

ANTICIPEREND HANDHAVEN VAN HET NIEUWE NORMEN- EN HANDHAVINGSSTELSEL SCHIPHOL

Groningen / Oranjestad (AW) - Amsterdam, 20 februari 2020
prof. mr. H.E. Bröring & prof. dr. A.R. Neerhof

BEANTWOORDING VAN DE ZES VOORGELEGDE VRAGEN

In afwachting van de inwerkingtreding van het nieuwe LVB-1, waarmee het Nieuwe Normen- en Handhavingstelsel (NNHS) de status van wettelijk voorschrift op het niveau van een algemene maatregel van bestuur (amvb) zal krijgen, wordt dit NNHS anticiperend gehandhaafd. Met het oog op dit anticiperend handhaven heeft de Tweede Kamer gevraagd om beantwoording van de volgende vragen.

- 1. Welke betekenis heeft anticiperend handhaven voor de rechtspositie van burgers?*
- 2. Op welke wijze kan worden voorkomen dat (langdurig) anticiperend wordt gehandhaafd?*
- 3. Hoe verhoudt bij Schiphol de beginselplicht tot handhaving zich tot het handhavingsvacuüm dat is ontstaan door de gedoogsituatie van anticiperend handhaven?*
- 4. Welke mogelijkheden zijn er om het handhavingsvacuüm bij Schiphol op te lossen?*
- 5. Welke mogelijkheden zijn er om, in afwachting van LVB-1, het nieuwe normen- en handhavingstelsel (NNHS) bij Schiphol versneld wettelijk in te voeren? Zou een tijdelijk kader hierin kunnen voorzien?*
- 6. Welke voor- en nadelen heeft versnelde / tijdelijke invoering van het NNHS bij Schiphol?*

Gegeven de fundamentele positie in een democratische rechtstaat van de wet was er op voorhand de veronderstelling dat anticiperend handhaven van normen die nog niet als wettelijk voorschrift gelden moet wijken voor handhaving van de op dit moment geldende wetgeving (par. 1.3). Vervolgens is in het raamwerk van een aantal leerstukken nagegaan of er valide redeneringen kunnen worden ontwikkeld die een uitzondering op het vaste stramien rechtvaardigen. Dat blijkt niet goed mogelijk.

Crux is dat het NNHS op dit moment de status van beleid heeft; niet van wetgeving, voor zover wij hebben reconstrueren ook niet op basis van de in de Wet luchtvaart neergelegde experimenteerbepaling (par. 2 en 3).

Het te zijner tijd terugwerkende kracht toekennen aan nieuwe wetgeving en het op die basis handhaven van normen (in casu: het NNHS) die op dit moment de status van wettelijk voorschrift missen is, behoudens uitzonderingen die hier niet aan de orde zijn, onaanvaardbaar (par. 4).

Eveneens onaanvaardbaar is het handhaven van buitenwettelijke normen van het NNHS door middel van anticiperende interpretatie door de rechter van de huidige wetgeving (eveneens par. 4).

Voorts is geconcludeerd dat het NNHS niet kan worden beschouwd als buitenwettelijk begunstigend beleid (contra legem) dat op grond van met name het gelijkheidsbeginsel boven de huidige wetgeving kan prevaleren. Daarbij is van bijzondere betekenis dat het NNHS vergeleken met de huidige wetgeving niet voor iedereen een vooruitgang betekent. Om dezelfde reden kan het NNHS evenmin ingevolge het evenredigheidsbeginsel prevaleren boven de huidige wetgeving (par. 5).

In een strikte opvatting lijkt gedogen dan wel partieel handhaven van het LVB, gelet op de beginselplicht tot handhaving, juridisch gezien geen haalbare kaart. Legalisatie op korte termijn ligt onvoldoende concreet in het verschiet en belangen van bepaalde burgers worden er door aangetast. Het kan echter zijn dat in het kader van een belangenafweging, waar duidelijk is dat het NNHS in het algemeen duidelijk gunstiger is voor omwonenden dan de huidige geldende wetgeving, zoveel gewicht aan de belangen van deze omwonenden die van het NNHS profiteren én aan de belangen

van Schiphol wordt gehecht, dat daarin volgens de rechter ruimte voor gedogen kan worden gevonden (par. 6).

Het maken van bindende privaatrechtelijke afspraken over de te hanteren geluidsnormen die grenzen stellen aan het vliegverkeer en/of handhaving daarvan is geen juridisch haalbare optie. Het druist in tegen het publiekrechtelijke kader dat volgens jurisprudentie in beginsel het primaat heeft (par. 7).

Via een laagdrempelige procedure bij de bestuursrechter kan een omwonende afdwingen dat de minister in geval van overtreding van het LVB een herstelsanctie oplegt aan de overtreder en dat zij die herstelsanctie effectueert. De omwonende staat sterk, gelet op de beginselplicht tot handhaving en tot effectuering van een opgelegde herstelsanctie. In het kader van anticiperend handhaven van het NNHS staat hij juist heel zwak (par. 8).

De par. 2-8 sluiten alle af met een tussenconclusie. Op basis van deze paragrafen en bijbehorende tussenconclusies kunnen de door de Tweede Kamer gestelde vragen als volgt worden beantwoord.

1. Welke betekenis heeft anticiperend handhaven voor de rechtspositie van burgers?

In het algemeen geldt dat anticiperend handhaven van normen die nog niet als wettelijke normen gelden en dat gepaard gaat met (partieel) gedogen van geldende wetgeving juridisch niet mogelijk is als rechten die bepaalde burgers hebben onder de geldende wetgeving daardoor worden aangetast. Anticiperend handhavend optreden tegen gedragingen die onder de geldende wetgeving geen overtreding zijn, is zonder meer geen optie. De rechtszekerheid wordt erdoor aangetast en van een adressaat van nog niet geldende wetgeving kan niet worden gevergd zich daaraan te houden en niet aan de huidige wet en nadere wetgeving. Dit heeft consequenties voor mogelijkheden tot anticiperend handhaven van het NNHS.

Een deel van de omwonenden – het overgrote deel van de omwonenden, zo wordt aangenomen – zal qua geluidbelasting met het NNHS beter af zijn dan met de huidige wetgeving. Echter, wat betreft hun *rechtspositie* waarnaar de Tweede Kamer nadrukkelijk vraagt is duidelijk dat handhaving van de huidige wetgeving meer rechtszekerheid verschaft. Sterker nog, handhaving van normen die geen wettelijke status hebben of niet tot een wettelijk voorschrift zijn te herleiden, zoals de normen van het NNHS dat nog niet als wetgeving in werking is getreden, kunnen rechtens niet worden gehandhaafd, omdat geen sprake kan zijn van een overtreding in de zin van art. 5:1 lid 1 Awb: “een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij op krachtens enig wettelijk voorschrift.”

Handhavend optreden is immers alleen mogelijk in geval van een overtreding, hier van de Wet luchtvaart of een daarop gebaseerd voorschrift. Belanghebbende burgers kunnen rechtens alleen naleving van de huidige wetgeving afdwingen, niet (ook) naleving van komende wetgeving. Zij kunnen weliswaar om naleving van het NNHS vragen, maar honorering van hun verzoek is – voor zover het NNHS van de huidige wetgeving afwijkt – een kwestie van welwillendheid van de adressaat van het NNHS (kort gezegd: Schiphol). Dit, omdat Schiphol waar deze zich niet aan het NNHS maar wel aan de huidige wetgeving houdt, zich niet schuldig maakt aan een overtreding in de zin van de wet. In samenhang hiermee zal van Schiphol juridisch niet kunnen worden gevergd zich niet aan de wet maar aan het NNHS te houden.

Alternatieven zoals het te zijner tijd toekennen van terugwerkende kracht van nieuwe wetgeving en het op die basis op dit moment handhaven van het NNHS, anticiperende interpretatie door de rechter en het als buitenwettelijk begunstigend beleid toepassen van NNHS contra legem zijn rechtens niet geoorloofd.

Omdat alleen de huidige wetgeving en maatregelen als bedoeld in art. 8.22 Wet luchtvaart kunnen worden gehandhaafd, en het NNHS niet, heeft anticiperend handhaven van laatstbedoelde normen mogelijk als nadeel dat het voor het burgers nog moeilijker is om hun rechtspositie te doorgronden dan in het normale systeem van enkel handhaven van geldende wetgeving en daarop gebaseerde besluiten. Waar gesproken wordt van anticiperende handhaving (van normen die juridisch nog niet gelden) worden burgers op het verkeerde been gezet, omdat de desbetreffende buitenwettelijke normen immers in juridisch opzicht niet gehandhaafd kunnen worden.

Voor veel burgers zal het – normale en geldende – stelsel van handhaving van de huidige grenswaarden – en art. 8.22-maatregelen – al moeilijk te vatten zijn (hoe kom je er bijvoorbeeld achter dat een grenswaarde is overschreden? is handhaving niet vooral een kwestie van de put dempen als het kalf is verdronken?). Met het anticiperend handhaven van het NNHS zal de transparantie (nog) verder afnemen.

2. Op welke wijze kan worden voorkomen dat (langdurig) anticiperend wordt gehandhaafd?

Het eenvoudige algemene antwoord is dat wie normen van toepassing en afdwingbaar wil laten zijn, dient te bevorderen dat deze normen zo spoedig mogelijk als wettelijke voorschriften in werking treden. Dit geldt zeker als anticiperend handhaven juridisch niet mogelijk is. En anticiperend handhaven is in de regel niet mogelijk. De reden hiervoor is dat zij veelal óf strijd oplevert met de door de rechter aangenomen beginselplicht tot handhavend optreden tegen gedragingen die naar geldende wetgeving overtredingen zijn óf in strijd is met de legaliteits eis doordat handhavend wordt opgetreden tegen gedragingen die volgens die wetgeving geen overtredingen zijn.

Nu het NNHS al is vastgesteld, komt het dus aan op het regelen van de inwerkingtreding op korte termijn. Lukt dat om de een of andere reden niet, dan resteert het op de huidige voet doorgaan, waarbij beseft moet worden dat rechtens alleen de huidige wetgeving en art. 8.22-maatregelen kunnen – en moeten – worden gehandhaafd. Dit geldt evenzeer wanneer het anticiperend gedogen – want dat is de keerzijde van anticiperend handhaven – in een beleidsregel zou worden neergelegd. De werkingsduur van een dergelijke beleidsregel zou aan een termijn moeten gebonden, gekoppeld aan de vaststaande datum waarop het nieuwe LVB-1 in werking treedt, waarbij die datum niet te ver in de toekomst mag zijn gelegen. In de huidige situatie wordt niet aan deze voorwaarden voldaan.

Wat betreft de mogelijkheid van een beleidsregel ter toelichting dit. Het NNHS kan niet als rechtsgeldige beleidsregel voor het anticiperend toepassen van komende normen worden beschouwd voor zover met de beleidsregel van de huidige wetgeving wordt afgeweken. In zoverre een inbreuk op deze geldende wetgeving wordt gemaakt, zou het NNHS als beleidsregel namelijk overbindend zijn. Omdat het NNHS niet jegens iedereen als gunstig beleid kan worden aangemerkt, zou de onverbindende beleidsregel vervolgens evenmin als buitenwettelijk begunstigend beleid kunnen worden toegepast (zie het antwoord op vraag 1). Een eventuele beleidsregel moet daarom worden opgevat als een beleidsregel over gedogen ter invulling van de bevoegdheid of bevoegdheden om een sanctie op te leggen. Zoals hierboven is geconcludeerd, wordt in dit geval echter niet voldaan aan de voorwaarden waaraan een dergelijke gedoogbeleidsregel dient te voldoen.

3. Hoe verhoudt bij Schiphol de beginselplicht tot handhaving zich tot het handhavingsvacuüm dat is ontstaan door de gedoogsituatie van anticiperend handhaven?

Bij een strikte opvatting van de beginselplicht tot handhaving zien wij geen mogelijkheden tot (partiële) handhaving van de huidige wetgeving. Er ontbreekt een concreet zicht op legalisatie. Belangen van bepaalde omwonenden zullen erdoor worden aangetast. Ook het buiten toepassing laten van de huidige wetgeving door de minister is niet aanvaardbaar. Bij de rechter zal dat geen standhouden. Dat heeft twee redenen. Het is de regering die regels op orde moet brengen, mocht bij de minister de overtuiging bestaan dat de gestelde regels (deels) in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel of andere beginselen. Buiten toepassing laten door de minister is hier bovendien problematisch omdat dat weliswaar ten voordele zal zijn voor bepaalde omwonenden, maar andere kan benadelen.

Hierbij tekenen wij aan dat wanneer onomstreden is dat het NNHS in het algemeen duidelijk gunstiger is voor omwonenden dan de huidige geldende wetgeving, naast deze belangen van veel omwonenden aan de belangen van Schiphol eventueel zoveel gewicht wordt gehecht, dat daarin ruimte voor gedogen is te vinden.

4. Welke mogelijkheden zijn er om het handhavingsvacuüm bij Schiphol op te lossen?

Alleen de huidige, geldende wetgeving en eventuele 8.22-maatregelen kunnen worden gehandhaafd. Gelet op de beginselplicht tot handhaving moeten deze als hoofdregel ook worden gehandhaafd. Hiermee is gezegd dat anticiperend handhaven van het NNHS niet mag impliceren dat overtredingen van de huidige, geldende wetgeving en eventuele 8.22-maatregelen worden gedoogd. Wil men het NNHS in plaats van deze wetgeving en maatregelen handhaven, dan vereist dat de inwerkingtreding van het nieuwe LVB-1. Privaatrechtelijke afspraken bieden geen mogelijkheid om het handhavingsvacuüm op te lossen. De bestuursrechtelijke weg van de Wet luchtvaart en daarop gebaseerde voorschriften prevaleren boven eventuele contractuele afspraken. Zulke afspraken mogen de bestuursrechtelijke weg niet doorkruisen, onder meer niet gelet op de aan burgers toekomende rechtsbeschermingsmogelijkheden.

5. Welke mogelijkheden zijn er om, in afwachting van LVB-1, het nieuwe normen- en handavingsstelsel (NNHS) bij Schiphol versneld wettelijk in te voeren? Zou een tijdelijk kader hierin kunnen voorzien?

Het versneld invoeren van het NNHS zou betekenen dat aan het anticiperend handhaven een eind komt; de aan de orde zijnde problemen zouden worden ondervangen. Andere oplossingen dan het in werking laten treden van het nieuwe LVB-1 zijn welbeschouwd niet voorhanden. Gedacht zou kunnen worden aan gebruikmaking van de in de Wet luchtvaart opgenomen experimenteerbepaling (art. 8:23a). Voor zover wij hebben kunnen reconstrueren, was een verlenging van de (wettelijke) experimenteerregeling tot de inwerkingtreding van de definitieve regeling – zie het zesde artikellid – echter niet meer mogelijk. Een wijziging met terugwerkende kracht van art. 8.23a lid 6 Wet luchtvaart (inzake de overbruggingsregeling), die haar wel mogelijk zou maken achten wij, mede gezien de hoofdfunctie van informatieverzameling van experimenteerwetgeving, niet opportuun. Denkbaar is nog dat een nieuwe ministeriële regeling ten behoeve van een nieuw experiment zou worden uitgevaardigd. Maar wanneer ook deze op geluidsnormen en het NNHS ziet, lijkt al snel sprake te zijn van oneigenlijk gebruik van de experimentbepaling. In elk geval moet worden geconcludeerd dat het NNHS zelf geen – voor handhaving vatbare – experimenteerwetgeving behelst.

6. Welke voor- en nadelen heeft versnelde / tijdelijke invoering van het NNHS bij Schiphol?

Versnelde dan wel tijdelijke invoering heeft als voordeel dat het NNHS kan worden gehandhaafd. Zonder die invoering is die handhaving juridisch onmogelijk. Een ander voordeel van het (versneld) invoeren is dat er meer transparantie komt op het punt van de toepasselijke normen. De duidelijkheid voor de burgers is niet gediend met het huidige stelsel waarin de huidige Wet luchtvaart en het huidige LVB gelden en dat daarnaast toepassing wordt gegeven aan buitenwettelijke normen (van het NNHS) die daarmee deels in strijd zijn. Blijvende invoering heeft uiteraard als voordeel boven tijdelijke invoering dat er meer langdurig rechtszekerheid komt.

Inhoudsopgave

1. Inleiding
 - 1.1 aanleiding
 - 1.2 Vraagstelling
 - 1.3 Methode en leerstukken
2. Wettelijk en beleidskader
 - 2.1 Normen bij amvb vastgesteld; geen afwijkingsbevoegdheden
 - 2.2 Experimenteerregeling
 - 2.3 Handhavingsbevoegdheden
 - 2.4 NNHS
 - 2.5 Tussenconclusie
3. Legaliteitseis
 - 3.1 Grondslag in de wet in formele zin: bevoegdheid en normering
 - 3.2 Wettelijke normering
 - 3.3 Wettelijk handhavingsinstrumentarium
 - 3.4 Tussenconclusie
4. Terugwerkende kracht en anticipatie
 - 4.1 Rechtszekerheid
 - 4.2 Vast wetgevingsbeleid
 - 4.3 Anticiperende interpretatie
 - 4.4 tussenconclusie
5. Beleid contra legem en buitenwettelijk begunstigend beleid
 - 5.1 Geen praeter legem
 - 5.2 Het gelijkheidsbeginsel en buitenwettelijk begunstigend beleid
 - 5.3 Rol van het evenredigheidsbeginsel
 - 5.4 Tussenconclusie
6. Handhaven, partieel handhaven of gedogen
 - 6.1 Beginselplicht tot handhaving
 - 6.2 Partieel handhaven of gedogen
 - 6.3 Tussenconclusie
7. Privaatrechtelijke normstelling en handhaving
 - 7.1 Gebruik van de privaatrechtelijke in plaats van de publiekrechtelijke weg
 - 7.2 Tussenconclusie
8. Rechtsbescherming
 - 8.1 Bestuursrechtelijke mogelijkheden
 - 8.2 Tussenconclusie

Bijlage: Bronnen

1. INLEIDING

1.1 Aanleiding

De inwerkingtreding van het nieuwe Luchthavenverkeerbesluit Schiphol (LVB-1), waarmee het Nieuwe Normen- en Handhavingstelsel (NNHS) de status van wettelijk voorschrift zal krijgen, laat in verband met het sneuvelen van het Programma Aanpak Stikstof (PAS) voor een onzekere periode op zich wachten. Het NNHS wordt in het algemeen voor omwonenden van Schiphol als gunstiger beschouwd dan de huidige wettelijke geluidsnormen. Daarom wordt in afwachting van de inwerkingtreding van het nieuwe LVB-1 door de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de Inspectie voor Leefomgeving en Transport (ILT) op de komende wetgeving geanticipeerd.

Wanneer zowel de normadressaat – kort gezegd: Schiphol¹ – als alle (individuele) omwonenden het NNHS c.q. het komende LVB-1 als maatstaf accepteren, heeft het vraagstuk van anticiperend handhaven enkel een theoretisch gehalte. De praktijk laat echter beperkingen in nalevingsbereidheid zien. Bovendien impliceert de anticipatie een overschrijding van thans geldende geluidsnormen. De keerzijde van de anticiperende handhaving is dan ook dat schending van geldende wetgeving wordt gedoogd. Zie in dit verband de Kamerbrief van de minister van 28 oktober 2019: “Op basis van een oorzakenanalyse heeft de ILT geoordeeld dat de overschrijdingen van geluidsnormen in het gebruiksjaar 2018 het gevolg zijn van het vliegen volgens de regels voor strikt geluidpreferentieel baangebruik van het Nieuwe Normen- en Handhavingstelsel Schiphol (NNHS).” Dit wordt als volgt toegelicht. “In [de] rapportage [van het ILT] leest u de uitkomst dat alle overschrijdingen het gevolg zijn van het vliegen volgens de regels van het NNHS. Op basis daarvan heeft de inspecteur-generaal geen maatregel aan de luchtvaartsector opgelegd. Op 25 september 2015 heeft de staatssecretaris aan de Tweede Kamer namelijk gemeld dat er anticiperend zal worden gehandhaafd wanneer een overschrijding het gevolg is van het vliegen volgens de regels van het NNHS (zie kamerstuk 31936, nr. 296).”²

Toepassing van het NNHS met bijbehorend anticiperend handhaven gaat dus gepaard met overtredingen van wettelijke normen, welke overtredingen op basis van het NNHS door de vingers worden gezien ofwel worden gedoogd.³ Het beleid over anticiperend handhaven (van toekomstige wetgeving) is dus tevens – met name – gedoogbeleid (in het kader van de huidige wetgeving). De handhaving van de geluidsnormen zit hiermee in een spagaat. Dit betekent niet alleen onzekerheid voor de minister en de ILT, maar ook en vooral voor omwonenden. Dit laatste betreft zowel de (materiële) vraag welke normen gelden als de (formele) vraag welke rechtsbeschermingsmogelijkheden openstaan.

1.2 Vraagstelling

Tegen deze achtergrond heeft de Tweede Kamer gevraagd om beantwoording van de volgende vragen.

1. Welke betekenis heeft anticiperend handhaven voor de rechtspositie van burgers?

¹ Voorts is de Luchtverkeersleiding Nederland (LVNL) een belangrijke normadressaat.

² Brief naar aanleiding van de halfjaarlijkse ILT-rapportage over de periode 1 november 2018 tot 1 mei 2019, p. 2.

³ Rechtbank Amsterdam 17 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2443.

2. *Op welke wijze kan worden voorkomen dat (langdurig) anticiperend wordt gehandhaafd?*
3. *Hoe verhoudt bij Schiphol de beginselplicht tot handhaving zich tot het handhavingsvacuüm dat is ontstaan door de gedoogsituatie van anticiperend handhaven?*
4. *Welke mogelijkheden zijn er om het handhavingsvacuüm bij Schiphol op te lossen?*
5. *Welke mogelijkheden zijn er om, in afwachting van LVB-1, het nieuwe normen- en handhavingstelsel (NNHS) bij Schiphol versneld wettelijk in te voeren? Zou een tijdelijk kader hierin kunnen voorzien?*
6. *Welke voor- en nadelen heeft versnelde / tijdelijke invoering van het NNHS bij Schiphol?*

Deze vraagstelling, die focust op anticiperend handhaven en op de rechtspositie van burgers in dat kader, impliceert dat niet alle handhavingsaspecten met betrekking tot het NNHS worden behandeld. Zo wordt voorbijgegaan aan de vraag wie precies de normadressaten zijn, wanneer de maximale hoeveelheid geluid (MHG) wordt overschreden en wie dan, gegeven de betrokkenheid van verschillende “sectorpartijen” en “een gezamenlijke zorgplicht van de betrokkenen” (zie art. 8.18 Wet luchtvaart),⁴ als overtreders kan worden gekwalificeerd.⁵

1.3 Methode en leerstukken

De beantwoording van deze vragen vergde juridisch-analytisch onderzoek, waarbij gebruik is gemaakt van juridische literatuur, wetgeving en jurisprudentie. Een eerste oriëntatie op deze bronnen leerde dat er nauwelijks materiaal voorhanden is dat specifiek over anticiperend handhaven gaat (kennelijk gaat het om een uitzonderlijke constructie). Dit wil zeggen dat de beantwoording van de gestelde vragen op basis van een aantal algemene leerstukken van staats- en bestuursrecht diende te worden beredeneerd (juridisch-normatieve argumentatie). De beantwoording van de vragen vergde geen empirisch onderzoek.

Centraal staat het leerstuk van de rechtshandhaving. Daarmee zijn verschillende andere leerstukken verbonden. Allereerst moet, met nadruk, worden gewezen op het belang van het leerstuk van de legaliteitseis: aanstonds is duidelijk dat de gestelde vragen sterk onder invloed van deze eis staan en dat anticiperend handhaven van normen die nog niet als wettelijke normen gelden vanwege deze eis problematisch is.⁶ In de tweede plaats is het leerstuk van anticiperende normstelling in het geding; in dit verband moet worden gedacht aan de mogelijkheid van terugwerkende kracht van nieuwe wetgeving en de mogelijkheid van anticiperende interpretatie

⁴ MvT bij de Wijziging van de Wet luchtvaart in verband met de invoering van een nieuw normen- en handhavingstelsel voor de luchthaven Schiphol en enige andere wijzigingen (Wijziging Wet luchtvaart), Kamerstukken II 2014/15, 34 098, nr. 3, p. 11. Zie voorts de NvT bij het LVB NNHS, p. 2. Uit art. 8.18 Wet luchtvaart: “De exploitant van de luchthaven, de verlener van luchtverkeersdiensten en de luchtvaartmaatschappijen [...] treffen [...] zelf en in onderlinge samenwerking de voorzieningen die redelijkerwijs kunnen worden geleverd om te bewerkstelligen dat de belasting vanwege het luchthavenluchtverkeer de in artikel 8.17, vierde lid, bedoeld grenswaarden niet overschrijdt.”

⁵ Waarbij ook zou moeten gedacht aan andere overtreders dan degene die de overtreding heeft gepleegd.

⁶ Dit verklaart waarom wij geen soortgelijk ander voorbeeld van anticiperend handhaven hebben gevonden. Wel komt het voor dat een bestuursorgaan bij het nemen van beschikkingen anticipeert op komend *beleid*. Een dergelijke anticipatie vindt dan doorgaans plaats in het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid van art. 4:84 Awb. Betwijfeld kan worden of deze afwijkingsbevoegdheid zich daarvoor leent. Zie daarover A. Tollenaar, Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechterlijke toetsing aan beleid en beleidsregels, JBplus 2006, p. 175-187. Wettelijke voorschriften gaan, anders dan beleidsregels, niet vergezeld van een inherente afwijkingsbevoegdheid (ten minste niet naar huidig recht; zie ook par. 5.3).

door de rechter. In de derde plaats is er de vraag of het NNHS in het licht van het leerstuk van (in casu anticiperend) buitenwettelijk begunstigend (contra legem-)beleid boven de huidige wetgeving kan prevaleren. Ten vierde verdienen, als onderdeel van het leerstuk rechtshandhaving, de beginselplicht tot handhaving en de gedoogproblematiek bijzondere aandacht. In de vijfde plaats dient te worden gekeken naar het alternatief van privaatrechtelijke normstelling en handhaving; daarmee is het leerstuk van de zgn. tweewegenleer in het geding. In de zesde plaats komt het leerstuk van de rechtsbescherming in beeld; dan gaat het met name om de mogelijkheden voor omwonenden tot het maken van bezwaar en het instellen van beroep.

Gegeven de fundamentele positie in een democratische rechtstaat van de wet kan op voorhand worden verondersteld dat anticiperend handhaven van normen die nog niet als wettelijk voorschrift gelden moet wijken voor handhaving van de op dit moment geldende wetgeving. Het verzoek van de Tweede Kamer kan daarom worden opgevat als de vraag of met behulp van de onderscheiden leerstukken valide redeneringen kunnen worden ontwikkeld die een uitzondering op het vaste stramen rechtvaardigen.

Voorafgaand aan de bespreking van de onderscheiden leerstukken en hun toespitsing op de problematiek van het anticiperend handhaven van het NNHS is een beschrijving en analyse van de betrokken wetgeving nodig. Dit betreft in het bijzonder de Luchtvaartwet en het LVB. Onder meer is aandacht besteed aan de geldende normen (grenswaarden), afwijkingsmogelijkheden en de sanctiebevoegdheden. Voorts is gekeken naar het (handhavings)beleid. In dat kader gaat het om beleidsregels⁷ en andere vormen van beleid⁸.

2. WETTELIJK EN BELEIDSKADER

2.1 *Normen bij amvb vastgesteld; geen afwijkingsbevoegdheden*

Sinds de wijziging van de Wet luchtvaart van 2003 wordt voor de luchthaven Schiphol gewerkt met een stelsel van grenswaarden voor de geluidbelasting in handhavingspunten. Dit stelsel is neergelegd in art. 8.17 lid 5 aanhef en onder b Wet luchtvaart, dat aangeeft dat het luchtvaartverkeerbesluit in ieder geval bevat “de grenswaarden voor de geluidbelasting, waarbij in ieder geval punten in of aan de rand van woonbebouwing in de nabijheid van de luchthaven bepaald worden met de grenswaarden die op ieder van die punten van toepassing zijn”. Voor Schiphol gaat het om het LVB, dat in art. 4.2.1-4.2.3a de grenswaarden voor de geluidbelasting weergeeft.⁹ Deze grenswaarden zijn normen die niet overschreden mogen worden. Gedragingen waarmee beneden de grenswaarden wordt gebleven, zijn wel toegestaan.

Het huidige stelsel van grenswaarden en handhavingspunten heeft een belangrijk nadeel:¹⁰ “Gebleken is dat het stelsel kan leiden tot ongewenste effecten omdat vanwege een dreigende overschrijding van een grenswaarde in een handhavingspunt bij een baan waar relatief weinig

⁷ Dan gaat het om beleidsregels, zoals de Tijdelijke beleidsregel anticiperend handhaven start- en landingsbaan Luchthaven Maastricht II, Inspectie Leefomgeving en Transport, Stcrt. 7 maart 2019, Nr. 13687, en andere vormen van beleid).

⁸ Zoals het NNHS zolang dit niet als wetgeving kan fungeren. Zie ook de in par. 1.1 genoemde Kamerbrieven van 21 september 2015 en 28 oktober 2019.

⁹ De amvb gaat vergezeld van bijlagen over onder andere luchtverkeerwegen en de handhavingspunten.

¹⁰ Een ander gesignaleerd nadeel van het huidige stelsel is een gebrek aan transparantie.

geluidgehinderden zijn, moet worden uitgeweken naar een baan met relatief veel geluidgehinderden.”¹¹

In het Algemeen Overleg van 6 februari 2006 is daarom verzocht om te komen tot een nieuw normen- en handhavingstelsel, hetgeen is opgepakt in de vorm van een advies, experiment en eindadvies (van 8 oktober 2013) van de Alders-tafel.¹² Dit heeft geresulteerd in de Wijziging van de Wet luchtvaart in verband met de invoering van een nieuw normen- en handhavingstelsel voor de luchthaven Schiphol en enige andere wijzigingen (Wijziging Wet luchtvaart), waarvan het zgn. strikt preferentieel vliegen – consequent voorrang voor de start- en landingsbanen die de minste geluidbelasting geven – de kern vormt.¹³ Het wetsvoorstel is door de Tweede en Eerste Kamer aangenomen,¹⁴ maar nog niet in werking getreden.¹⁵

Benadrukt moet worden dat het geluidvoordeel van het NNHS een voordeel *op macro-niveau* is: de meeste gehinderden gaan er volgens de MvT – daarin gesterkt door het MER over het NNHS (vervat in het LVB)¹⁶ – met het nieuwe stelsel op vooruit, maar niet alle gehinderden: sommige zullen er juist op achteruit kunnen gaan.¹⁷ Zie nader par. 5.

Uit art. 8.15 en 8.17 Wet luchtvaart volgt dat de grenswaarden bij amvb (het LVB) moeten worden vastgesteld. De in acht te nemen normen moeten dus *wettelijke* normen zijn; met name kan niet worden volstaan met normen met de status van beleidsregels (of andere beleidsnormen) ter invulling van een vage wettelijke norm (zoals bijvoorbeeld een algemene zorgplicht), laat staan van beleidsvrijheid.¹⁸ Hierbij is van betekenis dat ook de normadressaten – degenen tot wie de geluidsnormen zich richten¹⁹ – rechten aan de grenswaarden kunnen ontleenen. De wet zelf biedt *geen basis voor afwijking* van de (wettelijke) normen, behalve waar het gaat om afwijking “in het belang van de veiligheid”,²⁰ waarbij gedacht moet worden aan overschrijding van de geluidnormen. Zie nader par. 3.

2.2 Experimenteerregeling

Afwijking zou wel geoorloofd zijn wanneer het NNHS het karakter van experimenteerwetgeving zou hebben. Dan moet de Wet luchtvaart daaraan een basis geven. Zie Aanwijzing 2.41 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar): “1 Indien het gewenst is de mogelijkheid te bieden dat in een lagere regeling bij wijze van experiment van een hogere regeling wordt afgeweken, wordt in die hogere regeling bepaald: a. wat het oogmerk is van het experiment; b. wat het bereik is van de experimenteerregeling; c. van welke onderdelen van de hogere regeling kan worden afgeweken; en d. wat de maximale geldingsduur is van de afwijking. 2. Van een wet in formele zin wordt slechts afgeweken bij algemene maatregel van bestuur, waarbij kan worden voorzien in subdelegatie. 3. In

¹¹ Aldus de MvT bij de Wijziging Wet luchtvaart, Kamerstukken II 2006/07, 34 098, nr. 3, p. 3

¹² Idem. Zie voorts onder andere <https://www.omgevingsraadschiphol.nl/adviezen-alderstafel/>.

¹³ Daarmee wordt voldaan aan art. 8.17 lid 7 Wet luchtvaart, dat voorschrijft dat elk volgend luchthavenverkeerbesluit wat betreft, onder meer, geluidbelasting “per saldo gelijkwaardig is aan of beter is dan het [beschermings]niveau dat geboden werd door het eerste besluit.”

¹⁴ Door de Eerste Kamer aangenomen op 8 maart 2016, ondertekend en bekendgemaakt op 9 maart 2016, Stb. 2016, 119.

¹⁵ Behoudens een enkel – voor deze studie minder relevant – onderdeel.

¹⁶ Schiphol Group, Milieueffectrapportage Nieuw Normen- en Handhavingstelsel Schiphol, Schiphol, juni 2016.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld ook Kamerstukken II 2013/14, 31 936, nr. 170, p. 5.

¹⁸ De grenswaarden moeten *bij* amvb worden vastgesteld, zodat ook een ministeriële regeling niet volstaat.

¹⁹ Met name de “exploitant” van de luchthaven.

²⁰ Vgl. art. 8.19 en 8.20 Wet luchtvaart.

de experimenteerregeling wordt vermeld van welke onderdelen van de hogere regeling wordt afgeweken.”

De Wet luchtvaart kent in art. 8.23a experimenteerbepaling: “Bij regeling van Onze Minister van Infrastructuur en Milieu kan worden bepaald dat bij wijze van experiment wordt afgeweken van krachtens artikel 8.15 gestelde voorschriften, mits de commissie regionaal overleg luchthaven Schiphol, bedoeld in artikel 8.34 of een ander bij ministeriële regeling aan te wijzen regionaal orgaan, bij advies heeft aangegeven dat het experiment een gunstig effect kan hebben op de hinderbeleving. De afwijking kan bestaan uit: a. het verlenen van vrijstelling van een regel in het luchthavenverkeerbesluit voorzover deze de luchtverkeerwegen of het gebruik van het luchtruim en de beschikbaarheid van de banen betreft, of b. het vervangen van een in het luchthavenverkeerbesluit vastgelegde grenswaarde voor de geluidbelasting in een bepaald punt door een andere grenswaarde. [...] 5. Een experiment kan slechts worden toegestaan voor een bepaalde in de ministeriële regeling vast te stellen termijn van ten hoogste een jaar. Deze termijn kan eenmaal met maximaal een jaar worden verlengd. [...] 6. Indien voor afloop van een experiment en in overeenstemming met de artikelen 8.13, 8.14 of 8.24 een ontwerp is bekendgemaakt om het experiment om te zetten in een structurele wettelijke regeling, kan bij ministeriële regeling de termijn van het experiment worden verlengd tot het tijdstip waarop het ontwerp is vastgesteld en in werking treedt.”

Art. 8.23a is ingevoerd bij Wet van 22 november 2006 tot wijziging van de Wet luchtvaart in verband met de invoering van de mogelijkheid om ten aanzien van de luchthaven Schiphol experimenten te houden (Experimenten Schiphol), en op 13 december 2006 in werking getreden.²¹ Voor het experiment van de Alders-tafel met de regels van het NNHS,²² in de periode van 1 november 2010 tot en met 1 november 2012, is geen ministeriële regeling als grondslag terug te vinden. Wel is er een Convenant hinderbeperking en ontwikkeling Schiphol middellange termijn van 17 september 2009²³, en zijn voor genoemde periode Beleidsregels handhaving experiment nieuwe normen- en handhavingstelsel Schiphol vastgesteld.²⁴ Dit convenant en deze beleidsregels kunnen uiteraard geen basis voor afwijking van geldende wettelijke voorschriften vormen. Men is er indertijd vanuit gegaan dat het experiment binnen de wettelijke grenswaarden zou blijven.²⁵ Onder punt 4.1 van het Convenant is onder meer bepaald: “Partijen komen overeen dat tot en met het gebruiksjaar 2020 op de luchthaven Schiphol zal worden gewerkt met een operationeel concept dat wordt gekenmerkt door: a. een strikt geluidspreferentieel baangebruik, waarvan de slotuitgifte is gebaseerd op zogenaamd 2+1 baangebruik en waarbij het verkeer via

²¹ Zie Stb. 2006, 633.

²² Zie Kamerstukken II, 2013/14, 29 665, nr. 190.

²³ Stcrt. 17 september 2009, Nr. 13933.

²⁴ Kamerstukken II 2010/11, 29 665, nr. 159; Stcrt. 26 oktober 2010, Nr. 16670.

²⁵ Zie Beleidsregels handhaving experiment nieuw normen- en handhavingstelsel Schiphol, Stcrt. 22 maart 2018, Nr. 16670, p. 2 en 6. Onderkend werd dat het mogelijk is dat hoewel conform de regels van het experiment wordt gevlogen, toch de grenswaarde voor de geluidbelasting in een of meerdere handhavingpunten is of zal worden overschreden (p. 3). De inspecteur-generaal zou dan in beginsel verplicht zijn om tot handhaving over te gaan en een maatregel op te leggen. “Indien handhaving als onwenselijk wordt beschouwd omdat deze afbreuk zou kunnen doen aan het doel en het verloop van het experiment, zou het primair op de weg van de Minister van Verkeer en Waterstaat liggen om, in overeenstemming met de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, deze overschrijding terstond op te vangen met een regeling ex art. 8.23a Wet luchtvaart dan wel een zodanige reeds bestaande regeling in overeenkomstige zin terstond te wijzigen” (!). Zie Beleidsregels, p. 5.

geluidpreferente baancombinaties en daarbinnen op de meest preferente baan wordt afgehandeld". Onder punt 5 van het Convenant wordt invulling aan het NNHS gegeven.

Vervolgens is tot stand gekomen de Regeling van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, van 9 juli 2013, nr. IenM/BSK-2013/129725, tot *voortzetting* [curs. HB/RN] van het experiment met de regels voor het strikt geluidsprefereentiaal baangebruik volgens het nieuwe normen- en handhavingstelsel voor de luchthaven Schiphol. Art. 4 van deze op art. 8.23a Wet luchtvaart gebaseerde ministeriële regeling luidt: "In het gebruiksjaar 2013 wordt het vliegen volgens de regels voor het strikt geluidsprefereentiaal baangebruik voortgezet. Dit houdt in dat bij voorkeur de voor de omgeving minst overlastgevende start- en landingsbanen (Polderbaan en Kaagbaan) worden ingezet." "De termijn van het experiment betreft de periode van 15 juli 2013 tot en met 31 oktober 2013", aldus art. 8.

Ingevolge art. 8.23a lid 5 Wet luchtvaart kan een ministeriële experimenteerregeling voor maximaal één jaar worden gegeven,²⁶ met de mogelijkheid van verlenging met maximaal een jaar. Het zesde lid luidt: "Indien voor *afloop* van een experiment en in overeenstemming met de artikelen 8.13, 8.14 of 8.24 een *ontwerp is bekendgemaakt* om het experiment om te zetten in een structurele wettelijke regeling, kan bij *ministeriële regeling* de termijn van het experiment worden verlengd tot het tijdstip waarop het ontwerp is vastgesteld en in werking treedt" (curs. HB/RN). Een dergelijke regeling zou men kunnen betitelen als een overbruggingsregeling: een regeling ter overbrugging van het experiment en de definitieve regeling.

Ons is geen (tweede) ministeriële regeling tot (verdere) verlenging van het experiment bekend.²⁷ Het wetsvoorstel Wijziging Wet luchtvaart is op 1 december 2014 aan de Tweede Kamer aangeboden²⁸, terwijl het MER ten behoeve van het nieuwe LVB-1 in juni 2016 is verschenen, waarna aanbidding van het ontwerp-LVB aan de Tweede Kamer mogelijk was (voorhangprocedure).²⁹ De ontwerpen van beide documenten zijn dus niet bekendgemaakt voor 31 oktober 2013, de datum van afloop van het op de ministeriële regeling gebaseerde experiment. Daarmee was een verlenging tot de inwerkingtreding van de definitieve regeling niet meer mogelijk. In elk geval moet worden geconcludeerd dat het NNHS niet voor experimenteerwetgeving kan doorgaan.³⁰

De Toelichting bij Aanwijzing 2.41 Ar vermeldt dat tot "een experimentele regeling [...] niet te snel [moet] worden overgegaan, mede gelet op het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. De overtuiging moet bestaan dat via de figuur van afwijkende regelgeving de noodzakelijke informatie kan worden vergaard." Een experimentele regeling strekt er met andere woorden vooral toe om gegevens te verzamelen;³¹ niet om enkel te anticiperen op komende wetgeving. Het NNHS lijkt in zijn huidige opzet niet (meer) als experimenteerregeling te kunnen worden aangemerkt (het wordt inmiddels beschouwd als definitief in te voeren stelsel),³² zodat ook daarom gebruik van art. 8.23a Wet luchtvaart als experimenteergrondslag voor het NNHS zoals het

²⁶ Voor de zojuist genoemde ministeriële regeling van 9 juli 2013 is de maximale termijn is dus niet benut)

²⁷ Misschien is afgezien van verlenging in verband met het voorafgaande Alders-experiment (in dat licht zou het om een – ongeoorloofde – tweede verlenging gaan). Ook kan het zijn dat men vertrouwde op een snelle definitieve regeling.

²⁸ Kamerstukken II 2014/15, 34 098, nr. 1.

²⁹ Overeenkomstig art. 8.24 van de Wet luchtvaart is op 16 januari 2018 een ontwerp-besluit inzake het aantal nachtvluchten voorgehangen bij de Tweede Kamer. Zie Kamerstukken II 2017/18, 29 665, nr. 257.

³⁰ Zie verder het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, Het proberen waard, Den Haag, 6 juli 2000, dat van invloed is geweest op Aanwijzing 2.41 Ar.

³¹ Vgl. M.J. Jacobs, *Experimentele wetgeving (oratie VU)*, Deventer: Wolter Kluwer 2018, p. 43-44.

³² Ook als er nog twijfel resteert over de voor- en nadelen van het NNHS.

er nu ligt niet aangewezen lijkt. Mocht het echter alsnog de intentie zijn eerst nadere informatie te verwerven over de gevolgen van NNHS alvorens te besluiten over invoering ervan, met name voor andere aspecten dan die welke bij de eerdere experimenten zijn onderzocht, dan zou art. 8.23a Wet luchtvaart hier alsnog de basis voor kunnen bieden.

2.3 Handhavingsbevoegdheden

De Wet luchtvaart kent een uitgebreid hoofdstuk (11) over toezicht en handhaving. Titel 11.1 gaat over *strafrechtelijke* handhaving, titel 11.2 over bestuursrechtelijke handhaving. In het kader van de Wet luchtvaart kan dus op een overtreding worden gereageerd met een bestuurlijke sanctie. Bestuurlijke sancties zijn te onderscheiden in herstelsancties (“een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding”) en bestraffende sancties (“een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen”); zie art. 5:2 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Bij de bestuurlijke herstelsancties gaat het meer in het bijzonder om de last onder bestuursdwang (art. 5:21 Awb) en de last onder dwangsom (art. 5:31d Awb); bij de bestuurlijke bestraffende sancties om de bestuurlijke boete (art. 5:40 Awb). Een andere mogelijke sanctie die het bestuur kan treffen is de intrekking van een vergunning.³³

Heel in het algemeen wordt in art. 11.15 Wet luchtvaart bepaald: “Onze Minister van Infrastructuur en Milieu is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van: a. de bij of krachtens deze wet gestelde verplichtingen, met uitzondering van verplichtingen als bedoeld in de art. 8.25d tot en met 8.25h”. Op overtreding van geluidsnormen (grenswaarden) kan dus worden gereageerd met een ministeriële last onder *bestuursdwang*. Omdat de minister de bevoegdheid heeft tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, heeft zij ingevolge art. 5:32 lid 1 Awb tevens de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder *dwangsom*. Daarnaast heeft de minister blijkens art. 11.16 Wet luchtvaart de bevoegdheid tot het opleggen van een *bestuurlijke boete*.³⁴ De bestuurlijkeboetebevoegdheid is een discretionaire bevoegdheid (kan-bepaling; beleidsvrijheid). Afgaande op de wettekst geldt hetzelfde voor de bevoegdheden tot het opleggen van een last onder bestuursdwang dan wel dwangsom. Anders bij de bestuurlijkeboetebevoegdheid, geldt op grond van de jurisprudentie voor deze herstelsancties echter een beginselplicht tot handhaven. Zie nader par. 6.

De minister van Infrastructuur en Waterstaat is het tot handhaving bevoegd gezag.³⁵ Ten behoeve van de handhaving zijn toezichthouders aangewezen en handhavingsbevoegdheden gemandateerd. Hierbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT).³⁶ In de praktijk is het dus niet alleen de minister maar ook de ILT die voor de vraag staat wanneer welke normen mogen of moeten worden gehandhaafd en of dat ook normen van het NNHS kunnen zijn.

³³ De luchthavenexploitatievergunning als bedoeld in art. 8.25 Wet luchtvaart.

³⁴ Ten overvloede wordt in het tweede lid opgemerkt dat een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom tezamen kunnen worden opgelegd.

³⁵ Daarnaast treedt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) voor bepaalde normen als handhaver op.

³⁶ De ILT brengt halfjaarlijks handhavingsrapportages inzake Schiphol uit. Zie <https://www.ilent.nl/onderwerpen/schiphol> en, voor de andere nationale luchthavens, <https://www.ilent.nl/onderwerpen/nationale-luchthavens>.

2.4 NNHS

Het NNHS betreft normen die tot een aanpassing van de Wet luchtvaart en het LVB gaan leiden. De nieuwe wetgeving is inmiddels aangenomen, maar nog niet in werking getreden. Dit wil zeggen dat de het NNHS *nog niet als wetgeving geldt*. Ten eerste niet omdat er zonder het inwerkingtreden van de aanpassingen van de Wet luchtvaart *geen toereikende grondslag in de wet* voor het nieuwe normenstelsel bestaat; ten tweede niet omdat ook het nieuwe LVB zelf nog in werking moet treden. Daarom kan het NNHS vooralsnog hooguit als *komende wetgeving*, desnoods als (anticiperende) *beleidsnormen*, worden aangemerkt.

2.5 Tussenconclusie

Er gelden *wettelijke* grenswaarden (geluidsnormen), waarbij de wetgeving voor zover hier relevant *geen wettelijke of beleidsmatige afwijkingmogelijkheden* kent. De Wet luchtvaart voorziet in een *ruim sanctieareaal*: naast strafrechtelijke sancties gaat het om de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Vooralsnog heeft het NNHS niet de status van geldende wetgeving; voor zover wij hebben kunnen nagaan ook niet als (gecontinueerde) experimenteerregeling. Het lijkt erop dat de mogelijkheden die de Wet luchtvaart biedt op het punt van experimenten en de overbrugging naar de definitieve regeling niet ten volle zijn benut.³⁷ Dat kan worden betreurd in zoverre het ervoor kan worden gehouden dat het NNHS uit een oogpunt van beperking van geluidhinder in het algemeen – *op macro-niveau* – aantrekkelijker is dan de huidige, geldende wetgeving.

3. LEGALITEITSEIS

3.1 Grondslag in de wet in formele zin: bevoegdheid en normering

In onze rechtstaat wordt voor overheidshandelen dat beperkingen aan de vrijheid van burgers en bedrijven stelt een wettelijke grondslag geëist. Meer in het bijzonder dient dit handelen te herleiden te zijn tot een wet in formele zin. De eis van een wettelijke grondslag betreft met name de normering van gedragingen van burgers en bedrijven en de instrumenten om dit gedrag dwingend te sturen. Bij dit laatste valt onder meer te denken aan vergunningverlening en het handhavingsinstrumentarium.

3.2 Wettelijke normering

Bij de normering van gedragingen van burgers en bedrijven gaat het in dit geval om beperkingen aan het voortbrengen van geluid: er worden geluidsnormen gehanteerd die grenzen stellen aan het vliegverkeer. De wet in formele zin is hier de Wet luchtvaart. De nadere wettelijke invulling is vervat in met name het genoemde LVB (een amvb). Het zijn de in deze wetgeving neergelegde normen (grenswaarden), die het gedrag van de normadressaten normeren.

³⁷ Waarbij wordt aangetekend dat een overbruggingsregeling indertijd een onhaalbare kaart was omdat de vereiste ontwerpen nog niet klaar waren.

Een *overtreding* is “een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij op krachtens enig wettelijk voorschrift”, aldus art. 5:1 lid 1 Awb. Niet alleen de Wet luchtvaart (wet in formele zin), maar ook het LVB (amvb) bevat wettelijke voorschriften. Een overschrijding van een in het LVB neergelegde grenswaarde is een gedraging in strijd met het bepaalde bij wettelijk voorschrift en vormt dus een overtreding. Bij een gedraging in strijd met het bepaalde krachtens een wettelijk voorschrift – eveneens een overtreding – kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een handeling in strijd met een vergunningvoorschrift (waarbij de vergunningverleningsbevoegdheid een wettelijke grondslag heeft). Ook kan worden gedacht aan een handeling in strijd met een gedragsaanwijzing: een aanwijzing van het bevoegde gezag over hoe te handelen (waarvoor eveneens een wettelijke grondslag is vereist). Deze figuur is aan te treffen in art. 8.22 Wet luchtvaart.

In dit geval is gekozen voor een stelsel van algemene (wettelijke) regels, met name de Wet luchtvaart en het LVB, waaraan de normadressaten zich moeten houden, en voor de zojuist bedoelde, in art. 8.22 Wet luchtvaart neergelegde mogelijkheid van een gedragsaanwijzing (‘maatregel’). Als opgemerkt, kan het NNHS zelf nog niet als een stelsel van geldende wettelijke voorschriften worden gekwalificeerd. Schending van het NNHS levert daarom *geen* overtreding in de zin van de Awb op.³⁸ De naleving van het NNHS kan daarom *niet* langs publiekrechtelijke weg worden afgedwongen (behalve voor zover de normen van dat stelsel met een huidige geldende norm samenvallen).

Hiermee is gezegd dat de minister alleen dwingend, door middel van bestuurlijke sancties, kan optreden wanneer de (huidige, wettelijke, geldende) grenswaarden worden overschreden. Tegen een inbreuk op het NNHS kan niet handhavend worden opgetreden, tenzij deze inbreuk tevens een overschrijding van een grenswaarde zou betekenen. Omdat het om grenswaarden gaat, staat het normadressaten vrij zich conform het NNHS te gedragen, mits daarmee geen grenswaarde wordt overschreden. Er is in zoverre sprake van vrijwillig gedrag: gedrag dat noch publiekrechtelijk wordt geëist noch publiekrechtelijk kan worden afgedwongen. Zie voor de vraag of deze vrijwilligheid privaatrechtelijk – meer specifiek: contractueel – aan banden kan worden gelegd par. 7.

3.3 *Wettelijk handhavingsinstrumentarium*

Wat betreft het handhavingsinstrumentarium brengt de legaliteitseis mee dat – afgezien van de intrekking van een vergunning, waarbij sprake kan zijn van een impliciete sanctiebevoegdheid – elke sanctieoplegging een expliciete grondslag in de wet dient te hebben. Zie voor het bestuursrecht art. 5:4 lid 1 Awb: “De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.” De huidige Wet luchtvaart kent als opgemerkt een uitgebreid sanctieareaal. In zoverre wordt voldaan aan de legaliteitseis.

3.4 *Tussenconclusie*

De handhavingsbevoegdheden zijn op orde. Het knelpunt is dat het NNHS nog niet de status van geldende wetgeving heeft. Immers, zo lang de huidige Wet luchtvaart en het huidige LVB gelden, levert schending van het NNHS – voor zover dit stelsel van de huidige wetgeving afwijkt – geen overtreding in de zin van de Awb op. In zoverre is publiekrechtelijke handhaving van het NNHS

³⁸ Dit geldt ook voor zover het NNHS als rechtmatige beleidsregel zou zijn te kwalificeren: een overtreding van een beleidsregel is geen overtreding in de zin van de wet (Awb).

uitgesloten. Men kan het ook zo zeggen: anticiperende handhaving past niet bij de legaliteits-eis. Hieronder wordt dit nader toegelicht.

4. TERUGWERKENDE KRACHT EN ANTICIPATIE

4.1 *Rechtszekerheid*

De voor een rechtstaat zo essentiële legaliteits-eis heeft meerdere ratio's. Een daarvan is het rechtszekerheidsbeginsel.³⁹ Aan dit beginsel wordt, naast de eis van een wettelijke grondslag, de eis afgeleid dat de regels waaraan men zich moet houden kenbaar en duidelijk zijn en in beginsel *niet met terugwerkende kracht* mogen worden opgelegd. Dit laatste geldt in het bijzonder voor (nadere) vrijheidsbepalende maatregelen en sanctionering. Zie voor het strafrecht art. 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht (Sr): "Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling." Zie voor bestuurlijke sancties (bestuursdwang, dwangsom, boete) art. 5:4 lid 2 Awb: "Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven."

Een uitzondering op de hoofdregel van geen terugwerkende kracht is de zgn. regel van de meest gunstige bepaling, ook wel de *lex mitior* genoemd (zoals het tweede lid van art. 1 Sr deze verwoordt: "Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast"; deze bepaling geldt ingevolge art. 5:46 lid 4 Awb in overeenkomstige zin voor de bestuurlijke boete). Voor de – voor de Schiphol-casus veel belangrijkere – herstelsancties ligt het anders. In tegenstelling tot bestraffende sancties (beleidsvrijheid, opportuniteit) geldt ten aanzien van herstelsancties de beginselplicht tot handhaving. Zie nader par. 6.

4.2 *Vast wetgevingsbeleid*

Aandacht trekt dat noch in de nieuwe, aangenomen Wet luchtvaart noch in het nieuwe, aangenomen LVB-1 is voorzien in overgangsrecht dat *terugwerkende kracht* mogelijk maakt. De rechtmatigheid van zulk overgangsrecht zou trouwens discutabel zijn, omdat het om redenen van rechtszekerheid vast wetgevingsbeleid is om zeer terughoudend te zijn met het verlenen van terugwerkende kracht aan nieuwe wetgeving.

Zie vooral Aanwijzing 5.62 Ar: "1. Aan een regeling wordt slechts terugwerkende kracht verleend, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat. [...] 3. Aan belastende regelingen wordt, behoudens in uitzonderlijke gevallen, geen terugwerkende kracht toegekend. 4. Bij een regeling mag een feit dat vóór haar inwerkingtreding is geschied, niet strafbaar of zwaarder strafbaar worden gesteld."⁴⁰

³⁹ De andere zijn democratie (wet in formele zin als basis, dus met parlementaire betrokkenheid) en gelijke behandeling (wettelijke voorschriften zijn algemene regels, die per definitie voor een ieder gelden).

⁴⁰ In de toelichting wordt voor wat betreft de inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel verwezen naar CRvB 20 oktober 1983, ECLI:NL:CRVB:1983:AK2292, AB 1984/100. Uitzonderingen hebben te maken met het voorkomen van misbruik door middel van anticipatie op komende (vooral fiscale) wetgeving.

4.3 *Anticiperende interpretatie*

Het is meermalen voorgekomen dat de *rechter* bij de uitleg van huidige wetgeving op komende wetgeving anticipeert: de zgn. anticiperende interpretatie.⁴¹ In het geval van de voor Schiphol geldende geluidsnormen zou een dergelijke interpretatie inhouden dat de huidige geluidsnormering aan de hand van komende normen worden uitgelegd. Dan moet de huidige geluidsnormering wel de flexibiliteit daartoe verschaffen, met name doordat deze gekenmerkt zou worden door open normen. Zoals in par. 2.1 bleek, kent de huidige wetgeving echter geen stelsel van open normen. De huidige normering is zodanig scherp, dat anticiperende interpretatie zou neerkomen op een tegenwettelijke interpretatie. Aangenomen moet worden dat een rechter een zodanige interpretatie niet zal hanteren.

4.4 *Tussenconclusie*

De legaliteitseis en achterliggende beginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel zijn, zeker waar het om handhaving is te doen, in een rechtstaat zo wezenlijk dat het evident mag heten dat ze aan anticiperend handhaven – handhaven van normen die het nog tot geldende wetgeving moeten brengen – in de weg staan. Dit wordt onderstreept door staand wetgevingsbeleid zoals neergelegd in Aanwijzing 5.62 Ar. Gegeven de scherppte waarmee de huidige grenswaarden zijn aangegeven, mist de rechter houvast om het NNHS via anticiperende interpretatie toe te passen: hij zou in strijd met de wet handelen.

5. BELEID CONTRA LEGEM EN BUITENWETTELIJK BEGUNSTIGEND BELEID

5.1 *Geen praeter legem*

De normen van het NNHS hebben (nog) niet de status van wettelijk voorschrift, maar van beleid. Het is duidelijk dat wettelijke voorschriften van de huidige Wet luchtvaart en het huidige LVB prevaleren boven de (vooralsnog buitenwettelijke) normen van het NNHS. Soms wordt van bepaalde buitenwettelijke normen gezegd dat zij niet tegen de wet ingaan (*contra legem* zijn), omdat zij aansluiten bij de bedoeling – de geest, de strekking – van de wet (*praeter legem* zijn). De redenering is dan dat als hij had geweten wat hij nu weet, de wetgever had gekozen voor de andere – buitenwettelijke – normen.

Gezien het wettelijke kader en de concreetheid van de huidige grenswaarden en hetgeen over anticiperende interpretatie is opgemerkt, moet worden vastgesteld dat het NNHS niet kan worden beschouwd als beleid *praeter legem*. De kwalificatie tot beleid *praeter legem* pleegt te worden aangenomen wanneer de wetgever een bepaald geval niet heeft geregeld en gezegd kan worden dat wanneer hij het wel had geregeld aannemelijk is, gezien de bedoeling van de wet, dat hij het zus en zo, conform de buitenwettelijke normen, geregeld zou hebben. Anders gezegd, het NNHS kan niet als beleid *praeter legem*, maar moet als beleid *contra legem* worden beschouwd.

⁴¹ Zie voor een algemene beschouwing C. Asser & J.B.M. Vranken, C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (Asser-serie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, nrs 155-168.

5.2 *Het gelijkheidsbeginsel en buitenwettelijk begunstigend beleid*

Het moet er dus voor worden gehouden dat de normen van het NNHS in strijd met de huidige wetgeving zijn. Het is niet zo dat (buiten- of tegenwettelijke) normen geen enkele bindende werking kunnen hebben. Onder omstandigheden kan het namelijk zijn dat de beginselen van rechtszekerheid en, vooral, van rechtsgelijkheid meebrengen dat zulke normen, zoals die van het NNHS, toch moeten worden toegepast.⁴² Dat is met name het geval wanneer de normen voor de betrokkenen gunstiger zijn dan de wettelijke normen, zodat gesproken kan worden van buitenwettelijk *begunstigend* beleid.

Het zijn de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, die als kernbeginselen van de rechtstaat eventueel voorrang krijgen boven wettelijke voorschriften. Voor deze zgn. werking contra legem van de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid is wel vereist dat de NNHS-normen voor *iedereen* gunstiger zijn dan de wettelijke normen. Bepalend is met andere woorden niet of de NNHS-normen op macroniveau uit een oogpunt van beperking van overlast aantrekkelijker zijn dan de huidige wettelijke normen. Zij moeten voor *alle* omwonenden op individueel niveau gunstiger zijn. En ook voor Schiphol moeten de normen voordeliger zijn. Wanneer ze niet voor iedereen gunstiger zijn, kan niet worden gesproken van buitenwettelijk begunstigend beleid dat huidige wettelijke normen opzij vermag te zetten.⁴³

Dat het NNHS niet als buitenwettelijk begunstigend beleid kan gelden, komt reeds naar voren in onder meer het op 6 februari 2014 vastgestelde verslag van een Algemeen Overleg waarin het zgn. Alders-akkoord aan de orde is.⁴⁴ Kort gezegd, zal een gewijzigd gebruik van banen – bij het NNHS ingegeven door preferentieel gebruik – altijd met enige verplaatsing van geluidsoverlast gepaard gaan. Anders gezegd, zullen er altijd enige omwonenden zijn die er met het NNHS op achteruit gaan. Reeds daarom kan niet worden gesproken van buitenwettelijke begunstigend beleid en is, daarmee, beleid contra legem niet aanvaardbaar.

Was wel sprake geweest van buitenwettelijk begunstigend beleid, dan zou dat alleen gevolgen hebben voor de *toepassing* van normen, niet ook voor de rechtshandhaving. Voor de rechtshandhaving blijft gelden dat alleen schending van een *wettelijk* voorschrift of niet-nakoming van een maatregel als bedoeld in art. 8.22 Wet luchtvaart een overtreding in de zin van de wet oplevert.

Het voorgaande is gebaseerd op de aanname dat het nieuwe NNHS vergeleken met de huidige wetgeving beter is voor een grote groep omwonenden. Wanneer deze aanname volgens nader onderzoek onjuist zou blijken te zijn, gaat de redenering van toepasselijkheid van buitenwettelijk beleid uiteraard evenmin op. Voor de conclusie dat schending van het NNHS geen overtreding oplevert maakt het niet uit of de aanname al dan niet klopt. Een dergelijke schending is gezien de legaliteitseis nooit een overtreding en dus nooit vatbaar voor handhaving (tenzij die schending tevens een inbreuk op de huidige wetgeving of een art. 8.22-maatregel zou betekenen;

⁴² Het rechtszekerheids- of, meer specifiek, het vertrouwensbeginsel kan contra legem werken wanneer het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat contra legem wordt gegaan. Maar ook in dat kader is van toepassing wat hieronder wordt opgemerkt, namelijk dat iedereen er met het beleid contra legem op vooruit gaat (daargelaten de overheid).

⁴³ Zie onder meer J.H. van Kreveld, *Doorbraakarresten*, in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak & B.J. Schueler, *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Rechtens toepasbaar buitenwettelijk begunstigend beleid komt op het terrein van het omgevingsrecht nauwelijks voor.

⁴⁴ Kamerstukken II 2013/14, 31 936, nr. 170. Het komt verder uit de Milieueffectrapportage Nieuw Normen- en Handhavingstelsel Schiphol naar voren.

maar dan gaat het niet om overtreding van het NNHS maar van de huidige wetgeving of een art. 8.22-maatregel).

Het zou nog kunnen zijn dat vast komt te staan dat het NNHS voor een bepaalde (grote) groep omwonenden beter is dan de huidige wetgeving, zonder dat dit voor een of meer andere omwonenden direct of indirect nadelen heeft: het is duidelijk dat er met een deel van het NNHS louter voordelen zijn te behalen. Ook dan geldt dat overtreding van het NNHS niet kan worden gehandhaafd. Wel kan er in dat geval – waarvan wij voorshands echter aannemen dat het om een theoretische situatie gaat – aanleiding zijn om in zoverre de huidige wetgeving of een daarop gebaseerde art. 8.22-maatregel gelet op het evenredigheidsbeginsel niet te handhaven (partieel gedogen). Zie nader par. 6.

5.3 Rol van het evenredigheidsbeginsel

De laatste jaren wordt in toenemende mate het belang van een responsieve overheid en, binnen dat raamwerk, van maatwerk onderstreept.⁴⁵ Op termijn zou dat erin kunnen resulteren dat, naast de beginselen van rechtsgelijkheid en eventueel rechtszekerheid, ook het evenredigheidsbeginsel een werking contra legem toekomt.⁴⁶ Op dit moment gaat het om een hypothetische situatie waar men voor het NNHS niets aan heeft.

Naar de huidige opvatting van de rechter zal een algemeen verbindend voorschrift alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden vanwege schending van het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb buiten toepassing moeten worden gelaten. Daarvan kan sprake zijn als een *enkele* belanghebbende die in een *bijzondere* situatie verkeert ten opzichte van anderen onevenredig nadeel van een verbod ondervindt, terwijl het in afwijking van het verbod tegemoet komen aan zijn belangen niet in de weg staat aan het (op termijn) realiseren van de doelstellingen ervan.⁴⁷ Bij toepassing van het LVB waarbij de materie complex is en vele, tegenstrijdige belangen spelen, is dit niet aan de orde. Het is dan niet de taak van de rechter de belangenafweging te verrichten die het bestuursorgaan dient te verrichten.⁴⁸

Resteert de vraag of de minister zelf tot de conclusie zou mogen komen dat het LVB buiten toepassing wordt gelaten vanwege strijd met hoger nationaal recht, in het bijzonder art. 3:4 lid 2 Awb. Geen enkele rechtsregel staat eraan in de weg dat een bestuursorgaan beoordeelt of een algemeen verbindend voorschrift 'verbindend is'.⁴⁹ Als een bestuursorgaan in plaats van 'eigen' algemeen verbindende voorschriften buiten toepassing te laten wegen strijd met hoger recht, ook kan kiezen voor de meer *geëigende* weg van de wijziging of intrekking van het algemeen verbindende voorschrift, heeft dat de voorkeur van de rechter, zeker als niet iedereen bij het buiten toepassing

⁴⁵ Zie onder meer M. Scheltema, op de eerste door hemzelf gehouden Scheltema-lezing (Den Haag, 5 april 2019), waar deze de wenselijkheid van werking contra legem van het evenredigheidsbeginsel aansneet.

⁴⁶ Dat zou betekenen dat wetgeving, ook formele wetgeving, van een inherente afwijkingsbevoegdheid vergezeld gaat, vergelijkbaar met de aan beleidsregels inherente afwijkingsbevoegdheid van art. 4:84 Awb.

⁴⁷ ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173, r.o. 21-21.6.

⁴⁸ Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6-9; Vgl. HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (Landbouwwliegers); ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:731 (Bloemen & Bloemstukjes).

⁴⁹ ABRvS 15 november 2006, JB 2007/9, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2275 (Quick Airways); conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, in het bijzonder onder punt 5.6-5.8.

laten van een voorschrift is gebaat.⁵⁰ Zoals gezegd, zal een gewijzigd gebruik van banen bij het preferentieel gebruik volgens het NNHS altijd met enige verplaatsing van geluidsoverlast gepaard gaan.

5.4 *Tussenconclusie*

Het NNHS kan niet gelden als buitenwettelijk begunstigend beleid dat gelet op het gelijkheidsbeginsel – en eventueel het rechtszekerheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel – kan prevaleren boven de huidige wetgeving. Voor deze conclusie is van essentiële betekenis dat het NNHS vergeleken met de huidige wetgeving niet voor iedereen een vooruitgang betekent. Dit wil niet alleen zeggen dat het anticiperend handhaven van het NNHS voor zover dit normenstelsel van de huidige wetgeving niet mogelijk is. Het betekent ook dat het in zoverre toepassen van het NNHS onrechtmatig is. Het is in dit verband aan het bestuur om regelingen te wijzigen (op het juiste niveau: dus geen wijziging van wetgeving door middel van het NNHS met de status van beleid); het is in dit verband niet aan de rechter om een regeling op grond van het evenredigheidsbeginsel onverbindend te achten.

6. HANDHAVEN, PARTIEEL HANDHAVEN OF GEDOGEN

6.1 *Beginselplicht tot handhaving*

Het respect dat de wet in een democratie (rol parlement) en een rechtstaat (gelijke behandeling, rechtszekerheid) verdient, brengt mee dat wetgeving moet worden nageleefd en in beginsel moet worden gehandhaafd. Dit impliceert de beginselplicht tot handhaving waar het gaat om de inzet van herstelsancties: de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de niet-bestrafende intrekking van een vergunning (bij bestraffende sancties is doorgaans sprake van beleidsvrijheid ofwel opportuniteit). Het overheidsbestuur is gehouden met behulp van een herstelsanctie tegen een overtreding op te treden, met name wanneer een belanghebbende burger (omwonende) daar om vraagt.

Uitzonderingen op de beginselplicht doen zich voor wanneer sprake is van *concreet zicht op legalisatie* dan wel gezegd moet worden dat het opleggen van de last in het voorliggende geval *zodanig onevenredig* is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat het bestuursorgaan de herstelsanctie *niet in redelijkheid* heeft kunnen opleggen.⁵¹ In de Schiphol-casus kan (vooralsnog) geen – althans niet in algemene zin – concreet zicht op legalisatie worden aangenomen. Het NNHS is weliswaar inmiddels vastgesteld en het is de bedoeling dat dit stelsel in het LVB-1 opgaat, maar met het wegvallen van het PAS is onzeker geworden wanneer het LVB-1 in werking gaat treden en hoe deze amvb er precies uit komt te zien. Daarmee ontbreekt de zekerheid die vereist is om te kunnen spreken van concreet zicht op legalisatie. Bovendien kan worden geredeneerd dat voor gedogen des te minder grond bestaat waar de wet zelf, zoals art. 8.23a Wet luchtvaart, door experimenteer- en

⁵⁰ ABRvS 10 december 2014; CLI:NL:RVS:2014:4470; Conclusie van staatsraad A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 5.7. Vgl. de jurisprudentie met betrekking tot art. 4:84 Awb, die meebrengt dat niet ten nadele van een belanghebbende van beleidsregels mag worden afgeweken.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:34.

overbruggingsregelingen mogelijk te maken, oplossingen biedt waarmee gedogen kan worden voorkomen.⁵²

Het andere gedoogcriterium – handhaving is zodanig onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat het bestuursorgaan de herstelsanctie niet in redelijkheid kan opleggen – is gehanteerd voor de Luchthaven Maastricht. Zie de Tijdelijke beleidsregel anticiperend handhaven start- en landingsbaan Luchthaven Maastricht II, van de ILT.⁵³ Art. 1 van deze beleidsregel luidt: “Tegen overtreding van het bepaalde in artikel 8.70, tweede lid, juncto artikel 8.44, vijfde lid, juncto artikel 8.19, 8.20 en 8.21 van de Wet luchtvaart zal niet handhavend worden opgetreden indien en voor zover deze overtreding ziet op het operationele gebruik van het andere deel van de start- en landingsbaan van de luchthaven Maastricht dan omschreven is in artikel 3 van de Omzettingsregeling luchthaven Maastricht.” In de Toelichting staat, onder verwijzing naar de nota Grenzen aan gedogen,⁵⁴ het volgende.⁵⁵ “Blijkens de nota [par. 9.2.2] kan gedogen aanvaardbaar of zelfs geboden zijn als handhaving tot aperte onbillijkheden zou leiden, mits de andere betrokken belangen door het gedogen niet onevenredig worden geschaad. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in een overgangssituatie. Zo kan vooruitlopend op een wijziging in de regelgeving, waarbij regelgeving wordt afgeschaft of versoepeld, op deze wijziging worden geanticipeerd in de handhaving. Dit was het geval in de hierboven genoemde Tijdelijke beleidsregel.”

In een door omwonenden aangespannen voorlopigevoorzieningenprocedure tegen het op basis van de Tijdelijke beleidsregel genomen besluit van de minister om niet handhavend op te treden is dit besluit overeind gebleven.⁵⁶ De beslissing van de voorzieningenrechter steunde *niet* zozeer op een belangenafweging, als wel op het oordeel dat “er in dit geval sprake [is] van concreet zicht op legalisatie. Het luchthavenbesluit is vastgesteld en de minister is voornemens het besluit bekend te maken waardoor het in werking treedt en het gebruik van de volledige lengte van de start- en landingsbaan van 2.750 meter is toegestaan. Daarbij is de minister een wijzigingsprocedure gestart om de onjuistheden die volgens hem in het Luchthavenbesluit voorkomen, te herstellen. De minister is voornemens een Wijzigingsbesluit te nemen, dat besluit vast te stellen en eveneens bekend te maken.” In dit geval heeft de voorzieningenrechter een ruime uitleg aan het criterium concreet zicht op legalisatie gegeven. Het hebben van voornemens pleegt in de regel onvoldoende te zijn om van concreet zicht te kunnen spreken. Van belang voor het oordeel dat sprake was van een concreet zicht op legalisatie was echter dat de wijziging van de regelgeving waarmee de overtreding waarvan om handhaving was verzocht (gebruik van de volledige lengte van de start- en landingsbaan) zou worden gelegaliseerd, was vastgesteld, dat (enkel) nog bekendmaking moest volgen, en de minister voornemens was daartoe over te gaan. Dat nog een procedure voor wijziging van bepaalde onjuistheden zou worden doorlopen, deed hier niet aan af. De wijziging zou niet tot een ander besluit leiden ten aanzien van het gebruik van de volledige lengte van de start- en landingsbaan. Anders dan bij het NNHS het geval is, liet bekendmaking van gewijzigde regelgeving die de overtreding legaliseert hier niet voor een langere onzekere periode op zich wachten.⁵⁷

⁵² Beleidsregels handhaving experiment nieuw normen- en handhavingstelsel Schiphol, Stcrt. 22 maart 2018, Nr. 16670, p. 5.

⁵³ Besluit van 7 maart 2019, Stcrt. 7 maart 2019, Nr. 13687.

⁵⁴ Gedogen in Nederland, Kamerstukken II, 1996/97, 25 085, nr. 2.

⁵⁵ Toelichting, p. 2.

⁵⁶ Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg 1 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4130.

⁵⁷ Vgl. Beleidsregels handhaving experiment nieuw normen- en handhavingstelsel Schiphol, Stcrt. 26 oktober 2010, Nr. 16670, p. 4.

In een uitspraak van 22 oktober 2018 oordeelde de rechtbank Noord-Holland over een afwijzing door de minister van een verzoek van omwonenden om handhavend op te treden in verband met het overtreden van grenswaarden in het gebruiksjaar 2016 op een viertal handhavingspunten op de luchthaven Schiphol.⁵⁸ De reden voor de afwijzing was dat zou zijn gebleken dat deze het gevolg was van de toepassing van het NNHS. De rechtbank oordeelde dat de minister, indien in het gebruiksjaar 2016 is gevlogen volgens het NNHS, op die grond in redelijkheid van handhavend optreden heeft kunnen afzien. Handhavend optreden zou dan zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen zodanig onevenredig zijn dat van handhavend optreden in die concrete situatie kan worden afgezien. Naar het oordeel van de rechtbank had de minister voldoende onderbouwd dat vliegen volgens het NNHS voor omwonenden, en dus ook voor eisers, wat betreft geluidbelasting per saldo gunstiger was dan vliegen volgens een verdeling op basis van de grenswaarden van het wettelijke systeem. Bovendien zou de wijziging van de Wet luchtvaart samen met het LVB-1 naar verwachting eind 2019 van kracht worden. Wat volgens verweerder het geval was en wat door de rechtbank niet voor onjuist werd gehouden, was dat omwonenden woonden nabij handhavingspunten op twee landingsbanen die onder het NNHS 'minst geluidpreferent' waren en dat het vliegverkeer op die banen onder toepassing van het NNHS minder zou toenemen dan wanneer zou worden vastgehouden aan de verdeling van het vliegverkeer op basis van het wettelijk systeem. Daarbij werd echter verondersteld dat bij in stand lating van het huidige systeem, zoals neergelegd in het LVB, de grenswaarden dan wel geactualiseerd zouden moeten worden ofwel aangepast aan het groeiend aantal vliegbewegingen. Dit zou dan voor eisers, die woonachtig zijn nabij de minst preferente landingsbanen, nadeliger uitpakken dan het geval zou zijn onder de systematiek van het NNHS.

Waar hierbij echter aan voorbij gegaan wordt is dat in de huidige situatie waarin de grenswaarden onder het huidige wettelijke systeem niet geactualiseerd zijn, het NNHS niet gunstig uitpakt voor eisers: er waren immers grenswaarden als bedoeld in art. 4.2.1 lid 3 en art. 4.2.2 lid 3 LVB overschreden. Gedogen vanwege het evenredigheidsbeginsel was naar ons oordeel dan ook niet verdedigbaar, juist nu toepassing het NNHS in plaats van toepassing van de geldende grenswaarden voor eisers juist wel nadelen had. Daarbij komt dat de verwachting dat het LVB-1 eind 2019 in werking zou treden niet is uitgekomen en dat thans inwerkingtreding hiervan voor een onzekere periode op zich laat wachten.

Met het voorgaande is gezegd dat in een strikt dogmatische opvatting van de beginselplicht tot handhaving gedoogruimte in dit geval nauwelijks aanwezig lijkt, maar dat in de rechtspraak meer ruimte voor gedogen wordt gezien. Het valt daarom niet uit te sluiten dat de rechter ook in toekomstige zaken in verband met op het spel staande belangen, in het kader van de belangenafweging (het ene gedoogcriterium), gedogen accepteert, ook wanneer nog niet kan worden gezegd dat sprake is van een concreet zicht op legalisatie (het andere gedoogcriterium). Daarbij is van bijzondere betekenis dat duidelijkheid bestaat over de voordelen van het NNHS. Bij twijfel daarover (voor een grote groep belanghebbenden).

Het voorgaande laat onverlet dat in de context van het toezicht op naleving van het LVB *prioritering* kan plaatsvinden. Daarbij zou ruimte kunnen bestaan voor afwegingen op basis van het NNHS c.q. het komende LVB-1. Prioritering zou inhouden dat bij bepaalde lichte overtredingen alleen naar aanleiding van een klacht of een verzoek van een belanghebbende wordt beoordeeld of handhavend moet worden opgetreden. Niet aannemelijk is echter dat de overtredingen van het LVB

⁵⁸ Rechtbank Noord-Holland 22 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9181.

als zodanig zouden kunnen worden aangemerkt. Het is bovendien niet mogelijk op basis van prioritering op voorhand te beslissen dat gedurende een bepaalde tijd of in het geheel niet zal worden opgetreden tegen bepaalde overtredingen en daarom handhavingsverzoeken af te wijzen.⁵⁹

6.2 Partieel handhaven of gedogen

Een ander – hiermee wellicht samenhangend – aandachtspunt is de mogelijkheid van partieel handhaven resp. gedogen. Uit de beginselplicht tot handhaving vloeit voort dat handhaving volledig geschiedt en slechts in *uitzonderingsgevallen* partieel. Een uitzondering kan aan de orde zijn zover legalisatie van de overtreding op korte termijn is te verwachten. Hierboven werd besproken dat van concreet zicht op legalisatie van overtredingen door inwerkingtreding van het NNHS geen sprake is.

Gaat het om de *mogelijkheid* van legalisatie als grond voor partiële handhaving dan is, net als bij gedogen, van groot belang hoe reëel die mogelijkheid is. Michiels heeft erop gewezen dat partieel gedogen net als volledig gedogen slechts aanvaardbaar is als er een duidelijke begrenzing in de tijd kan worden aangebracht en de periode betrekkelijk kort is. Bovendien is de mogelijkheid van legalisatie op zichzelf niet voldoende voor geheel of gedeeltelijk gedogen.⁶⁰ Bij partieel gedogen van een wettelijke regeling als het LVB in verband met de mogelijkheid van legalisatie geldt daarnaast dat milieubelangen en belangen van burgers die zijn betrokken bij handhaving goed in kaart moeten zijn gebracht en kenbaar dienen te zijn afgewogen tegen de belangen bij voortzetting van de activiteiten.⁶¹ Bij partieel gedogen van het LVB zal wat begunstigend is voor de één onder omstandigheden nadelig zijn voor een ander. Dat maakt dat partieel gedogen van het LVB geen juridisch haalbare optie is.

In par. 5.2 werd nog gewezen op de situatie dat vast komt te staan dat het NNHS voor een bepaalde (grote) groep omwonenden beter is dan de huidige wetgeving, zonder dat dit voor een of meer andere omwonenden direct of indirect nadelen heeft. Wanneer in casu toepassing van het NNHS een overtreding van de huidige wetgeving zou betekenen, zou in zoverre gedogen vanwege het evenredigheidsbeginsel verdedigbaar kunnen zijn.

De vraag zou kunnen worden gesteld of niet ook een uitzondering op de handhavingsplicht zou kunnen worden gemaakt als belanghebbenden *instemmen* met het partieel gedogen van de overtreding. Dat roept natuurlijk ten eerste de vraag op hoe in een geval als het onderhavige van instemming van alle belanghebbenden zou kunnen blijken. Als vooralsnog sprake is van een traject waarin alle belanghebbenden (dan wel hun vertegenwoordigers) met het bevoegd gezag ‘in gesprek zijn’, dan zou dat gesprek moeten zijn afgerond alvorens aan een resultaat daarvan überhaupt betekenis zou kunnen toekomen in besluitvorming over handhaving.⁶²

⁵⁹ ABRvS 4 juni 2014, *JB* 2014/153, *NJB* 2014/1245, *JG* 2014/47, m.nt. Al Khatib en Barkhuysen, *Gst.* 2014, 88, m.nt. Van Alphen (meerpaal Zaandam). Zie ook ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2614; ABRvS 24 februari 2016, AB 2016/119.

⁶⁰ Noot Michiels onder AB 2002/224, onder punt 4.

⁶¹ Vgl. voor wat betreft handhaving bij handelen zonder milieuvergunning voor motorcrossactiviteiten: ABRvS 30 mei 2007, AB 2007/218, m.nt. Michiels. Zie ook: ABRvS 27 februari 2002, nr. 200004153/2, AB 2002/224, Michiels; ABRvS 10 april 2002, nr. 19990917/1, AB 2003/98, m.nt. De Gier.

⁶² Vgl. ABRvS 30 mei 2007, AB 2007/218, m.nt. Michiels, r.o. 2.3.5 “Aan de omstandigheid dat appelland betrokken is geweest dan wel heeft ingestemd met een mediationstraject kan ten slotte — anders dan verweerder heeft betoogd — geen doorslaggevende betekenis worden toegekend, nu dat traject in juni 2006 is afgerond en niet heeft geresulteerd in beëindiging van de motorsportactiviteiten maar juist in een voortzetting daarvan tot ten minste 2009.”

6.3 Tussenconclusie

De beginselplicht tot handhaving brengt mee dat voor gedogen in beginsel geen ruimte is. Alleen concreet zicht op legalisatie en onevenredigheid kunnen een rechtvaardiging voor gedogen betekenen. Beide criteria zijn in dit geval problematisch. Van concreet zicht op legalisatie is nog geen sprake. Voor het andere criterium is relevant dat sommige belanghebbenden door het NNHS worden gedupeerd; in het algemeen staat dat aan gedogen in de weg. Op grond van de jurisprudentie kan echter niet worden uitgesloten dat de rechter in het kader van de belangenafweging toch ruimte voor gedogen ziet. Partieel handhaven van het LVB is juridisch gezien geen haalbare kaart; ook niet wanneer het handhavingsbeleid in de vorm van een beleidsregel zou worden gegoten. Legalisatie op korte termijn ligt onvoldoende concreet in het verschiep. Het feit dat belangen van bepaalde burgers door partieel handhaven worden aangetast, verzet zich eveneens tegen gedogen.

7. PRIVAATRECHTELIJKE NORMSTELLING EN HANDHAVING

7.1 Gebruik van de privaatrechtelijke in plaats van de publiekrechtelijke weg

De vraag rijst of, voor zover het publiekrecht daarvoor geen ruimte biedt, door middel van het privaatrecht anticiperend kan worden gehandhaafd. Meer specifiek valt te denken aan het NNHS als een convenant (afpraak, overeenkomst) waaraan partijen zich gebonden achten en waarvan de naleving langs privaatrechtelijke weg kan worden verzekerd (civielrechtelijke dwangsommen en procedures).

De beperkingen van dit privaatrechtelijke alternatief zijn aanstonds duidelijk. Allereerst binden privaatrechtelijke afspraken alleen *partijen* (met name de overheid en Schiphol, eventueel ook een belangenorganisatie), geen *derden* (met name individuele omwonenden die de overeenkomst niet hebben ondertekend).

Privaatrechtelijke handelen van een overheidslichaam mag bovendien niet in strijd zijn met geschreven regels van publiekrechtelijke herkomst. Een overeenkomst die afwijkt van wettelijke voorschriften is *nietig*. Een overeenkomst die een overheidslichaam dwingt tot handelen in strijd met de wet en nadere wetgeving, in het bijzonder het huidige LVB, is als zodanig aan te merken en derhalve nietig. Een overeenkomst die de strekking heeft dat niet handhavend wordt opgetreden tegen (verplaatsing van) geluidsoverlast die in strijd is met het LVB, behoort derhalve niet tot de juridische mogelijkheden.⁶³

Verder kan men zich afvragen of de privaatrechtelijke weg mag worden bewandeld ter behartiging van zekere belangen waar er reeds een publiekrechtelijke weg openstaat: de problematiek van de zgn. tweewegen- of doorkruisingsleer (tot op zekere hoogte eveneens een uitdrukking van de legaliteitseis). Blijkens onder andere het standaardarrest van de Hoge Raad van 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (Windmill) over deze leer dient, als de wet geen uitsluitel biedt, in dit verband te worden gekeken naar de inhoud en strekking van de betrokken publiekrechtelijke regeling, de wijze waarop en de mate waarin in het kader van deze

⁶³ Zie: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen, Deventer: Kluwer 2019, p. 438-441; HR 7 april 2000, AB 2000/438, m.nt. Drupsteen (Parkeerexploitatie Amsterdam BV).

publiekrechtelijke regeling de belangen van burgers worden beschermd en de vraag of de overheid door gebruikmaking van deze publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke weg. De Wet luchtvaart noch een andere wet laat zich over het maken van privaatrechtelijke afspraken als hier bedoeld uit. Het maken van dergelijke afspraken levert een onaanvaardbare *doorkruising* op van het toepasselijke publiekrechtelijke regime op, alleen al omdat via de publiekrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt: het wijzigen van de toepasselijke regels en handhaving daarvan.

In lijn met de benadering van de bestuursrechter kan bovendien worden gesteld dat in een overeenkomst geen gedoogvoorwaarden mogen worden opgenomen. Het is uitsluitend het publiekrechtelijke kader dat bepaalt of en in hoeverre en onder welke voorwaarden kan worden afgezien van handhaving.⁶⁴

7.2 Tussenconclusie

Het maken van bindende privaatrechtelijke afspraken over de te hanteren geluidsnormen die grenzen stellen aan het vliegverkeer en/of handhaving daarvan is juridisch niet mogelijk. Zulke afspraken druisen in tegen het publiekrechtelijke kader dat bij handhaving het primaat heeft. Dit volgt uit jurisprudentie van de burgerlijke en de bestuursrechter.

8. RECHTSBESCHERMING

8.1 Bestuursrechtelijke mogelijkheden

In het kader van het bestuursrecht hebben (omwonende) belanghebbenden (art. 1:2 lid 1 Awb) de mogelijkheid om een *aanvraag* (art. 1:3 lid 3 Awb) tot handhaving in te dienen, waarbij de eerder besproken beginselplicht tot handhaving geldt. De afwijzing van de aanvraag is een *besluit* (art. 1:3 lid 2 Awb) waartegen *bezwaar* (art. 7:1 lid 1 Awb) resp. *beroep* (art. 8:1 Awb) resp. *hoger beroep* (art. 8:104 lid 1 Awb) openstaat. De toepasselijkheid van het bestuurs(proces)recht impliceert onder meer dat omwonenden doorgaans gelegenheid hebben hun *zienswijze* te geven en dat er in diverse opzichten sprake is van een laagdrempelige procedure. In het algemeen kan worden gesteld dat de rechtspositie van omwonenden in hun verhouding tot de overheid in het bestuursrecht sterker is dan in het privaatrecht. Zij kunnen via de bestuursrechter *afdwingen* dat tot handhaving van het LVB wordt besloten door middel van oplegging van een herstelsanctie.

Een belanghebbende kan ook verzoeken een eenmaal opgelegde herstelsanctie te *effectueren* (toepassing van bestuursdwang, invordering van de verbeurde dwangsommen). Het bestuursorgaan dient op dat verzoek binnen vier weken te beslissen (art. 5:31a resp. art. 5:37 lid 2 en 3 Awb). Wordt het verzoek afgewezen, dan staat daartegen eveneens rechtsbescherming bij de bestuursrechter open.⁶⁵ Van een bestuursorgaan dat een herstelsanctie opgelegd mag, indien niet

⁶⁴ Vgl. ABRvS 16 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN5085, AB 1996/288, m.nt. Jurgens (Kameriks gedogen); Vz. AGRvS 24 mei 1991, M en R 1992, 115, m.nt. Gilhuis. In laatstgenoemde uitspraak werd geoordeeld dat niet het toetsingskader van een met een bedrijf gesloten convenant maar dat van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren beslissend is voor het al dan niet verlenen van een vergunning. Zie ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 450-453.

⁶⁵ De beslissing op het verzoek tot toepassing van bestuursdwang is een beschikking (en geen feitelijk handelen), aldus art. 5:31a lid 3 Awb, en dus appellabel.

aan de opgelegde last wordt voldaan, worden verwacht dat het de sanctie ook effectueert. Alleen in bijzondere omstandigheden kan hiervan worden afgezien.⁶⁶ Via een beroep bij de bestuursrechter tegen een afwijzing van verzoek tot effectuering van een herstelsanctie in verband met overtreding van het LVB zal een belanghebbende dus kunnen afdwingen dat wordt besloten tot effectuering van de sanctie.⁶⁷

Dit alles geldt waar sprake is van een overtreding, in deze context de schending van een wettelijk voorschrift of het niet opvolgen van een art. 8.22-maatregel. Schending van een norm van het NNHS is – voor zover deze norm niet met de huidige wetgeving samenvalt – geen overtreding. Dit wil zeggen dat burgers, daargelaten moeizame civielrechtelijke mogelijkheden, geen mogelijkheid hebben om naleving van de NNHS af te dwingen (want ook de minister mist die mogelijkheid).⁶⁸

8.2 *Tussenconclusie*

Via een laagdrempelige procedure bij de bestuursrechter kan een omwonende die belanghebbende is proberen af te dwingen dat de minister in geval van overtreding van het LVB een herstelsanctie oplegt aan de overtreder en die herstelsanctie effectueert. De belanghebbende staat sterk, gelet op de beginselplicht tot handhaving en tot effectuering van een opgelegde herstelsanctie. Hij staat in geval van schending van het NNHS juist zwak: daargelaten civiele procedures, is hij dan vooral afhankelijk van de bereidheid van de normschender om het gedrag aan te passen.

⁶⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 115; ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2547.

⁶⁷ Als na het besluit tot toepassing van bestuursdwang of invordering feitelijk executie toch achterwege blijft, kan alleen een actie bij de burgerlijke rechter nog uitkomst bieden. Maar wij nemen aan dat dit stadium niet zal worden bereikt.

⁶⁸ Waar Schueler in zijn advies Rechtsbescherming onder het nieuwe normen- en handhavingstelsel voor Schiphol constateert dat het niveau van de rechtsbescherming in het nieuwe stelsel ten minste gelijk blijft aan dat van het huidige stelsel (zie ook Kamerstukken II 2013/14, 31 936, nr. 170, p. 22), gaat hij uit van de situatie dat het nieuwe stelsel als wetgeving in werking is getreden.

BIJLAGE: BRONNEN

Voor het onderzoek zullen onder meer de volgende bronnen worden geraadpleegd:

Algemeen:

- Literatuur en jurisprudentie over de legaliteitseis, de beginselplicht tot handhaven en gedogen, de tweewegen-leer en de rechtsbescherming van de burger;
- P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen, Deventer: Kluwer 2019, p. 438-441;
- Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, Het proberen waard, Den Haag, 6 juli 2000.
- M.J. Jacobs, Experimentele wetgeving (oratie VU), Deventer: Wolter Kluwer 2018;
- J.H. van Kreveld, Doorbraakarresten, in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak & B.J. Schueler, AB Klassiek, Deventer: Wolters Kluwer 2016;
- A. Tollenaar, Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechterlijke toetsing aan beleid en beleidsregels, JBplus 2006, p. 175-187;
- C. Asser & J.B.M. Vranken, C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (Asser-serie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995;
- Aanwijzingen voor de regelgeving.

Specifiek:

- Luchtvaartwet en haar wetsgeschiedenis;
- Luchthavenverkeerbesluit Schiphol en andere luchthavenbesluiten en hun wetsgeschiedenis;
- B.J. Schueler, Rechtsbescherming onder het nieuwe normen- en handhavingstelsel voor Schiphol, Utrecht, september 2013;
- Schiphol Group, Milieueffectrapportage Nieuw Normen- en Handhavingstelsel Schiphol, Schiphol, juni 2016;
- Rechtbank Amsterdam 17 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2443;
- Rechtbank Noord-Holland 22 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9181.
- Hof Arnhem 14 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH0517 (anticipatie op toekomstige wetgeving).