overschrijdingen. Dat is echter niet het geval. Gegeven de onzekerheden in metingen en berekeningen is er altijd een kans dat een overschrijding van de grenswaarden optreedt. Die kans neemt af bij een lagere concentratie aan NO₂ en PM₁₀ maar is nooit 0. Dit vergt dan alsnog een beoordeling welke kans op een overschrijding of welk daaruit volgend verwacht aantal statistische overschrijdingen nog acceptabel wordt geacht. Die beoordeling is door het RIVM nooit eerder gemaakt omdat het hier om een beleidsmatig-politieke beoordeling gaat. Iets dergelijks past niet bij de taak van het RIVM (zie hierna, achter 3.26 e.v.). Daarnaast zijn en worden er door het RIVM verschillende methoden gehanteerd om de kans op overschrijding en het daaruit volgende verwachte aantal statistische overschrijdingen van de grenswaarden te berekenen, die tot zeer verschillende uitkomsten kunnen leiden. Verder is van belang dat het verwachte aantal statistische overschrijdingen niet is toe te wijzen aan specifieke locaties, waardoor dit geen concreet handelingsperspectief biedt.

Zie in deze zin ook de brief van het RIVM van 2 oktober 2017 **prod. St. 13** en Monitoringsrapportage NSL 2017, p. 61 prod. St. 8.

- 3.11 Verder lijkt de voorzieningenrechter, gezien het bepaalde in rov. 5.3, er ten onrechte aan voorbij te gaan dat in de Richtlijn luchtkwaliteit rekening is gehouden met onzekerheden in de resultaten van de methoden en modellen die worden ingezet om de luchtkwaliteit te meten en te berekenen en daarmee van de meet- en rekenresultaten. De Staat verwijst hier naar Bijlage I bij de richtlijn, waaronder ook hetgeen wordt opgemerkt onder de op pagina 14 van de richtlijn opgenomen tabel A, ‘Gegevenskwaliteitsdoelstellingen voor de beoordeling van de luchtkwaliteit’. Er is derhalve in de richtlijn reeds rekening gehouden met de inherente onzekerheden die voor metingen, modellen en berekeningen bestaan. Er is derhalve door de Europese wetgever geaccepteerd dat er bij een berekende of gemeten waarde onder de grenswaarden, een gelimiteerde kans bestaat op een statistische overschrijding van de grenswaarden, waarbij nog moet worden opgemerkt dat de maximale kans op overschrijding van de grenswaarden wordt bepaald door de kwaliteitsdoelstellingen uit

Bijlage I van de richtlijn. Bij de implementatie van de Richtlijn luchtkwaliteit in de Wet milieubeheer en de Regeling beoordeling luchtkwaliteit 2007 heeft de wetgever voor dezelfde benadering gekozen.

- 3.12 Omdat luchtkwaliteit zich over de jaren anders kan ontwikkelen dan vooraf was verwacht, voorziet zowel de Richtlijn luchtkwaliteit (artikel 27, lid 2) als de Wet milieubeheer (artikel 5.14) in een jaarlijkse monitoring van de luchtkwaliteit. De Staat geeft hieraan uitvoering door middel van de NSL Monitoring. Bij elk besluit over een maatregel die gevolgen kan hebben voor de luchtkwaliteit, wordt vooraf getoetst of dit leidt tot overschrijding van de grenswaarden. De NSL Monitoring is de controle achteraf. Als daaruit blijkt dat de maatregel in de praktijk, ondanks de conclusies uit het luchtonderzoek die aan het besluit ten grondslag liggen, toch tot een overschrijding van de grenswaarden leidt, kunnen op grond van die informatie maatregelen worden getroffen. Een voorbeeld is een verkeersbesluit dat ziet op de verhoging van de maximumsnelheid op een deel van een rijksweg naar 130 km/u. Voorafgaand aan elk verkeersbesluit wordt een projectspecifiek luchtonderzoek gedaan, conform de eisen van de Richtlijn luchtkwaliteit, die zijn geïmplementeerd in de Regeling beoordeling luchtkwaliteit 2007. Alleen als uit dat luchtonderzoek volgt dat de maatregel die mogelijk wordt gemaakt niet tot overschrijding leidt, wordt het verkeersbesluit vastgesteld. Met de jaarlijkse NSL Monitoring wordt vervolgens gecontroleerd of concentraties langs het betreffende wegvak inderdaad onder de wettelijke grenswaarden blijven. Mocht blijken dat de snelheidsverhoging toch leidt tot een overschrijding van deze grenswaarden en daarvoor geen (aanvullende) maatregelen kunnen worden genomen, dan wordt de snelheidsverhoging op die locatie teruggedraaid.

Zie in deze zin de opmerking van de minister van I&M in het Algemeen Overleg inzake Maximumsnelheden hoofdwegennet van 3 februari 2012, TK 2011-2012, 32 646, nr. 27, blz. 36 bovenaan.

- 3.13 Tot slot merkt de Staat op dat met toepassing van de door het RIVM ontwikkelde aanvullende, buitenwettelijke methoden er sprake is van een kans op statistische overschrijding van de grenswaarden, en derhalve ook een verwacht aantal statistische overschrijdingen, waarbij zij opgemerkt dat nog moet worden beoordeeld welke mate van overschrijding wel of niet acceptabel is, hetgeen een politiek/bestuurlijke afweging vraagt. Dat is ook het geval indien zeer lage waarden worden berekend, conform de wettelijke bepalingsmethoden. Die kans is nooit 0, ook niet bij een berekende of gemeten grenswaarde van bijvoorbeeld $32 \mu\text{g}/\text{m}^3$. Derhalve zal bij uitvoering van rov. 5.3 altijd beoordeeld moeten worden welke (toename in) overschrijdingskans dan wel verwacht aantal statistische overschrijdingen nog aanvaardbaar is en welke niet. De voorzieningenrechter brengt gezien het bepaalde in rov. 5.3 van het Vonnis een wetenschappelijk instituut, het RIVM, in een bijzondere positie, namelijk die van een bestuurder of beslisser. Het RIVM heeft echter niet een dergelijke (democratische

gelegitimeerde) positie en naar het oordeel van de Staat past het ook niet bij de taak van het RIVM – zie nader achter 3.26 e.v. van deze memorie – om het RIVM te laten bepalen welke (toename in) overschrijdingskans dan wel aantal statistisch verwachte overschrijdingen nog aanvaardbaar is. Een dergelijke beoordeling vraagt een politiek/bestuurlijke afweging van belangen; individuele, algemene, economische en niet-economische belangen. Iets dat toekomt aan de betrokken bewindspersonen, en met betrekking tot welke verantwoording wordt afgelegd aan de Tweede Kamer.

Formele rechtskracht

- 3.14 Allereerst. De Staat begrijpt hetgeen in rov. 5.3. zo dat het daarin neergelegde verbod alleen feitelijke maatregelen raakt. Immers, alleen feitelijke handelingen kunnen tot een (statistisch verwachte) overschrijding van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ leiden. Een besluit dat ten grondslag ligt aan een feitelijk handelen kan dit niet. Zo leidt een verkeersbesluit op basis waarvan 130 km/uur gereden kan gaan worden op een deel van een snelweg niet tot een overschrijding van de bedoelde grenswaarden. Enkel en alleen de plaatsing van het verkeersbord 130 km/uur maakt het mogelijk ook feitelijk 130 km/uur op die weg te gaan rijden. Hetzelfde geldt voor een tracébesluit gericht op de aanleg van een snelweg. Alleen de feitelijke ingebruikname van die weg zou kunnen leiden tot een overschrijding van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀.
- 3.15 Op grond van het in rov. 5.3 van het Vonnis neergelegde verbod kan geen uitvoering worden gegeven aan een door de betrokken bewindspersoon genomen besluit indien de feitelijke maatregelen die op basis van dit besluit zouden kunnen worden genomen, in de visie van het RIVM tot een statistisch verwachte overschrijding leiden van de grenswaarden uit de Richtlijn luchtkwaliteit. De voorzieningenrechter gaat hiermee voorbij aan het beginsel van de formele rechtskracht of althans past een correctie toe voor wat betreft de werking ervan. Naar het oordeel van de Staat is er geen wet- of regelgeving aan te wijzen dan wel jurisprudentie van de Hoge Raad of andere rechtelijke colleges die deze keuze rechtvaardigt. De Staat licht dit toe.
- 3.16 De regel van de formele rechtskracht houdt in dat wanneer tegen een door een bestuursorgaan genomen besluit een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter ervan dient uit te gaan dat dit besluit zowel voor wat betreft de wijze van totstandkoming als de inhoud ervan, in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Dat is ook het geval als is nagelaten de bestuursrechtelijke procedure te gebruiken om tegen een besluit op te komen.

Zie in deze zin o.a. HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 en HR 23 januari 2004, AB 2004, 258 en M.W. Scheltema e.a., *Gemeenschappelijk recht*, 2013, Kluwer 3^{de} druk, p. 362-365.

- 3.17 Ook de uitvoering van het besluit, voor zover dit gedekt wordt door de inhoud van het besluit, – dus het nemen van feitelijke maatregelen in vervolg op een besluit, zoals de plaatsing van een verkeersbord op basis waarvan het mogelijk wordt 130 km/uur te rijden – valt onder de formele rechtskracht en kan dus evenmin bij de burgerlijke rechter aan de orde worden gesteld. Hetzelfde geldt ook voor de voorbereiding van het besluit, waaronder de (luchtkwaliteits)studies die zijn verricht voorafgaande aan het besluit.

Zie in deze zin: M.W. Scheltema e.a., *Gemeenschappelijk recht*, 2013, Kluwer 3^{de} druk, p. 367 e.v. met verwijzing naar jurisprudentie.

- 3.18 De ratio van het leerstuk van de formele rechtskracht is gelegen in het voorkomen van een ander oordeel door de burgerlijke rechter van vragen waarover de bestuursrechter zich buigt en een oordeel geeft, zoals de vraag of een door een bestuursorgaan genomen besluit in overeenstemming is met de Algemene wet bestuursrecht of meer sectorale wetten, waaronder de Wet milieubeheer. Ook is de rechtszekerheid gediend met het beginsel van de formele rechtskracht. Immers, na toetsing door de bestuursrechter – of in het geval van het al dan niet opzettelijk laten lopen van mogelijkheden van bezwaar en beroep – bestaat er geen twijfel meer over de rechtsgeldigheid van een besluit en kan hier uitvoering aan worden gegeven.

Zie in deze zin: M.W. Scheltema e.a., *Gemeenschappelijk recht*, 2013, Kluwer 3^{de} druk, p. 363-365.

- 3.19 Het beginsel van formele rechtskracht is zo verstrekkend dat de burgerlijke rechter ook uit moet gaan van de rechtmatigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien aannemelijk is dat als bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zouden zijn aangewend tegen het betreffende besluit, het besluit onderuit zou zijn gegaan.

Zie in deze zin o.a. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 en M.W. Scheltema e.a., *Gemeenschappelijk recht*, 2013, Kluwer 3^{de} druk, p. 363.

- 3.20 Aan de feitelijke maatregelen die de Staat zou kunnen (doen) nemen – en die zouden kunnen leiden tot een in de visie van het RIVM statistisch verwachte overschrijding van de grenswaarden – gaat een besluit van de betrokken minister of staatssecretaris vooraf. Dat is bijvoorbeeld het geval met de tracébesluiten die worden genomen voorafgaande aan de aanleg van een stuk snelweg. Omdat een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat of heeft gestaan tegen deze besluiten zal de burgerlijke rechter – uitgaande van de leer van de formele rechtskracht – uit moeten gaan van de rechtmatigheid van deze besluiten. Hetzelfde geldt voor de feitelijke maatregelen die op basis hiervan kunnen worden genomen. Dat brengt de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuurs- en de burgerlijke recht met zich mee.

Zie o.a. HR 20 januari 2017, NJ 2017/50 (Alcoholslotprogramma).

- 3.21 De voorzieningenrechter gaat door het bepaalde in rov. 5.3 voorbij aan de ratio van de leer van de formele rechtskracht. Door het RIVM toe te staan een eindoordeel te geven over de consequenties van het uit te voeren besluit, althans het RIVM hierop haar visie te laten geven en daaraan een verbod te koppelen tot de uitvoering ervan, wordt rechtsonzekerheid geïntroduceerd oftewel twijfel over de vraag of ook feitelijk uitvoering kan worden gegeven aan een besluit dat onherroepelijk is geworden. Er wordt een correctie op het beginsel van de formele rechtskracht geïntroduceerd, maar zonder dat hiervoor een juridische grondslag is aan te wijzen. Ook voorzien de in de jurisprudentie ontwikkelde uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht niet in de correctie als neergelegd in rov. 5.3 van het Vonnis.

Standstillbeginsel

- 3.22 De voorzieningenrechter verbiedt de Staat in rov. 5.3. van het Vonnis om elke maatregel te (doen) treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot een overschrijding van de grenswaarden uit de Richtlijn luchtkwaliteit leidt.
- 3.23 De voorzieningenrechter heeft het aan de Staat opgelegde verbod om maatregelen te (doen) treffen niet gekoppeld aan de projecten van de Staat die leiden of kunnen leiden tot een overschrijding van de grenswaarden uit de Richtlijn luchtkwaliteit, maar heeft in plaats daarvan de statistische overschrijdingskansen van deze grenswaarden als uitgangspunt genomen. Hiermee is, zoals eerder opgemerkt, door de buitenwettelijke beoordelingsmethode, een marge geïntroduceerd die ertoe kan leiden dat de Staat bepaalde (feitelijke) maatregelen niet zou kunnen nemen, namelijk maatregelen die wel een negatieve invloed hebben op de luchtkwaliteit, maar die er niet toe leiden dat de grenswaarden uit de richtlijn daadwerkelijk worden overschreden. De richtlijn kent echter geen 'standstillbeginsel'. De Staat verwijst hier naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 maart 2017 waarin het volgende is overwogen:

"De Richtlijn luchtkwaliteit kent geen standstillbeginsel op grond waarvan elke achteruitgang van de luchtkwaliteit ongeoorloofd is. Anders dan [appellanten] stellen kan dit ook niet worden afgeleid uit artikel 1, onder 5, of de preambule, onder 9 [van de Richtlijn luchtkwaliteit]. De enkele omstandigheid dat emissies toenemen leidt derhalve niet tot de conclusie dat het verkeersbesluit in strijd is met de Richtlijn luchtkwaliteit. Volgens het [...] rapport van 17 augustus 2012 wordt na de snelheidsverhoging aan de in 2012 en 2015 geldende grenswaarden voldaan."

AbRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:622, ov. 20.1. Zie in vergelijkbare zin: Rb. Rotterdam 21 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9074, rov. 7.2 en Rb. Amsterdam 17 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:137, rov. 4.4.

- 3.24 De rechtbank introduceert derhalve een kader dat afwijkt van hetgeen de EU-lidstaten zijn overeengekomen en hebben vastgelegd in de Richtlijn luchtkwaliteit, en dat voorbij gaat aan de keuzes die de Nederlandse wetgever bij implementatie van de richtlijn in de Wet milieubeheer heeft gemaakt. Ook wordt onvoldoende rekening gehouden met hetgeen reeds in de jurisprudentie van onder meer de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is bepaald omtrent de strekking van de richtlijn.

Zie o.a. AbRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:622

- 3.25 Overigens – en ten einde misverstanden te voorkomen – de Richtlijn kent geen toets op maatregelniveau. In plaats daarvan schrijft de Richtlijn voor dat de lidstaten de grenswaarden halen door het opstellen van een luchtkwaliteitsplan.

RIVM als beoordelaar/beslisser

- 3.26 Uit rov. 5.3 volgt dat het handelen van de Staat moet worden getoetst aan een visie van het RIVM, ook in het geval het besluit door de hoogste bestuursrechter is getoetst, deze de toets heeft kunnen doorstaan en onherroepelijk is geworden. Daarmee krijgt het RIVM een rol toebedeeld die niet is voorzien in de Wet op het RIVM of enige andere wet of regeling.

- 3.27 Het RIVM heeft gezien het bepaalde in artikel 3 van de Wet op het RIVM tot taak

“onderzoek te verrichten, dat is gericht op ondersteuning van de beleidsontwikkeling en de uitoefening van toezicht op het terrein van de volksgezondheid, het terrein van het milieu en het terrein van natuur, bos en landschap”,

en daarover te rapporteren. Uit artikel 5 van deze wet volgt dat het RIVM onafhankelijk is en de betrokken minister geen aanwijzingen kan geven met betrekking tot de methoden die worden gebruikt om onderzoek te verrichten en de resultaten ervan te rapporteren. Ook uit hetgeen het RIVM vermeldt op haar website volgt dat het RIVM zeer hecht aan haar onafhankelijkheid en aan wetenschappelijke integriteit:

Zie:

- http://www.rivm.nl/RIVM/Missie_en_Strategie/Onafhankelijkheid;
- [http://www.rivm.nl/RIVM/Missie_en_Strategie/Wetenschappelijke integriteit](http://www.rivm.nl/RIVM/Missie_en_Strategie/Wetenschappelijke_integriteit).

- 3.28 Het RIVM meet en berekent, overeenkomstig de wettelijke beoordelingssystematiek zoals opgenomen in de Regeling beoordeling luchtkwaliteit 2007, jaarlijks hoeveel overschrijdingen van de grenswaarde voor luchtkwaliteit er optreden en verwacht worden. Daarnaast geeft het RIVM vanuit wetenschappelijke optiek aanvullende informatie die relevant is voor (politieke) besluitvorming over luchtkwaliteit en de beoordeling van de gevolgen van de luchtkwaliteit voor de gezondheid van burgers in Nederland. Zo besteedt het RIVM in de NSL-monitoringsrapportages aandacht aan de kans op overschrijdingen van de grenswaarden, gebaseerd op aanvullende beoordelingsmethoden, en heeft het RIVM op verzoek van de regering in relatie tot de ingevoerde snelheidsverhogingen naar 130 km/uur ook een rapport uitgebracht over de kans op overschrijding van de grenswaarden.

Zie:

- RIVM, NSL-monitoringsrapportage 2017, bijlagen 4 en 5 (prod. St. 8);
- RIVM, Kans op overschrijding van de wettelijke grenswaarden langs het hoofdwegennet na de snelheidsverhogingen in 2016 (prod. MD 2)

- 3.29 Uiteraard wordt deze informatie betrokken bij de beleidsontwikkeling op gebied van luchtkwaliteit. Daarnaast geeft deze informatie inzicht in kwaliteit van de modellen en kan deze gebruikt worden voor de verdere verbetering ervan. Deze informatie leent zich echter naar zijn aard niet als een kader om te bepalen of door de Staat te nemen of genomen (feitelijke) maatregelen aanvaardbaar zijn of niet. Die beoordeling volgt niet uit de wetenschappelijke gegevens die door het RIVM worden geleverd.

Zie in deze zin ook brief RIVM d.d. 2 oktober 2017 aan het Ministerie van I&M inzake beoordeling werkwijze luchtkwaliteit (prod. St. 13), waarin met betrekking tot het voorgaande het volgende wordt opgemerkt:

“Welke overschrijdingskansen aanvaardbaar is, kan het RIVM niet aangeven. Wel kan het RIVM de consequenties van verschillende keuzes onderzoeken en rapporteren.”

En

“Welke toename in overschrijdingskansen aanvaardbaar is moet ook in dit geval worden beoordeeld en is wederom een politiek/beleidsmatige keuze.”

- 3.30 Anders dan de voorzieningenrechter aanneemt in rov. 5.3 van het Vonnis heeft het RIVM niet een visie met betrekking tot vraag welke kans op verwachte overschrijding (nog) wel of niet aanvaardbaar is. Wel een missie en een bij wet voorziene opdracht, namelijk het verrichten van onafhankelijk onderzoek op het gebied gezondheid en milieu. Het RIVM adviseert de Staat dan ook regelmatig op het gebied van

luchtkwaliteit. Het RIVM kan echter niet beslissen – of haar visie geven – op de vraag welke overschrijdingskans nog acceptabel is of niet. Dat is niet aan het RIVM omdat het een politiek/bestuurlijke en beleidsmatige keuze vereist is, niet een keuze inzake onderzoeksmethoden of - technieken.

- 3.31 Verder is van belang op te merken dat, uitgaande van het bepaalde in rov. 5.3 van het Vonnis, de visie van het RIVM een overwegende invloed krijgt op de uitvoering van een door een bewindspersoon genomen besluit; ook een besluit dat formele rechtskracht heeft. De visie van het RIVM is immers doorslaggevend geworden waar het gaat om de vraag of de (feitelijke) maatregelen genomen kunnen worden die op basis van het (onherroepelijk) besluit genomen zouden kunnen worden. Bijzonder daarbij is ook dat omdat sprake is van de introductie van een bovenwettelijke toets, er geen rechter of arbiter is die zich op basis van een verzoek of vordering van Milieudefensie c.s., de Staat of een derde belanghebbende, kan uitlaten over de vraag of de door het RIVM uitgevoerde beoordeling wel op een juiste wijze is uitgevoerd en of deze wel in overeenstemming is met geldende wet- en regelgeving. Dat laatste is niet verrassend omdat in het Vonnis een bovenwettelijke toets is geïntroduceerd. Het is echter ook zorgelijk omdat hiermee het voor een rechtsstaat kenmerkende systeem van 'checks and balances' wordt doorbroken.
- 3.32 Tot slot wijst de Staat erop dat de in rov. 5.3 neergelegde bovenwettelijke toets - indien vanwege de toets geen uitvoering zou kunnen worden gegeven aan een (onherroepelijk) besluit - economisch ongewenste gevolgen kan hebben en ook een maatschappelijk impact die ongewenst is. Gevolgen die het RIVM gezien het bepaalde in rov. 5.3 niet meeneemt - en ook niet mee kan nemen - bij de beoordeling van de vraag of een door of namens de Staat te nemen (feitelijke) maatregel leidt tot een statistisch verwachte overschrijding van de grenswaarden. Een onwenselijke situatie.

Conclusie

- 3.33 Gezien het voorgaande is de Staat van oordeel dat rov. 5.3. geen stand kan houden en moet worden vernietigd.

Grief 2 Rov. 5.3 is te onbepaald en leidt tot rechtsonzekerheid

- 3.34 Als gezegd, de voorzieningenrechter verbiedt de Staat elke maatregel te treffen of te doen treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot een overschrijding van de grenswaarden voor NO₂ en PM₁₀ zal leiden.
- 3.35 Niet duidelijk is wat bedoeld is met het woord "maatregelen". Omvat dit enkel en alleen de feitelijke maatregelen die genomen worden in vervolg op een door de betrokken minister of staatssecretaris genomen besluit of ook het besluit dat is of wordt genomen? Naar het oordeel van de Staat ligt het meest voor de hand dat hier de feitelijke maatregelen zijn bedoeld die worden genomen in vervolg op een (onherroepelijk) besluit. Immers, alleen deze feitelijke maatregelen – zoals de

plaatsing van een verkeersbord 130 km/uur, waarna automobilisten ook overeenkomstig deze snelheid kunnen gaan rijden op het betreffende deel van de snelweg - kunnen ertoe leiden dat er een hoeveelheid NO₂ of PM₁₀ wordt uitgestoten die zonder deze feitelijke maatregelen niet zou zijn geëmitteerd. Het is echter niet duidelijk of met het woord "maatregelen" ook enkel en alleen feitelijke maatregelen zijn bedoeld. Overigens, indien dat wel het geval is, zorgt dit voor de zeer ongelukkige situatie dat een "maatregel" twee keer onderwerp van discussie wordt. Eenmaal in het kader van het door de betrokken bewindspersoon genomen besluit en de daaraan voorafgaande wettelijk voorgeschreven toets op grond van artikel 5.16 van de Wet milieubeheer, en eenmaal aan de hand van het Vonnis.

- 3.36 De hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid van het bepaalde in in rov. 5.3, maakt dat de beoordeling van de Staat of in overeenstemming met het vonnis wordt gehandeld steeds voor discussie vatbaar is. Dat is niet in het belang van de bij deze procedure betrokken partijen, maar ook niet van derden. Er is sprake van rechtsonzekerheid.
- 3.37 Ook is nagelaten het verbod te begrenzen in tijd, waardoor het onbeperkt zou kunnen doorlopen. Aangezien ook bij concentraties ver onder de grenswaarden overschrijdingen "statistisch verwacht" kunnen worden kan dit grote gevolgen blijven hebben, ook als overal in Nederland aan de grenswaarde wordt voldaan.
- 3.38 Ook is, zoals hiervoor aangegeven, er geen sprake van een heldere of eenduidige visie van het RIVM die kan worden toegepast om te beoordelen of verwacht moet worden dat maatregel een statistische verwachte overschrijding oplevert. Het RIVM gebruikt meerdere methoden om de statistische kans op een overschrijding in beeld te brengen.³ Deze methoden zijn allen bruikbaar om een trendmatig beeld van het luchtkwaliteitsbeleid weer te geven. Zij geven echter niet alleen een zeer afwijkend resultaat als deze methoden op individuele maatregelen worden toegepast, ook kennen deze methoden zelf de nodige onzekerheden; niet verrassend omdat iedere meting, berekening of model inherente onzekerheden kent en bij de gebruikte methoden verschillende aannamen moeten worden gedaan. Het RIVM heeft bovendien aangegeven dat voor alle methoden nog een nadere invulling noodzakelijk is om tot een oordeel te komen over de vraag welke kans op overschrijding nog aanvaardbaar is en welke niet:

"Welke overschrijdingskans aanvaardbaar is, kan het RIVM niet aangeven. Wel kans het RIVM de consequenties van verschillende keuzes onderzoeken en rapporteren."

En

³ Zie onder meer RIVM Monitoringsrapportage NSL 2017, p. 60-61 en bijlagen 4 en 5.

“Welke toename in overschrijdingskans aanvaardbaar is moet ook in dit geval worden beoordeeld en is wederom een politiek/beleidsmatige keuze.”

Brief RIVM d.d. 2 oktober 2017 aan het Ministerie van I&M inzake beoordeling werkwijze luchtkwaliteit. (prod. St. 13)

- 3.39 Beslist moet dus nog worden welke verwachtingswaarde als acceptabel moet worden beschouwd. Ook in het geval de Staat naar zijn oordeel een redelijke invulling geeft aan rov. 5.3 van het Vonnis kan dit gezien de onzekerheid die het bepaalde in rov. 5.3 met zich brengt, tot discussie leiden met Milieudefensie c.s. (en derden). Er is derhalve sprake van rechtsonzekerheid, hetgeen niet in belang is van procespartijen.
- 3.40 Tot slot wijst de Staat erop dat omdat het Vonnis alleen de Staat bindt, er een verschil ontstaat tussen het toetsingskader dat geldt voor de Staat, althans de betrokken bewindslieden, - uitgaande van het Vonnis - en het kader dat geldt voor de overige bestuursorganen, op basis van artikel 5.16 Wet milieubeheer. Een onwenselijke situatie.
- 3.41 Gezien het voorgaande is het in rov. 5.3 neergelegde verbod te ongericht, te onbepaald en leidt het bepaalde in deze rechtsoverweging tot rechtsonzekerheid, hetgeen onwenselijk is. De Staat concludeert dan ook tot vernietiging van dit deel van het Vonnis.

4 Bewijsaanbod

De Staat biedt – uitsluitend en voor zover op grond van artikel 150 Rv de bewijslast op hem rust – bewijs aan van zijn stellingen, door alle middelen rechtens, in het bijzonder door middel van deskundigen en getuigen, zonder daarmee een bewijslast op zich te willen nemen die op hem behoort te rusten.

5 Conclusie

De Staat verzoekt uw Hof het vonnis dat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag op 7 september 2017 onder zaaknummer/rolnummer C/09/532971 / KG ZA 17/644 heeft gewezen en dat onderwerp vormt van deze appelprocedure, te vernietigen voor zover het betreft het in rechtsoverweging 5.3 bepaalde en hetgeen daaraan in het vonnis ten grondslag is gelegd, opnieuw rechtdoende, deze vordering van Milieudefensie c.s. alsnog af te wijzen, met veroordeling van Milieudefensie c.s. in de proceskosten van dit hoger beroep, waaronder begrepen de nakosten van telkens € 131 (in het geval van betekening van het arrest te verhogen met € 68), met de bepaling dat over de proceskostenveroordelingen, de nakosten daaronder begrepen, wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na de datum van

het te dezen te wijzen arrest, en met verklaring dat het arrest uitvoerbaar bij voorraad zal zijn.



advocaat

Overzicht producties:

- Prod. St. 8: NSL Monitoringsrapportage 2017, 30 oktober 2017.
- Prod. St. 9: brief van Staatssecretaris van IenW aan de Tweede Kamer van 30 oktober 2017, met bijlage.
- Prod. St. 10: conclusie van antwoord bodemprocedure Staat/Milieudefensie c.s.
- Prod. St. 11: pleitnota bodemprocedure Staat/Milieudefensie c.s. d.d. 14 november 2017.
- Prod. St. 12: brief RIVM aan het ministerie van IenM van 30 oktober 2017.
- Prod. St. 13: brief RIVM aan het ministerie van IenM van 2 oktober 2017.

behandeld door	G.J.H. Houtzagers, R.D. Reinders en E.H.P. Brans
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	(070) 515 32 32
fax	(070) 515 30 66
e-mail	ehp.brans@pelsrijcken.nl
zaaknr	11006416