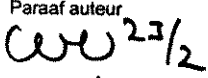
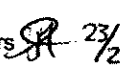
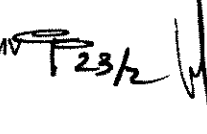



de bewindsliedenstaf

Telefoon 070 - 339
Fax 070 - 339 13 59

Uitspraken Raad van State

nota

Datum	Kenmerk	Afschrift aan auteur, archief en aan circ.
24 FEBRUARI 2005	MJZ2005021635	
Paraaf auteur 	Paraaf mr Mutsaers 	Paraaf DGM/LMV 
Paraaf dgm 		

Doel van de nota

N.a.v. het verzoek van de minister wordt een beschouwing gegeven over enkele recente uitspraken van de Raad van State, waarbij besluiten over diverse projecten op VROM-gebied werden vernietigd en vaak VROM-regelgeving (incl. implementatiewetgeving) daartoe (mede) de aanleiding vormde.

Gelet op de breedte van de vraagstelling enerzijds en de beperkte tijd anderzijds moet deze nota als een probleemverkennde notitie worden beschouwd.

Samenvatting/conclusie

Van één enkele rode draad in de uitspraken is geen sprake.

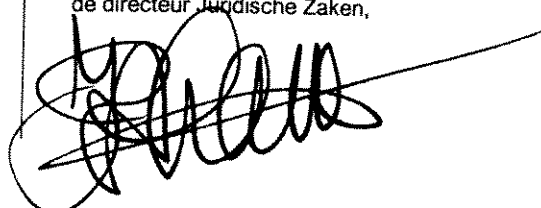
Bij de nader bekeken casus luchtkwaliteit speelt een hele reeks van oorzaken. Een betere kwaliteit van Europese regelgeving is noodzakelijk. Als Nederland bij de totstandkoming van Europese regels inschat dat die voor Nederland niet uitvoerbaar zijn, dan moeten op dat moment daaruit consequenties worden getrokken.

Ten aanzien van de Vogel- en Habitatrichtlijn volgt uit het Kokkelvissersarrest van het Europese Hof dat daaraan indringender dan voorheen moet worden getoetst. Dat betekent echter niet dat Nederland 'op slot zit'; er blijft ruimte voor een bestuurlijke afweging, mits volgens een zorgvuldige procedure. Maar ook los van die indringender toetsing moet worden geconcludeerd dat vaak begrijpelijk is dat de Afdeling het verrichte onderzoek onvoldoende vindt.

Ook in andere opzichten gaat het niet zelden eenvoudigweg om onzorgvuldige besluiten van bestuursorganen, waarbij de rechter corrigerend optreedt. Dat is zijn taak.

Paraaf (p)SG

de directeur Juridische Zaken,





Overigens staat die correctie er bijna nooit aan in de weg dat het bestuur vervolgens hetzelfde besluit, maar dan op basis van wél toereikend onderzoek en beter gemotiveerd, opnieuw neemt.

Om de correctie door de rechter te voorkomen zal meer aandacht moeten uitgaan naar een zorgvuldige voorbereiding van besluiten. Gemeenten en provincies (maar ook departementen) geven de juridische functie en daarmee de juridische kwaliteitsbewaking niet altijd de plaats en de aandacht die deze moeten hebben. Voorts bezuinigt het Rijk op advisering over door gemeenten en provincies te nemen besluiten.

Ten slotte moeten waar nodig bestuurders eraan worden herinnerd dat overmatige nadruk op daadkracht ten koste kan gaan van de in een rechtsstaat vereiste zorgvuldigheid. Het is niet meer en niet minder dan de taak van de rechter om te bewaken dat ook het bestuur zich aan de (milieu)regels houdt.

Politieke relevantie

Hoog.

Besilspunten

Geen.

Toelichting

Vraagstelling

De laatste maanden zijn er verschillende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) geweest, waarin besluiten van gemeenten, provincies en ministers, gericht op het realiseren van op VROM-gebied belangrijke projecten, werden vernietigd. Tevens vormde vaak onder VROM ressorterende regelgeving (incl. implementatiewetgeving) daartoe (mede) de aanleiding.

De vraag is gerezen of er een rode draad is tussen de uitspraken, en zo ja wat daaraan te doen zou zijn.

De uitspraken

Om een idee te geven van de bedoelde uitspraken een – niet uitputtende – lijst:

- wegverbreding (A1 en A2), bestemmingsplannen (o.a. bedrijventerrein Hendrik-Ido-Ambacht, Amsterdam stationseiland), inrichtingen (ADO-stadion), alle i.v.m. luchtkwaliteit
- woonwijk Leeuwarden i.v.m. mer
- metrostation Amsterdam
- woonwijk IJburg Amsterdam
- PKB Maasvlakte
- Kokkel- en mosselvisserij (op basis van de huidige pkb Waddenzee).

Overigens: het gaat hier om een aantal spraakmakende zaken, maar daarmee is nog niet gezegd dat de jurisprudentie over de gehele linie in deze periode slechter voor het bestuur zou zijn uitgevallen dan in andere periodes. Dergelijke vragen vergen een breed opgezet wetenschappelijk onderzoek.

Opzet nota

Allereerst worden de oorzaken geschetst van de voor het bestuur negatieve rechterlijke uitspraken op basis van het Besluit luchtkwaliteit.

Ook wordt ingegaan op de uitspraken inzake strijd met de Vogel- en Habitatrichtlijn.



Enkele uitspraken, ook op ander terrein, worden samengevat (soms in een bijlage), mede om aan te geven hoe overtuigend deze stuk voor stuk eigenlijk zijn. Daarna worden de gevolgen van de uitspraken verduidelijkt en worden enkele andere relevante factoren genoemd. De vraag wie die rechter die al die uitspraken doet eigenlijk is, wordt behandeld in een bijlage waarin samenstelling en werkwijze van de Afdeling worden besproken. De conclusies zijn al vermeld hierboven in de samenvatting.

Luchtkwaliteit

Sedert de zomer van 2004 toetst de Afdeling zowel landelijke als decentrale besluiten (bestemmingsplannen, vergunningverlening) aanmerkelijk strenger op het halen van de normen voor NO₂ en PM₁₀ uit het Besluit luchtkwaliteit. Gevolg is dat de afgelopen periode een reeks van projecten en besluiten is gesneuveld bij de Raad van State.

De volgende oorzaken kunnen worden genoemd.

- Veel besluiten zijn gesneuveld vanwege onvoldoende motivering. Onderkend moet dat bestuursorganen pas veel te laat aandacht zijn gaan besteden aan luchtkwaliteitseisen en die te licht hebben opgevat. Men is slordig en onvolledig. Daarbij zou ook wel eens een belangrijke oorzaak kunnen zijn dat beperkingen vanuit milieu voor ruimtelijke ordeningsafdelingen nog steeds te weinig op het netvlies staan.
- Aanvankelijk toetste de Afdeling nauwelijks of niet aan de normen voor fijn stof en leek ze het concept van gevoelige bestemmingen (= waar mensen verblijven) te honoreren. Medio 2004 heeft ze evenwel, door nieuwe inzichten of mogelijk onder invloed van een nieuwe bezetting, haar jurisprudentie aangescherpt. Overheden waren niet op deze ommekeer in de jurisprudentie bedacht.
- Voor fijn stof hebben we door verschillende factoren te maken met voor Nederland en ook voor de andere lidstaten onhaalbare normen. Nederland heeft daar echter, als klein en vol land met bovendien veel grensoverschrijdende luchtverontreiniging, het meeste last van.
- Bij de totstandkoming heeft Nederland kenbaar gemaakt dat deze normen in de praktijk heel lastig te halen zouden zijn. Als remedie is toen door de Europese Commissie gekozen voor een tijdige evaluatie. Deze evaluatie heeft evenwel zoveel vertraging opgelopen dat de voor 2005 afgesproken strengere normen inmiddels in werking zijn getreden.
- De Europese regelgeving zelf is op een aantal punten niet duidelijk en voor meerdere uitleg vatbaar. De richtlijn geeft normen voor de buitenlucht maar kent vervolgens aparte normen voor de blootstelling van mensen en voor ecosystemen. Er is ook discussie mogelijk over de vraag of de normen voor fijn stof slaan op alle fijn stof, of alleen op antropogeen (= door de mens veroorzaakt) fijn stof.
- Bij de implementatie van richtlijnen ligt het accent primair op de juridisch verantwoorde omzetting. Dat is begrijpelijk want op diverse terreinen (o.a. bij afvalstoffen) is in het verleden de ervaring geweest dat Nederland in gebreke werd gesteld vanwege het niet precies volgen van de terminologie van de richtlijn. Gevolg is wel dat een spanningsveld ontstaat met de mogelijkheden van de uitvoeringspraktijk. Bij het Besluit luchtkwaliteit is ervoor gekozen dit te proberen op te lossen met ruimte te scheppen in de toelichting. Zo bevat de toelichting een uitgebreide passage voor fijn stof, waarin wordt uitgelegd dat lokale overheden niet verantwoordelijk kunnen zijn voor het halen van de normen. De Afdeling heeft echter medio 2004 overwogen dat de toelichting niet kan afdoen aan de tekst van de amvb.



- Het Besluit luchtkwaliteit is verzeild geraakt in een territoriumgeschil tussen Tweede Kamer en regering. De Kamer heeft geëist dat het Besluit wordt omgezet in een wet. Daarmee kwam een mogelijk tussentijdse aanpassing van het Blk moeilijk te liggen (een regeling die moet worden ingetrokken kan bezwaarlijk nog kan worden gewijzigd).

Aan de remedie-kant kan het volgende worden genoemd:

- Ondersteuning bevoegde gezagen bij maken betere besluiten. Op dit moment is echter nog niet duidelijk met welke betere motivering een besluit wel in stand zou blijven. Verdere jurisprudentie moet daarover duidelijkheid creëren.
- Bijstelling van de regelgeving: er wordt op dit moment - met instemming van de Tweede Kamer - een ministeriële regeling luchtkwaliteit opgesteld, die een zo minimaal mogelijke implementatie beoogt (gepresenteerd als 'verduidelijking' van het Blk). De Afdeling heeft tot nog toe alleen getoetst aan het Blk, en niet rechtstreeks aan de richtlijn. Dat feit laat ruimte voor een soepeler ministeriële regeling luchtkwaliteit. Bij het totstandbrengen van die regeling zal de Raad van State (onverplicht) om advies worden gevraagd. Informeel is de regeling ook aan de Europese Commissie voorgelegd. De uitkomst van een en ander staat natuurlijk nog niet vast.
- Inmiddels ligt het Nationaal luchtkwaliteitsplan bij de Tweede Kamer met belangrijke maatregelen om de situatie voor fijn stof en NO₂ te verbeteren.
- Inzet is meer geld voor bronbeleid en voor maatregelen in bestaande situaties.
- Gewerkt wordt ook aan verbetering/standaardisatie van de rekenmodellen.
- Tegelijk wordt maximale invloed uitgeoefend in Brussel om te komen tot een wijziging van de richtlijn. Kernpunten daarbij zijn uitstel van de normen, de werkingssfeer, een aftrek voor de niet antropogene factor.

Last but not least: de Afdeling lijkt in haar recente uitspraak over het bestemmingsplan Amsterdam stationseiland (zie bijlage) meer oog te hebben voor de (on)mogelijkheden in de uitvoeringspraktijk. Zo wordt meer onderkend dat gemeenten slechts een geringe rol spelen bij fijn stof en lijkt de mogelijkheid van saldering aanwezig, mits goed onderbouwd.

Vogel- en Habitatrichtlijn

Onlangs zijn verschillende bestuursbesluiten door de Afdeling vernietigd wegens strijd met de Vogel- en Habitatrichtlijn (de PKB voor de Tweede Maasvlakte en de vergunningen voor kokkel- en mosselvisserij, die mede waren afgegeven op grond van de huidige pkb Waddenzee). Wegens gebrek aan juiste implementatiemaatregelen, toetst de rechter bestuursbesluiten nu rechtstreeks aan de richtlijnen. Medio 2005 zal dit veranderen, omdat dan de wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in werking treedt, die de richtlijnen implementeert.

In 2003 heeft het kabinet een interdepartementaal beleidsonderzoek (IBO) naar de Europese en Nederlandse natuurbeschermingswetgeving laten verrichten. Directe aanleiding hiervoor was de maatschappelijke onrust over de effecten van de Vogel- en Habitatrichtlijn. Men hield de richtlijnen verantwoordelijk voor het belemmeren van economisch gewenste activiteiten. Het IBO was dan ook getiteld: 'Nederland op slot?'. Voor dit IBO is jurisprudentieonderzoek verricht. Daaruit bleek, dat veel van de problemen in de praktijk rond de Vogel- en Habitatrichtlijnen te wijten zijn (geweest) aan ontbrekende juridische en ecologische kennis.

Het jurisprudentieonderzoek heeft duidelijk gemaakt, dat de Vogel- en Habitatrichtlijn Nederland *niet* op slot zetten. De rechter hanteert een duidelijke lijn. Indien het bestuur niet serieus heeft



gekeken naar de eisen van de richtlijnen en de vereiste informatie niet heeft verzameld, volgt vernietiging van het genomen besluit. Maar wanneer het bestuur zich rekenschap heeft gegeven van en onderzoek heeft laten doen naar de in geding zijnde natuurwaarden, toetst de rechter marginaal. Dan vindt bijna nooit vernietiging plaats.

Onlangs is de jurisprudentie op het punt van die marginale toets veranderd. Uit recente uitspraken blijkt dat de rechter nu indringender toetst of het bestuur de door de richtlijnen voorgeschreven procedure heeft gevolgd. Aanleiding voor die strengere toets is het arrest van het Hof van Justitie van de EG over de (mechanische) kokkelvisserij in de Waddenzee, van 7 september 2004. U bent hierover geïnformeerd bij nota van 10 september 2004.

In dit '**Kokkelvisseriesarrest**' heeft het Hof vragen van de Afdeling beantwoord over de wijze waarop de Habitatrichtlijn uitgelegd moet worden. In zijn antwoord heeft het Hof veel onduidelijkheden over kernbegrippen van de richtlijn weggenomen. In het IBO waren o.a. die onduidelijkheden als knelpunt bij de toepassing van de richtlijnen opgenomen. Het Hof heeft gekozen voor een vrij strenge uitleg van de richtlijn. Dit is in overeenstemming met het voorzorgsbeginsel, één van de beginselen die aan de richtlijn ten grondslag liggen. Zo bepaalt het Hof, dat wanneer op grond van objectieve gegevens *niet kan worden uitgesloten* dat een project significante gevolgen heeft voor een natuurgebied, een passende beoordeling moet worden gemaakt. Het Hof stelt zwaardere eisen aan de passende beoordeling dan voorheen in de Nederlandse praktijk gebruikelijk was. Het bestuur mag slechts toestemming voor de activiteit geven, als het de *zekerheid* heeft verkregen dat die activiteit geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het gebied. Dit is het geval wanneer er *wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat* dat er geen schadelijke gevolgen zijn. Het Hof bepaalt ook dat, in tegenstelling tot de Nederlandse praktijk, bestaande activiteiten waarvoor steeds een nieuwe vergunning moet worden verleend, moeten worden beoordeeld als een nieuw project onder de Habitatrichtlijn.

De uitspraken van de Afdeling die hierop volgen, sluiten aan bij deze uitleg van het Hof, met als gevolg dat de door LNV verleende vergunningen voor de kokkel- en voor de mosselvisserij worden vernietigd (zie bijlage).

In de zaak over de **PKB voor de Tweede Maasvlakte** van januari 2005, had het bestuur wel een passende beoordeling verricht, maar over de gevolgen voor de Waddenzee konden geen harde conclusies worden getrokken. Volgens de Afdeling had ook voor de Waddenzee een passende beoordeling moeten worden gemaakt. Het onderzoek naar de vislarven- en slibinstroom in de Waddenzee vindt ze niet voldoende. Dit klopt met de Hofuitspraak, omdat de uitkomst van een passende beoordeling niet mag zijn dat geen harde conclusies kunnen worden getrokken. Er mag toestemming worden gegeven als *zeker* is dat er geen gevolgen zijn voor het gebied. Is die zekerheid er niet, dan komt de uitzonderingsbepaling in beeld. In de PKB is wel voor de effecten van landaanwinning op andere natuurgebieden gebruik gemaakt van de uitzonderingsbepaling van de Habitatrichtlijn. Dit heeft de Afdeling zorgvuldig nagelopen en in orde bevonden. De Europese Commissie had hierover ook al een positief advies gegeven. (De PKB Maasvlakte wordt overigens ook om andere redenen dan strijd met de Habitatrichtlijn vernietigd, redenen die vermijdbaar waren geweest. Zie de bijlage).

Dat de Afdeling bestuursbesluiten nu indringender toetst aan de Vogel- en Habitatrichtlijn, betekent nog steeds niet dat Nederland 'op slot zit'. Er blijft ruimte voor een bestuurlijke afweging, omdat die ruimte in de Habitatrichtlijn zelf zit. Een project dat natuurwaarden (mogelijk)



aantast kan, om dwingende redenen van groot openbaar belang, doorgaan via de uitzondering van artikel 6 lid 4. Dat dit ook kan slagen, blijkt uit de uitspraak over de Tweede Maasvlakte. Wel is het zo, dat de procedure die de Habitatrichtlijn in artikel 6 voorschrijft, nu zorgvuldiger moet worden doorlopen. Het zich rekenschap geven van, en onderzoek doen naar, de natuurwaarden, is niet (meer) voldoende. Er moet *wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaan* dat er geen schadelijke gevolgen voor de natuurwaarden zijn, om zonder toepassing van de uitzonderingsbepaling door te kunnen gaan met het project.

Overigens zullen ingevolge MR-besluit in interdepartementaal verband de Habitat-uitspraken nog nader worden gezien.

Uitspraken op andere terreinen

Ook bij uitspraken op andere terreinen moet niet zelden de conclusie zijn dat de uitspraken van de Afdeling overtuigend of op zijn minst begrijpelijk zijn.

Reden voor vernietiging is bijv. onvoldoende onderzoek, ontoereikende mer, tekortschietende motivering en rechtstreekse strijd met de wet. Dergelijke redenen liggen ook ten grondslag aan de vernietigingen in de in het begin van deze nota genoemde uitspraken (zie verder de bijlage).

Voorts kan nog worden opgemerkt dat soms het punt van strijd met VROM-regelgeving (zoals bijv. luchtkwaliteit) het meest in het oog springende maar niet het enige punt is waarop een project stuit. Daarbij is niet ondenkbaar dat het in het belang van betrokkenen is op die andere punten minder nadruk te leggen.

Zo is het besluit op grond van de Spoedwet wegverbreding t.b.v. de **A2** ook gesneuveld op het totaal geen acht slaan op een door Nederland aangegaan internationaal verdrag over de inrichting van verkeerswegen (een punt waarvoor in de literatuur was gewaarschuwd).

In het algemeen: de teleurstelling, om niet te zeggen de frustratie, bij betrokken bestuurders en ambtenaren na een negatieve uitspraak is volstrekt begrijpelijk. Maar er zijn toch niet veel uitspraken waarvan ook met de nodige distantie overeind blijft dat die niet juist waren. De negatieve uitspraken hadden in het algemeen voorkomen kunnen worden door meer adequate voorbereiding.

Vrijwel altijd: uitstel, geen afstel

Van belang is te onderstrepen dat vrijwel altijd de crux is dat de betrokken bestuursorganen onzorgvuldig ten opzichte van de regels zijn geweest. Met een hernieuwde, zorgvuldiger besluitvorming is dan alsnog hetzelfde resultaat te bereiken. Dat strookt ook met de positie van de rechter: die bepaalt niet de doelen (dat doet de politiek), maar heeft wel uitdrukkelijk als taak om toe te zien op de naleving van de afgesproken regels.

Een en ander neemt niet weg dat op enig moment bepaalde normen, wanneer niet de bereidheid of de mogelijkheid (ook in Europa) bestaat die te wijzigen, grenzen aan de groei kunnen blijken te zijn. M.a.w. de milieuruimte is beperkt; het besef moet groeien dat de Afdeling óók toetst of de milieuruimte (in elk geval waar deze wettelijk is vastgelegd) al vol is of niet.

Terugbrengen rijksbemoeyenis vergroot risico

Vanuit overwegingen van decentralisatie en personele taakstellingen wordt de rijksbemoeyenis met bijvoorbeeld bestemmingsplannen aanzienlijk teruggebracht. In het kader van de toetsing werden natuurlijk ook veel opbouwende kritische opmerkingen gemaakt die de kwaliteit van het



plan ten goede kwamen. Zeker nu ook provincies de neiging hebben steeds marginaler te gaan toetsen valt te verwachten dat steeds meer bestemmingsplannen e.d. bij de rechter zullen blijken onvoldoende te zijn.

Conclusie

Zie Samenvatting/conclusie op blz. 1



Luchtkwaliteit

Het goedkeuringsbesluit voor het **bestemmingsplan Amsterdam stationseiland** is gesneuveld naar aanleiding van het beroep van Fortis, dat van het plan verminderde toegankelijkheid van zijn parkeergarage vreest. Dat specifieke bezwaar wordt overigens door de Afdeling afgewezen. V.w.b. luchtkwaliteit laat de Afdeling in abstracto de mogelijkheid open dat een verslechtering op de ene plek kan worden gecompenseerd door een verbetering elders. Maar gemeente en provincie betrekken verschillende niet onderbouwde stellingen en er was ten tijde van het besluit onvoldoende onderzoek.

Overigens is er inmiddels meer onderzoek beschikbaar (maar de Afdeling kon dat bij haar beoordeling van het besluit niet betrekken, zij toetst immers naar de omstandigheden ten tijde van het besluit, zgn. 'ex tunc'). Het snel nemen van een reparatiebesluit door GS lijkt mogelijk. Een klein deel van het bestemmingsplan sneuvelt omdat daarin in strijd met de wet geen dwarsprofiel ter bepaling van de geluidhinderzone is opgenomen.

Het goedkeuringsbesluit voor het bestemmingsplan van de gemeente Ambt Montfoort waarin onder meer de **A73** is opgenomen is vernietigd, omdat daarbij slechts is aangegeven dat het in 2020 met de luchtkwaliteitsnormen in orde zal zijn. De Afdeling constateert dat daarmee dus niet is bezien of bij het ingebruiknemen van de weg in 2008 wordt voldaan aan de dan geldende norm, resp. in 2010 aan de voor dat tijdstip in het Bk al gestelde norm. (Hierbij moet worden bedacht, dat – vgl. het streven naar meer gefaseerd invoeren van de Europese normen – wordt aangenomen dat de technische ontwikkelingen a.h.w. autonoom tot een verbetering leiden).

Bij het **ADO-stadion** moest de Afdeling constateren dat uit de stukken niet bleek wat de reeds aanwezige concentraties waren, terwijl gelet op de nabijheid van autowegen niet valt uit te sluiten dat al een overschrijding van de grenswaarden plaatsvindt. Voorts was ook niet onderzocht in hoeverre het stadion aan de concentraties zou bijdragen, terwijl dat gelet op de veroorzaakte verkeersbewegingen geenszins uit te sluiten valt.

Vogel- en Habitatrichtlijn

In de **kokkelvisserij**-zaak die aanleiding was voor het Hofarrest, vernietigt de Afdeling vervolgens in december 2004 de vergunningen wegens strijd met de Habitatrichtlijn. Uit het Hofarrest volgt dat ook een bestaande activiteit als de kokkelvisserij waarvoor jaarlijks vergunningen worden verleend, als nieuw project moet worden beschouwd. Volgens de Afdeling kan op grond van objectieve gegevens niet worden uitgesloten, dat de kokkelvisserij significante gevolgen heeft voor het natuurgebied. Daarom had een passende beoordeling uitgevoerd moeten worden.

In de toekomst zullen 'bestaande activiteiten' wel vaker aan de orde komen. Niet alle bestaande activiteiten worden volgens de Habitatrichtlijn als (nieuw) project beschouwd. Het gaat om activiteiten die opnieuw worden beoordeeld. Voor VROM zijn in dit verband de militaire oefenterreinen van belang.

In de **mosselvisserij**-uitspraak van februari 2005, worden ook de vergunningen voor de mosselvisserij vernietigd wegens strijd met de Habitatrichtlijn. Volgens de Minister van LNV kon de mosselvisserij geen significante gevolgen hebben voor de Waddenzee. Maar de Afdeling vindt dat significante gevolgen niet kunnen worden uitgesloten en dat een passende beoordeling had moeten worden gemaakt. De Afdeling constateert dat de minister een bepaald



onderzoeksrapport, dat destijds behoorde tot de beste wetenschappelijke kennis terzake, niet bij zijn besluitvorming heeft betrokken.

De Afdeling vindt ook, dat de invulling van het voorzorgsbeginsel in het afwegingskader van de huidige PKB Waddenzee niet aan de besluitvorming ten grondslag kan worden gelegd. Dit wijkt namelijk af van het afwegingskader uit de Habitatrichtlijn en de uitleg die het Hof eraan geeft. Het afwegingskader uit de huidige PKB kan dus op het punt van het voorzorgsbeginsel niet meer goed worden gebruikt voor de besluitvorming.

Bij de uitspraak **PKB Maasvlakte** kan overigens ook nog worden opgemerkt dat tevens fataal was het ontbreken van de wettelijk verplichte vermelding van de geldigheidsduur van de pkb, alsmede het feit dat de aantasting (de zandwinning) wél maar de compensatie daarvoor nièt bindend (d.w.z. in een concrete beleidsbeslissing) was neergelegd. Voorts deed de pkb een bindende uitspraak over de verplaatsing van boerenbedrijven, zonder te hebben onderzocht wat dat concreet voor hen betekende.

Andere terreinen

Eén van de punten waarop het **bestemmingsplan IJburg** is gesneuveld is het volgende. Het bestemmingsplan maakt drie varianten van uitvoering mogelijk. De voorkeursvariant is tevens de meest natuur- en milieuvriendelijke variant. Slechts aan de hand daarvan hadden gemeente en provincie geoordeeld dat het plan qua natuur en milieu aanvaardbaar was. De Afdeling constateert echter dat het plan de andere varianten ook mogelijk maakt, en van die andere varianten is niet onderzocht of ze significante effecten kunnen hebben op het natuurgebied. Het onderzoek dat voor het bestemmingsplan is verricht is mede daarom onvolledig (zie ook hierboven bij Vogel- en Habitatrichtlijn).

De **woonwijk bij Leeuwarden** is gestrand op het volgende punt: er was een globaal, onverplicht milieueffectrapport gemaakt voorafgaand de besluitvorming. Dat rapport gaf zelf aan dat er nog leemtes waren. De commissie mer had uitdrukkelijk niet gesteld dat dit rapport adequaat was. Wettelijk moet een mer worden gemaakt bij het eerste besluit dat de activiteit mogelijk maakt, i.c. het bestemmingsplan. Bij het bestemmingsplan was slechts een Oplegnotitie mer gemaakt in aanvulling op het eerdere rapport. In die Oplegnotitie werd echter noch de gehele geplande woonwijk gezien, noch werden de effecten deugdelijk gezien van verschillende mogelijke uitwerkingen die het bestemmingsplan mogelijk maakte. De Afdeling oordeelt dat dit geheel geen adequate mer oplevert.

PS: bij uitspraak van 23 februari haalt de Leeuwardense woonwijk Bulletpolder de eindstreep wél! Nadat de rechter een eerder besluit had vernietigd omdat het onderzoek tekortschoot, is thans het oordeel dat het nu gedane onderzoek aangemerkt kan worden als passende beoordeling in de zin van de VHR, en dat op basis daarvan voldoende zeker is dat er geen schadelijke gevolgen zullen zijn voor in de omgeving gelegen VHR-gebied.

Over de casus **metrostation Amsterdam** het volgende.

De Afdeling is over dit bouwplan minder kritisch dan de rechtbank. Bovendien voorziet de procedure er al in dat een besluit wordt gecorrigeerd, en het verbeterde besluit in hoger beroep aan de Afdeling wordt voorgelegd. Op veel punten vindt dat besluit genade in de ogen van de Afdeling. Dat betreft onder meer het feit dat het negatieve welstandsadvies niet is gevolgd, dat kon de gemeente motiveren met een ingewonnen advies van een andere deskundige. Maar het besluit schiet toch nog tekort op een andere afwijking van het welstandsadvies. Daarvoor was geen andere motivering gegeven dan dat dat technisch beter uitkomt.



In de MR is besproken dat moet worden onderzocht of een goed voorbereid gesprek met de Raad van State kan worden gevoerd.

Daarom onderstaand een beschouwing over de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak.

De Afdeling is rechter in eerste en hoogste instantie voor bestemmingsplannen en milieubesluiten. Daarnaast is de Afdeling rechter in hoger beroep over andere bestuursrechtelijke zaken, die (vanaf 1994) in eerste instantie door de sectoren bestuursrecht van de 19 rechtbanken worden behandeld.

De Afdeling bestaat uit alle gewone leden van de Raad van State, zgn. staatsraden (maximaal 28), die full-time zijn en zowel betrokken zijn bij de rechtsprekende taak als bij de advisering over wetgeving. Deze combinatie van functies staat bloot aan kritiek, maar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg heeft onlangs, zij het wel met kanttekeningen, die situatie geaccepteerd. Daarnaast zijn er maximaal 50 parttime 'staatsraden in buitengewone dienst', in het algemeen enkel belast met rechtspraak. In rechtszaken waarin de merites van wetgeving mede ter discussie staan worden gelet op het voorstaande met name ibd'ers ingezet. Mede daardoor bestaat overigens ook altijd het risico dat een bepaling die de wetgevingsadviesing zonder kritiek heeft gepasseerd later toch ondeugdelijk wordt bevonden. De Afdeling is verdeeld in drie kamers: RO-zaken, milieuzaken en hoger beroeps-zaken. Het blijkt vaak al moeilijk om de onderlinge consistentie van uitspraken van die drie onderdelen te bewaren.

In de Raad van State worden zowel mensen met een rechterlijke carrière als met een bestuurlijk-politieke of ambtelijke achtergrond benoemd. Het aantal van de eerste groep is de afgelopen jaren toegenomen.

Gezegd kan worden dat de Afdeling na 1994 rechtbanken die bij hun nieuwe taak soms wel heel indringend het bestuurshandelen gingen toetsen, heeft gecorrigeerd. Daarbij speelde de in die periode door Van Kemenade ingezette maatschappelijke discussie over 'gekooid bestuur' en de rol van de rechter, die teveel op de stoel van het bestuur zou zijn gaan zitten, wellicht ook een rol.¹

Op dit moment wordt in de literatuur de Afdeling veeleer een (veel) te grote vriendelijkheid voor het bestuur verweten.

Vermeldenswaard is dat bij het ministerie van EZ, dat ook veel te maken heeft met een gespecialiseerd bestuursrechtelijk college (het College van beroep voor het bedrijfsleven) dat louter uit mensen met een rechterlijke achtergrond is samengesteld, het gevoel bestaat dat dat college strenger voor de overheid is dan de Afdeling.

Plannen van Justitie, c.q. eerdere kabinetten, om alle bestuursrechtspraak, dus ook het werk van de Afdeling, te integreren in de gewone rechterlijke macht (rechtbanken, hoven, Hoge Raad) zijn op de lange baan geschoven.

De regels die voortvloeien uit de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht gelden vanzelfsprekend ook voor de Afdeling. Het EHRM ziet daarop ook toe. Als van geheel andere orde kan worden genoemd dat een geloofwaardige onafhankelijke rechterlijke macht in internationaal verband vaak als essentiële vestigingsfactor wordt beschouwd.

¹ Ironisch is dat Van Kemenade als voornaamste casus had de procedures rond de aanleg van de Afrikahaven, die nu ongebruikt leeg staat.



Gedachten om met een afvaardiging van het kabinet naar aanleiding van ongunstige uitspraken met de Afdeling te gaan praten zijn m.i. op het randje van wat constitutioneel, gelet op de machtenscheiding acceptabel is. Bovendien hebben andere procespartijen een dergelijke mogelijkheid niet. Of een minister bij een rechtbank, Hof of de Hoge Raad erg welkom zou zijn staat te bezien.

Bij een contact met de Afdeling zou op zijn minst de insteek zorgvuldig moeten worden gekozen en moet niet iets worden gedaan dat het daglicht van de publiciteit niet zou kunnen verdragen.

Afgezien van de constitutionele bedenkingen is trouwens ook de vraag hoe effectief zo'n stap zou zijn. Rechters, ook de staatsraden van de Afdeling (maximaal 78 in getal!), staan niet in enige hiërarchische verhouding. Het zijn individualisten, die tot hun eigen oordelen komen. Tot hun professionaliteit behoort ook dat zij acht slaan op het belang van consistentie van de uitspraken van het gehele college. Maar zelfs waar dat wordt nagestreefd lukt dat niet altijd. Het is beslist niet zo dat een vice-president van de Raad van State of een Voorzitter van de Afdeling alle staatsraden 'aan een touwtje' heeft.

(Om verwante redenen is overigens ook sowieso niet erg geloofwaardig dat er een vooropgezet gecoördineerd plan van de Afdeling zou zijn om het bestuur nu eens extra kritisch te gaan bejegenen).

Ten slotte is de kans dat een stap naar de Afdeling contraproductief werkt zeker aanwezig.

Terzijde wordt nog opgemerkt dat de verhouding tussen rechter en wetgever momenteel ook onder spanning staat. Ik doel daarbij op de ontstane discussie n.a.v. opmerkingen van leden van de rechterlijke macht over voorgenomen anti-terrorismewetgeving. Het idee van GroenLinks om een conferentie te organiseren over de omgang tussen politici en rechters is in de Kamer gesteund en wordt nu uitgewerkt.

Van belang is te benadrukken dat daarbij de verhouding tussen wetgever en rechter de primaire invalshoek is. In die verhouding is uiteindelijk de wetgever bepalend, omdat ook de rechter zich aan de wet dient te houden. Dit is slechts anders wanneer inbreuk wordt gemaakt op internationale regels waaraan Nederland zich heeft gebonden. Er zijn geen klemmende redenen waarom rechters zich niet als deelnemers aan het maatschappelijk debat (dus niet d.m.v. rechterlijke uitspraken) zouden mogen uitspreken over wetgeving-in-wording (zoals ook in meer georganiseerd verband vaak al gebeurt via de advisering door de Vereniging voor Rechtspraak).

Maar in de verhouding rechter en bestuur, dus over genomen bestuursbesluiten, is het altijd de rechter die het laatste woord heeft. Al laat dit natuurlijk onverlet de mogelijkheid voor het bestuur om een nieuw en beter besluit te nemen.