

Bijlage 3

Volgens de regels

Vervolgadvies over de rechtsbescherming onder het
nieuwe normen- en handhavingstelsel voor Schiphol

Prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels
Universiteit van Tilburg

Maart 2010

1 Inleiding

In mei 2009 heb ik op verzoek van het ministerie van Verkeer en Waterstaat een advies uitgebracht over de plannen voor een nieuw normen- en handavingsstelsel voor Schiphol, meer bepaald over de rechtsbescherming in dat voorgenomen stelsel. De belangrijkste conclusie was dat het nieuwe stelsel geen wijziging brengt in de formele kant van de rechtsbescherming, maar wel in de materiële kant. De rechtsbescherming zou op dat punt anders, maar niet per se zwakker worden. Veel zou afhangen van de precieze vormgeving van het stelsel, met name de wijze waarop normstelling en handhaving vorm zouden krijgen. Voorzien was reeds dat eerst een experiment zou worden uitgevoerd en dat daarna definitieve regels zouden worden vastgesteld. Inmiddels is een opzet voor de regelgeving, uitvoering en handhaving onder het experiment gemaakt, neergelegd in een brief van Alders, van maart 2010, aan de ministers van Verkeer en Waterstaat en VROM, inclusief de daaraan toegevoegde bijlage 2. Over de rechtsbeschermingsaspecten van deze opzet gaat dit vervolgadvisie.

NB: na het experiment zou er, mits het experiment slaagt, een definitieve regeling en bijbehorende definitieve uitvoerings- en handavingsopzet moeten komen, die mede zijn gebaseerd op ervaringen tijdens het experiment. Dit advies geldt alleen de fase van het experiment en dus niet het uiteindelijke stelsel.

2 Commentaar bij de brief van Alders van maart 2010

Algemeen

In grote lijnen kent het stelsel voor de experimentfase, dat in een vergevorderd stadium, maar nog niet helemaal gereed is, voldoende concreetheid en duidelijkheid om reële rechtsbescherming te bieden aan omwonenden. Op een aantal hierna te bespreken punten is evenwel verdere uitwerking en/of verduidelijking geboden.

Aantalsnormen

Een belangrijke nog te maken keuze betreft de aantalsnormen. Op p. 5 van de brief wordt gesteld dat aantalsnormen lastig te bepalen zijn en thans ook nog niet zijn vastgesteld. Het spreekt vanzelf dat het voor de rechtsbescherming van eminent belang is dat deze normen tijdig worden vastgesteld of dat een alternatief wordt gevonden dat even duidelijk is, althans een alternatief dat de rechtsbescherming van omwonenden in voldoende mate waarborgt.

Handhaving en bijstelling normen tijdens experiment

Het experiment wordt uitgevoerd volgens daarvoor opgestelde regels, maar in een situatie waarin tegelijk de vigerende wettelijke normen moeten worden geëerbiedigd. Dit brengt een zekere spanning mee. Op p. 8, eerste alinea, staat wat er moet gebeuren wanneer tijdens het experiment de thans geldende wettelijke grenswaarden voor een of meer handavingspunten worden overschreden. Bij een *bedoeld* effect van het experiment 'wordt de grenswaarde aangepast.' In de tweede alinea staat echter dat in zo'n geval 'een vervangende grenswaarde [zal] worden aangevraagd middels het experimenteerartikel uit de Wet Luchtvaart (8.23a).' Hierover zal een advies van de Alderstafel worden gevraagd en inspraak worden geboden. Als echter al vaststaat dat de grenswaarde zal worden aangepast, is deze procedure een rituele dans. Ik adviseer daarom deze passage aan te passen in die zin

- dat bij dreigende overschrijding van een grenswaarde tijdig een aanvraag wordt ingediend voor een vervangende grenswaarde;
- deze bij een positief besluit wordt aangepast;
- dat als op die aanvraag voor een vervangende grenswaarde negatief wordt beslist, de regels van het experiment zullen worden bijgesteld teneinde verdere overschrijding te voorkomen.

3 Commentaar bij bijlage 2 behorende bij de brief van Alders van maart 2010

Baanpreferentie: tabellen en regels

Op de p. 1-2 worden de baanpreferentietabellen besproken. Afwijkingen van de tabellen zijn, kort samengevat, toegestaan wanneer (extreme) weersomstandigheden, de veiligheid of de doelmatigheid daartoe aanleiding geven. Vervolgens worden de regels besproken inzake baanpreferentie. Ofschoon ik het stelsel terzake in het algemeen duidelijk en uit een oogpunt van rechtsbescherming aanvaardbaar vind, zijn er enkele zwakke, nog te wijzigen dan wel te verduidelijken punten.

De tekst over het nachtrecht, op p. 2-3, is onduidelijk. Eerst wordt gesteld dat zuidelijk gebruik uit een oogpunt van zo gering mogelijke geluidhinder wenselijk is, maar dat dit op 'operationele en milieutechnische bezwaren' stuit. Die worden vervolgens toegelicht. Begrijp ik het goed, dan wordt hier het ene milieuaspect (geluidhinder) afgewogen tegen het andere (uitstoot) plus enige vertraging. Dit kan een goede afweging zijn, maar in de algemene bewoordingen die ter plaatse zijn gebruikt, wordt niet duidelijk waarom de afweging dit resultaat moet hebben. Gaat het bij een keuze voor zuidelijk gebruik gedurende de nacht bijvoorbeeld om geringe winst op het punt van de geluidhinder tegenover ernstige extra luchtverontreiniging?

Op p. 3 onderaan, verdergaand op p. 4, worden vier situaties genoemd waarin een minder preferente combinatie kan worden gehanteerd. De situaties onder c en d worden niet toegelicht. Gaat het bij c louter om het niet beschikbaar stellen vanwege onderhoud (en ook slechts zolang als voor dat onderhoud nodig is) of ook om andere redenen? In het laatste geval: kan de luchthaven aldus het stelsel frustreren zonder dat omwonenden en de IVW daartegen iets kunnen doen? Wat betreft d: in welke gevallen kan een baan 'niet bruikbaar' worden geacht door de luchtverkeersleiding? Het is met het oog op vertrouwen bij omwonenden, maar ook voor hun materiële rechtspositie van belang dit soort criteria hetzij uit te werken, hetzij duidelijk toe te lichten.

Eveneens voor de rechtsbescherming van belang is het uitwerken van het begrip 'tijdig' (p. 4 en 5). Ik begrijp dat dit nu nog niet goed mogelijk was en dat dit gedurende het experiment zal worden gedaan, maar dat doet aan de zwakte van dit punt niet af.

Inzet tweede start- of landingsbaan

Op p. 7 wordt aangegeven dat het in de praktijk om legitieme redenen nodig kan zijn af te wijken van de regels voor de inzet van een tweede start- of landingsbaan. Om bepaalde 'effecten op te kunnen vangen geldt er bij de handhaving een zogenaamde hardheidsclausule in de vorm van een overschrijdingsmarge.' Verderop op p. 7 wordt gesteld dat een overschrijdingsmarge van een half uur wordt gehanteerd, waaraan geen consequenties worden verbonden, dat bij een overschrijding van een half uur tot een uur per dag een oorzakenanalyse zal worden uitgevoerd en dat pas bij overschrijdingen van een uur of meer een sanctie of maatregel volgt.

Ik vraag mij sterk af of deze benadering juridisch houdbaar is. Hiermee worden de regels namelijk in zekere zin op voorhand ontkracht: overschrijding mag niet, maar bij

overschrijdingen tot een uur volgt geen handhaving. Ernst, omvang en oorzaken van de overschrijding worden hierbij wat de handhaving betreft irrelevant gemaakt zolang de overschrijding maar niet langer is dan een uur per dag. Gelet op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak RvS inzake wat in de literatuur wel wordt genoemd ‘de beginselplicht tot handhaving’ lijkt de beschreven aanpak niet toegestaan, omdat daarmee door de handhavende instantie de regel (in een bepaalde mate) terzijde wordt gesteld. Anderzijds is het volgens de bestuursrechtspraak niet zo dat op elke normoverschrijding een sanctie hoeft te volgen. Afhankelijk van de ernst en omvang, de oorzaken en de bij (strikte) handhaving respectievelijk het afzien daarvan gediende belangen is er ruimte om niet te handhaven; artikel 3:4 Awb draagt bestuursorganen immers op de direct bij een besluit betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De grens is dat een regel *per definitie* in het geheel of, zoals in dit geval, in een bepaald mate niet wordt gehandhaafd. Die grens lijkt hier echter wel te worden gepasseerd. De handhaving bij overschrijdingen tot een bepaald niveau wordt immers op voorhand ‘weggeven’.¹ Om dit te voorkomen, zou ten minste moeten worden aangegeven dat, rekening houdend met ernst, omvang en oorzaken van overschrijdingen, bij geringe overschrijdingen (tot een half uur) slechts handhavend wordt opgetreden wanneer bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven (het in een bepaalde periode veel voorkomen van die overschrijding bijvoorbeeld) en dat bij overschrijdingen tussen een half uur en een uur in beginsel geen sanctie volgt tenzij er ofwel geen (tijdige) oorzakenanalyse plaatsvindt of de analyse aanleiding geeft om in dit geval wél tot handhaving over te gaan. Dit zal in de praktijk wellicht niet heel veel verschillen van de in de brief voorgestelde werkwijze, maar is juridisch mijns inziens noodzakelijk, omdat handhaving bij overschrijdingen van minder dan een uur alsdan niet langer wordt uitgesloten.

Een opmerking van meer technische aard is dat de term ‘hardheidsclausule’ niet past in het kader van een handhavingsbeleid; een dergelijke clausule kan in regelgeving worden opgenomen. Wanneer in de regelgeving een hardheidsclausule zou worden opgenomen, zou het toepassen ervan leiden tot het resultaat dat in dat geval geen overschrijding van de wettelijke norm plaatsvindt: die norm bevat immers zelf de in de hardheidsclausule vervatte afwijkingsmogelijkheid.² Van handhaving kan in zo’n geval geen sprake zijn, omdat er geen sprake van een overtreding is. In de brief zal wellicht zijn bedoeld dat ingeval de regel géén hardheidsclausule kent, ook bij geringe normoverschrijdingen van onwettig handelen sprake is, waartegen in beginsel handhavend zou moeten worden opgetreden en dat om die reden een zekere marge in de sfeer van de handhaving ‘moet’ worden ingebouwd. Zie over de ruimte daarvoor bovenstaand commentaar.

Verdeling van het verkeer

Bij de handhaving van de regels inzake de verdeling van het verkeer (p. 8-9) wordt een vergelijkbare aanpak als bij de inzet van een tweede start- of landingsbaan gevolgd: casu quo geen handhaving bij overschrijdingen van 5%, maar wel een verplichte oorzakenanalyse als de overschrijding tussen de 2% en 5% bedraagt. Hier is *mutatis mutandis* hetzelfde commentaar van toepassing als boven gegeven.

¹ Een alternatief voor de in de brief beschreven aanpak zou zijn dat de thans voorziene norm wordt omgezet van een grenswaarde in een streefwaarde, terwijl de thans voorziene norm *plus* overschrijding van maximaal een uur dan de harde grenswaarde wordt waarop (strikt) wordt gehandhaafd. Men bouwt dan de flexibiliteit al in de regel in.

² NB: een hardheidsclausule mag alleen in gevallen van kennelijke hardheid worden toegepast, dat wil zeggen in uitzonderlijke gevallen waarin de normale toepassing van de regel tot een zeer onevenredige uitkomst zou leiden. Een hardheidsclausule mag niet worden gebruikt om de wettelijke grenswaarde op te rekken.

Vierde baan

In de brief is op p. 9 vermeld: ‘Op dit moment is er echter nog geen eensluidend inzicht over de definitie die hierbij het beste aansluit. Tijdens het experiment worden daarom de werkbaarheid (uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid), als ook het aantal bewegingen dat volgens de definitie wordt geteld van een tweetal definities onderzocht.’ Voor de rechtsbescherming onder het uiteindelijke stelsel is het van belang dat er heldere definities komen. Voor het uitvoeren van het experiment zijn de op p. 9 gegeven voorlopige (uit te testen) definities mijns inziens voldoende duidelijk.

4 Conclusie

In grote lijnen kent het stelsel voor de experimentfase, dat in een vergevorderd stadium, maar nog niet helemaal gereed is, voldoende concreetheid en duidelijkheid om reële rechtsbescherming te bieden aan omwonenden.

Op een aantal punten is evenwel verdere uitwerking en/of verduidelijking geboden. Die zijn hierboven aangegeven. Ze betreffen de aantalsnormen, de handhaving en bijstelling van normen tijdens het experiment, de regels en de handhaving daarvan betreffende baanpreferentie, de inzet van een tweede start- of landingsbaan en de verdeling van het verkeer alsmede de definitie van vierde baan.