



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De programmatische aanpak getoetst

Kegge, R.; Boogaard, G.

Citation

Kegge, R., & Boogaard, G. (2018). De programmatische aanpak getoetst. *Milieu & Recht*, 2018(2), 96-104. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67659>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67659>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De programmatische aanpak getoetst

M en R 2018/19



1. Inleiding

De programmatische aanpak blijkt zowel in het bestuursrecht als in het civiele recht onverwachte complicaties met zich te brengen. In een betrekkelijk korte periode hebben zowel de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) als de Rechtbank Den Haag geoordeeld over twee bestaande programma's in het omgevingsrecht, te weten het Programma Aanpak Stikstof (het PAS)² en het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (het NSL). De uitspraken van de Afdeling en het vonnis van de Rechtbank Den Haag zijn bepalend voor de rechtsbescherming tegen programma's in het omgevingsrecht en de toetsing hiervan door de bestuursrechter of de civiele rechter. De uitspraken en het vonnis leren ons ten eerste dat het ene programma het andere niet is. En ten tweede dat het voor betrokkenen bijzonder moeilijk is om te procederen tegen een niet voor beroep vatbaar programma omdat dergelijke programma's een grote hoeveelheid data en maatregelen bevatten en te beschouwen zijn als een "black box". Daarnaast worden rechters bij procedures over complexe programma's voor lastige vragen gesteld over de intensiteit van toetsing en de reikwijdte van hun uitspraakbevoegdheden, waarbij het wetgevingsbevel in beeld komt. In dit artikel beschrijven wij in de tweede tot en met vierde paragraaf de verschillende bestaande programma's en de rechtsbeschermingsmogelijkheden hiertegen. In de vijfde paragraaf gaan wij in op het programma en de programmatische aanpak in de Omgevingswet. De zesde paragraaf gaat over de bewijsrechtelijke complicaties bij het gebruik van programma's bij besluitvorming. In de zevende paragraaf gaan wij in op de rol van de civiele rechter als restrechter bij het programma en de specifieke kwestie van de toelaatbaarheid van een wetgevingsbevel. Wij sluiten af met enkele conclusies.

De Afdeling heeft in haar verwijzingsuitspraken van 17 mei 2017 een aantal prejudiciële vragen gesteld over de houdbaarheid van het PAS in het licht van artikel 6 van de

Habitatrichtlijn.³ Nu wordt met spanning de beantwoording van de vragen door het Hof van Justitie afgewacht.⁴ Naast de onderwerpen waarover de Afdeling prejudiciële vragen heeft gesteld, heeft zij een aantal gebreken in de passende beoordeling bij het PAS vastgesteld en de betrokken ministers en de staatssecretaris in de gelegenheid gesteld om deze gebreken, in afwachting van de beantwoording van de vragen door het Hof van Justitie, alvast te herstellen. De bedoeling van de Afdeling is dat deze gebreken, die losstaan van de prejudiciële vragen, alvast kunnen worden hersteld, zodat in het geval het Hof het systeem van het PAS verenigbaar acht met de Habitatrichtlijn geen tijd verloren gaat met herstel van de gebreken na het arrest van het Hof.

In het (tussen)vonnis van 27 december 2017 heeft de Rechtbank Den Haag geoordeeld over de vorderingen van Milieudefensie en anderen op grond van onrechtmatige daad die onder meer tot doel hadden om de Staat te bevelen om op grond van artikel 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn⁵ een nieuw en beter luchtkwaliteitsprogramma dan het huidige NSL vast te stellen.⁶ Het tussenvonnis wijkt nogal af van het verstrekkende vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van 7 september 2017.⁷ In kort geding had de voorzieningenrechter de Staat opgedragen om binnen twee weken na het vonnis alles te (laten) doen om op de kortst mogelijk termijn daadwerkelijk tot vaststelling van een luchtkwaliteitsplan te komen dat maatregelen moest bevatten dat aan de Europese grenswaarden voor stikstofdioxide (NO₂) en zwevende deeltjes (PM₁₀) zal worden voldaan. Het huidige NSL vond de voorzieningenrechter te kort schieten en een ontoereikende implementatie van de Luchtkwaliteitsrichtlijn. Verder had de voorzieningenrechter de Staat opgedragen alle locaties te identificeren waar op basis van de RIVM-inzichten nog sprake is of zal zijn van (te verwachten) overschrijdingen van grenswaarden en had zij de Staat verboden maatregelen te treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot voortgaande dan wel hernieuwde overschrijdingen van de grenswaarden zullen leiden. In de bodemzaak kwam de rechtbank tot heel andere conclusies.

2. Overeenkomsten en verschillen

Het NSL en het PAS vertonen overeenkomsten, maar ook belangrijke verschillen. Een belangrijke overeenkomst tussen beide programma's is dat deze regelingen allebei een

1 Rogier Kegge en Geerten Boogaard zijn beiden als universitair docent, werkzaam bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 Met het PAS wordt bedoeld op het Programma Stikstof 2015-2021 als bedoeld in artikel 19kg van de Natuurbeschermingswet 1998 (thans artikel 1.13 van de Wet natuurbescherming, gelezen in samenhang met artikel 2.1 van het Besluit natuurbescherming).

3 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

4 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ECLI:NL:RVS:2017:1260, *M en R* 2017/84 en *M en R* 2017/85, m.nt. M.M. Kaajan.

5 Richtlijn 2008/50/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2008 betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa.

6 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380.

7 Vz. Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, *AB* 2017/335, m.nt. Ch.W. Backes; *M en R* 2017/140, m.nt. J.H.G. van den Broek.

tweeledig doel hebben. Enerzijds moeten de programma's door het treffen van maatregelen de luchtkwaliteit of de staat van instandhouding van Natura 2000-gebieden verbeteren en anderzijds moeten deze programma's economische ontwikkelingen mogelijk maken en de besluitvorming hierover vereenvoudigen. Beide programma's zorgen ervoor dat projecten of categorieën van projecten worden uitgezonderd van een afzonderlijke beoordeling bij de verlening of vaststelling van een besluit door de mogelijke negatieve effecten van deze projecten als geheel te beoordelen en te verrekenen met de mogelijke positieve effecten van een maatregelenpakket in de toekomst. Daarmee worden de onderzoekslasten van initiatiefnemers aanzienlijk vermindert, nu zij voor hun individuele project geen onderzoek hoeven te doen, voor zover het betreft het onderwerp in het programma, zoals luchtkwaliteit. Ook een belangrijke overeenkomst is dat beide programma's niet als zodanig voor beroep vatbaar zijn bij de bestuursrechter.

De juridische vormgeving van het NSL en het PAS verschilt echter aanzienlijk, hetgeen deels een gevolg is van het feit dat de Europese richtlijnen die zijn beoogd te implementeren met deze programma's ook verschillen. Een ander belangrijk verschil wordt gevormd door de nationale kaders waarin de verschillende programma's zijn ingepast. Het NSL heeft een basis in de Wet milieubeheer gekregen en het PAS vindt zijn grondslag in de Wet natuurbescherming (tot 1 januari 2017 de Natuurbeschermingswet 1998). De verschillende juridische vormgeving van de richtlijnen en de nationale wettelijke kaders hebben belangrijke gevolgen voor de rechtsbescherming van belanghebbenden en voor de toetsing door de rechter.

3. Rechtsbescherming en het NSL

De wettelijke grondslag voor het NSL is artikel 5.12 van de Wet milieubeheer (Wm). In artikel 5.16, eerste lid, aanhef onder d, van de Wm is, kort gezegd, geregeld dat als een ruimtelijke ontwikkeling is genoemd of beschreven, dan wel niet in strijd is met NSL het besluit dat deze ontwikkeling mogelijk maakt in overeenstemming wordt geacht met artikel 5.16 van de Wm. Het NSL staat op de negatieve lijst van de Awb, hetgeen betekent dat hiertegen als zodanig geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld.⁸

Het NSL is aanvankelijk vastgesteld om te voldoen aan de derogatieregeling van artikel 22 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn.⁹ Daarin is geregeld dat, na toestemming van de Commissie, in geval van overschrijding van grenswaarden voor een periode van ten hoogste vijf jaar een luchtkwaliteitsplan mag worden opgesteld met maatregelen waarmee de grenswaarden binnen die periode kunnen worden gehaald. In die periode gelden de grenswaarden niet. Het NSL

is, na de toestemming van de Commissie op 7 april 2009, op 1 augustus 2009 in werking getreden. Bij besluit van 3 juni 2014 is het NSL op grond van artikel 5.12, tiende lid, van de Wm verlengd tot en met 31 december 2016 en bij besluit van 6 december 2016 is dit nogmaals verlengd tot aan de inwerkingtreding van de Omgevingswet, die thans is voorzien in 2021.¹⁰ De verlenging van het NSL betekent echter niet dat daarmee de derogatietermijn om niet te voldoen aan de grenswaarden ook is verlengd. De derogatietermijn voor stikstofdioxide (NO₂) liep af op 31 december 2014 en voor zwevende deeltjes (PM₁₀) liep deze termijn af op 11 juni 2011. De Afdeling oordeelde naar aanleiding van betogen over de geldigheid van het verlengde NSL in haar uitspraken van 10 juni 2015 en 2 augustus 2017 dan ook terecht dat het gevolg van het verlopen van de derogatietermijn is dat Nederland de grenswaarden van de Luchtkwaliteitsrichtlijn in acht moet nemen.¹¹ Vervolgens overwoog de Afdeling in beide uitspraken dat er geen beletsel was om artikel 5.16, eerste lid, onder d, van de Wm toe te passen en toetste zij exceptief of de minister zich op grond van het verlengde NSL terecht op het standpunt had gesteld dat betreffende Tracébesluiten niet zouden leiden tot een overschrijding van grenswaarden. Dat was niet het geval. De Afdeling toetste exceptief, aangezien zij het NSL aanmerkte als een besluit van algemene strekking, waar op grond van artikel 8:3 van de Awb geen beroep tegen openstaat. Daarbij valt overigens op dat zij, in afwijking van haar eerdere uitspraak van 31 maart 2010, niet verwijst naar de expliciete uitsluiting van beroep tegen het NSL op grond van artikel 8:5 van de Awb, maar zelf de status van het NSL duidt en impliciet aangeeft dat de plaatsing van het NSL op de negatieve lijst in feite overbodig is.¹²

Dat tegen een programma, zoals het NSL, als zodanig geen beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter bracht Milieudefensie en anderen er uiteindelijk toe om zich te wenden tot de civiele rechter met als doel de Staat te dwingen verdergaande maatregelen te treffen ter verbetering van de luchtkwaliteit. In het vonnis van 27 december 2017 gaat de rechtbank dan ook uitgebreid in op de taakverdeling tussen de bestuursrechter, die rechtsbescherming kan bieden tegen besluiten gebaseerd op een programma en dat programma zo nodig exceptief kan toetsen, en de rol van de civiele rechter als restrechter. De mogelijkheid van exceptieve toetsing door de bestuursrechter wordt door de rechtbank als een contra-indicatie gezien voor ontvankelijkheid bij de civiele rechter. Slechts als in beroep bij de bestuursrechter geen of geen vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als met een vordering bij de civiele rechter leidt dat tot een ontvankelijke vordering. In het kader van de vordering dat de Staat onrechtmatig handelt omdat niet zou zijn voldaan aan artikel 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn door de verlenging van het huidige NSL na het verstrijken van de derogatietermijnen, concludeert de rechtbank dat een groot

⁸ Zie artikel 8:5 van de Awb en artikel 1 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak.

⁹ Zie ook W. Bosma, 'De betekenis van de programmatische aanpak van luchtkwaliteit voor de rol van de belanghebbende', 70 december 2008, nr. 4.

¹⁰ Zie *Stcrt.* 2014, 15920 en *Stcrt.* 2016, 66050.

¹¹ ABRvS 10 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1837 en ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2087.

¹² Zie ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9581, AB 2011/56.

deel van de eisers gedeeltelijk ontvankelijk is in hun vorderingen. Daarbij wijst de rechtbank erop dat de bestuursrechter het NSL weliswaar exceptief kan toetsen in procedures over besluiten die op het programma zijn gebaseerd en de vraag kan beantwoorden of het huidige NSL voldoet aan artikel 23 van genoemde richtlijn, maar dat, gelet op de specifieke vordering, de civiele rechter moet beslissen of, nu aan de grenswaarden moet zijn voldaan, een nieuw luchtkwaliteitsprogramma is vereist en jegens wie eventueel onrechtmatig zou zijn gehandeld.

Met betrekking tot de verplichting dat na het verstrijken van de derogatietermijn aan de grenswaarden moet worden voldaan stelt de rechtbank vast dat deze verplichting door de Staat is geschonden, maar vervolgens overweegt zij dat in het kader van onrechtmatige daad vereist is dat aannemelijk moet worden gemaakt dat de onmiddellijk getroffen personen schade hebben geleden als gevolg het overschrijden van de derogatietermijn. Dat hebben eisers in individuele gevallen niet aannemelijk gemaakt. Dat lijkt ons overigens ook vrijwel onmogelijk om aannemelijk te maken. Verder overweegt de rechtbank dat de collectieve procedure op voet van artikel 3:305a BW zich in dit geval niet leent voor de vaststelling of de schending van deze verplichting onrechtmatig is jegens Milieudefensie en Adem Rotterdam, als vereniging en stichting die in dit geval opkomen voor gebundelde belangen van personen en niet voor een eigen belang. Met deze redenering wordt het voor milieuoorganisaties die in feite een algemeen belang behartigen bijzonder lastig om succesvol gebruik te maken van artikel 3:305a BW, terwijl de wetgever onder gebundelde individuele belangen bij artikel 3:305a BW ook juist meer ideëel getinte belangen heeft bedoeld.¹³ De rechtbank volgt hierbij de Hoge Raad in zijn zeer beperkte uitleg van artikel 3:305a BW, die, anders dan de bestuursrechter bij de toepassing van artikel 1:2, eerste en derde lid, van de Awb, geen ruimte laat voor een algemeen overkoepelend belang.

Over de verplichting om de periode na het verstrijken van de derogatieperiode zo kort mogelijk te houden sluit de rechtbank aan bij onder meer de arresten van het Hof van Justitie van 25 juli 2008 (*Janacek*) en 19 november 2014 (*ClientEarth*).¹⁴ Uit deze arresten volgt dat natuurlijke personen of rechtspersonen die rechtstreeks worden getroffen door een overschrijding van de grenswaarden door het instellen van beroep moeten kunnen bewerkstelligen dat de bevoegde instanties een toereikend luchtkwaliteitsplan gaan opstellen. Het is vervolgens wel aan de lidstaten zelf om te bepalen welke maatregelen het plan bevat en het is niet verplicht om zodanige maatregelen te treffen dat er op korte termijn geen enkele overschrijding meer zal zijn. De lidstaten hebben een beoordelingsmarge waarbinnen het ambitieniveau kan worden bepaald, maar bij een overschrijding van het ui-

terste tijdstip van naleving moeten de maatregelen wel van dien aard zijn dat de overschrijding zo kort mogelijk wordt gehouden. Het Hof benadrukt dat als niet op grond van de Luchtkwaliteitsrichtlijn om uitstel van het uiterste tijdstip is verzocht, het aan de bevoegde nationale rechter is om aan de nationale autoriteiten een bevel te geven om het bedoelde plan met maatregelen op te stellen. Anders dan de voorzieningenrechter, is de rechtbank van oordeel dat het NSL kan worden aangemerkt als een nog geldig luchtkwaliteitsplan als bedoeld in artikel 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn en kan hieruit niet worden afgeleid dat een nieuw luchtkwaliteitsplan had moeten worden opgesteld na het verstrijken van de derogatietermijn. Daarbij hecht de rechtbank belang aan het feit dat het NSL kan worden bijgesteld en gewijzigd. Een wat bijzondere redenering waarbij ten eerste kan worden afgevraagd of een bijgesteld en gewijzigd NSL in feite niet moet worden gezien als een nieuw NSL en ten tweede of deze redenering wel verenigbaar is met artikel 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn. De vraag of het NSL passende maatregelen bevat, benadert de rechtbank terughoudend, waarbij zij wijst op de beoordelingsmarge die de Staat toekomt en de belangenafweging die daarbij hoort. Vervolgens overweegt de rechtbank dat alleen als komt vast te staan dat het redelijkerwijs niet mogelijk is, ook niet met mogelijke wijziging of bijstelling van het NSL, om de overschrijding zo kort mogelijk te houden grond zou bestaan dat het NSL geen passende maatregelen bevat en dat de bewijslast hiervoor op eisers rust. De rechtbank acht het niet aannemelijk dat de Staat de verplichting om de overschrijdingen zo kort mogelijk te houden door de verlenging van het NSL heeft geschonden en stelt dat alleen als die verplichting zou zijn geschonden het afdwingen van een luchtkwaliteitsplan als bedoeld in het arrest van het Hof van Justitie van 19 november 2014 (*ClientEarth*) aan de orde kan zijn.

Kortom, de nationale rechtsbescherming bij het NSL behelst primair een exceptieve toetsing in het kader van een bestuursrechtelijke procedure over een voor beroep vatbaar besluit bij de bestuursrechter. Het feit dat het NSL is verlengd, terwijl de periode van derogatie is verstreken brengt volgens de Afdeling niet met zich dat van het NSL geen gebruik mag worden gemaakt, maar heeft wel tot gevolg dat aan de grenswaarden moet worden voldaan. De civiele rechter komt in beeld als het om niet voor beroep vatbare besluiten gaat, waartegen bij de bestuursrechter geen met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat of heeft opengestaan. Voor zover het om de vaststelling van een niet voor bestuursrechtelijk beroep vatbaar luchtkwaliteitsplan op grond van de Luchtkwaliteitsrichtlijn als zodanig gaat, is de vordering in beginsel ontvankelijk. Tegen het (ontbreken van) luchtkwaliteitsplan als zodanig staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Vervolgens worden eisers in een civiele procedure met betrekking tot een luchtkwaliteitsprogramma echter geconfronteerd met een torenhoge bewijslast met betrekking tot het causaal verband tussen de gestelde schade en de overschrijding van de derogatietermijn. Een bewijslast die zo groot is dat volgens ons niet meer kan worden volgehouden dat

13 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 4, 17-18 en 22. Zie ook HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *JG* 2015/50, m.nt. T. Barkhuysen en E.M. van Dam.

14 HvJ EG 25 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:447, *M en R* 2008/447, m.nt. J.H. Jans en HvJ EU 19 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2382.

in overeenstemming met het genoemde *ClientEarth*-arrest natuurlijke personen of rechtspersonen kunnen bewerkstelligen dat een luchtkwaliteitsplan met passende maatregelen wordt opgesteld. Zolang er maar een geldig plan is, kunnen natuurlijke personen en rechtspersonen, ongeacht de inhoud en effectiviteit van dat plan, niets bereiken. Dat zal het Hof van Justitie volgens ons vast niet bedoeld hebben en het stellen van prejudiciële vragen over de verplichtingen uit artikel 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn was hier op zijn plaats geweest.

In de toelichting op het ontwerp van het Besluit kwaliteit leefomgeving wordt overigens aangekondigd dat voor de luchtkwaliteit onder de Omgevingswet niet meer gewerkt zal worden met een programmatische aanpak zoals in het NSL. Uitgaande van de huidige ontwikkeling van de luchtkwaliteit is de verwachting dat er vanaf de inwerkingtreding van de Omgevingswet nauwelijks meer overschrijdingen zullen optreden van de rijksomgevingswaarden voor luchtkwaliteit. Mochten deze er nog zijn, dan zal het gaan om lokale overschrijdingen waarvoor maatwerkoplossingen gevonden moeten worden, waarbij een groot nationaal programma als het NSL niet past.¹⁵ Het is de vraag of deze keuze in overeenstemming is met het eerdergenoemde arrest van 19 november 2014 (*ClientEarth*), nu dat arrest onder omstandigheden een luchtkwaliteitsplan met maatregelen voorschrijft en bepaalt dat hierin alle maatregelen ter bestrijding van luchtverontreiniging die op het gepaste plaatselijke, regionale of nationale niveau zijn overwogen zijn opgenomen. Ook de rechtbank gaat er vanuit dat weliswaar een nieuw luchtkwaliteitsplan niet is vereist, maar dat er wel een geldig luchtkwaliteitsplan moet zijn. Dit impliceert volgens ons een verplicht nationaal luchtkwaliteitsplan, omdat de andere overheidsniveaus niets over nationale maatregelen, zoals bijvoorbeeld een maximale toegestane snelheid op rijkswegen kunnen en mogen zeggen.

4. Rechtsbescherming en het PAS

Daar waar de civiele rechter zich bij het NSL zeer terughoudend opstelde, valt op dat de beoordeling van de Afdeling van het PAS, of beter gezegd, van de passende beoordeling die ten grondslag lag aan het PAS, indringender is. In de eerdergenoemde verwijzingsuitspraken toetst de Afdeling het PAS immers niet exceptief, maar beziet zij of de aan het PAS ten grondslag liggende passende beoordeling juist en deugdelijk is en ten grondslag mag worden gelegd aan de vergunningen. Hierin zit een belangrijk verschil met het NSL. Onder het kopje juridische vormgeving legt de Afdeling in overweging 6.7 van de centrale verwijzingsuitspraak dan ook uit dat niet het PAS als zodanig voorligt, maar de passende beoordeling die voor het PAS voor elk hierin betrokken Natura-2000 gebied is gemaakt. Uit overweging 14.5 volgt vervolgens dat als de passende beoordeling voor het PAS niet de conclusie kan dragen dat de natuurlijke ken-

merken van betrokken Natura 2000-gebieden niet zullen worden aangetast de verleende vergunningen niet op grond van het PAS hadden mogen worden verleend.¹⁶ De passende beoordeling die ten grondslag is gelegd aan het PAS kan ten volle aan de orde komen in bestuursrechtelijke procedures over besluiten die op het PAS zijn gebaseerd en daarbij is in beginsel niet de vraag aan de orde of de regelgeving op grond waarvan de passende beoordeling is verplicht verbindend is.

Anders dan de Luchtkwaliteitsrichtlijn kent de Habitatrichtlijn geen vergelijkbare bepalingen als de artikelen 22 en 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn met een uiterst tijdstip van naleving. In haar uitspraak van 17 mei 2017 overwoog de Afdeling onder het kopje “Verhouding PAS tot artikel 6 van de Habitatrichtlijn” dat de verplichting die uit artikel 6 van de Habitatrichtlijn voortvloeit om de gunstige staat van instandhouding van habitattypen en soorten te herstellen niet aan een termijn is gebonden. Hoewel artikel 6, eerste lid, van de Habitatrichtlijn een resultaatsverplichting inhoudt, is het aan de lidstaten te bepalen op welke wijze en in welk tempo hieraan uitvoering wordt gegeven, aldus de Afdeling. Vooralsnog lijkt er in zoverre geen ruimte voor de civiele rechter om de Staat te bevelen om een plan met maatregelen vast te stellen. Anders dan de Luchtkwaliteitsrichtlijn kent de Habitatrichtlijn geen uiterste datum om aan de verplichtingen te voldoen.

5. Het programma en de programmatische aanpak in de Omgevingswet

In artikel 3.4 Omgevingswet en verder is het instrument van het programma generiek vastgelegd. In artikel 3.15 Omgevingswet en verder is de programmatische aanpak, een bijzondere vorm van het programma, geregeld. Een programma heeft tot doel om door middel van het treffen van maatregelen actief een omgevingswaarde of een andere doelstelling in het kader van de fysieke leefomgeving te bereiken.¹⁷ In de Omgevingswet zijn verplichte en onverplichte programma's opgenomen.¹⁸ De verplichte programma's houden meestal verband met verplichtingen uit Europese richtlijnen, waarbij kan worden gedacht aan het verplichte stroomgebiedsbeheerplan op grond van de Kaderrichtlijn Water.¹⁹

Het programma en de programmatische aanpak in de Omgevingswet zijn niet één en hetzelfde, maar een programma kan wel een programmatische aanpak bevatten. Kenmerkend aan de programmatische aanpak is dat hierin op grond van artikel 3.16 van de Omgevingswet wordt gewerkt met een combinatie van maatregelen en gebruiksruimte die bin-

15 Zie p. 103 van de nota van toelichting op het ontwerp van het Besluit kwaliteit leefomgeving (versie juni 2017).

16 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

17 Zie ook A.G.A. Nijmeijer, 'Naar een uniforme regeling voor een programmatische aanpak in het omgevingsrecht' in: *Naar een nieuw omgevingsrecht*, Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, nr. 40.

18 Zie hierover ook M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijs, 'Programmatische aanpak in de Omgevingswet: ruimte voor ontwikkeling, waarborgen voor kwaliteit', *TO* 2014, nr. 3-4.

19 *Kamerstukken II* 2013/2014, 33962, 3, p. 23 en 51.

nen een bepaalde periode voor activiteiten beschikbaar is.²⁰ De programmatische aanpak vormt voor die activiteiten het beoordelingskader en brengt, zoals Van Velsen stelt, als vanzelf een reductie van de onderzoekslasten met zich.²¹ Inherent aan een programmatische aanpak is dat de gebruiksruijme zorgvuldig moeten worden beheerd en dat de effecten van de aanpak worden gemonitord zodat de aanpak niet leidt tot overschrijding van de relevante omgevingswaarde. Een programma zonder een dergelijke milieugebruiksruimte is geen programmatische aanpak.

Het programma is uitvoeringsgericht beleid en bindt alleen het vaststellende bestuursorgaan, met uitzondering van een aantal specifieke programma's, waarvan doorwerking wordt verzekerd door het stellen van instructieregels. Een programma kan ook maatregelen bevatten waarvoor nog nadere besluitvorming nodig is. Het programma is in beginsel niet voor beroep vatbaar en is voor de helderheid geplaatst op de negatieve lijst van de Awb, zoals blijkt uit het ontwerp van de Invoeringswet Omgevingswet. Daarin staat bij de voorgenomen wijzigingen van de Awb vermeld dat het programma en de programmatische aanpak niet voor beroep vatbaar zijn, tenzij het betreft een beschrijving van een activiteit als gevolg waarvan die activiteit is toegestaan. In de toelichting bij de Invoeringswet wordt opgemerkt dat het besluit tot vaststelling van een programma in de regel geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb is en om die reden niet appellabel is, maar dat om ieder misverstand te voorkomen het programma toch op de negatieve lijst is geplaatst.²² Verder staat er dat daarentegen wel beroep wordt opengesteld tegen delen van programma's met specifieke rechtsgevolgen, waarmee wordt bedoeld op delen van programma's die een rechtstreeks titel geven voor activiteiten.

Een belangrijke uitzondering op de uitsluiting van het programma van beroep is dat beroep zal worden opengesteld tegen programma's met specifieke rechtsgevolgen, waarbij wordt gewezen op programma's die een rechtstreekse titel geven voor activiteiten.²³ Voor die activiteiten volgt geen toestemmingsbesluit meer, waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Daarmee heeft de wetgever een aanbeveling van Nijmeijer uit zijn preadvies over een uniforme regeling voor een programmatische aanpak in het omgevingsrecht overgenomen.²⁴

Als voorbeeld wordt het beheerplan voor Natura 2000-gebieden gegeven, waarbij tegen onderdelen die activiteiten vrijstellen van de vergunningplicht door belanghebbenden beroep kan worden ingesteld. Uit verschillende recente uit-

spraken van de Afdeling blijkt dat de beroepsregeling bij beheerplannen zeer ingewikkeld is en vaak heeft geleid tot beroepen waarvan de Afdeling geen kennis mocht nemen omdat zij onbevoegd was.²⁵ Het is belangrijk om bij dergelijke programma's voor belanghebbenden op een begrijpelijke en eenduidige manier te regelen welke onderdelen zijn te duiden als besluit en waartegen beroep openstaat.

Tegen het programma, al dan niet met een programmatische aanpak, zal dus geen beroep openstaan, tenzij het programma onderdelen bevat die rechtstreeks activiteiten mogelijk maken. In dat laatste geval kunnen belanghebbenden beroep tegen die onderdelen van het programma instellen. Dat betekent volgens ons niet dat het programma met dergelijke onderdelen in vervolgprocedures over bijvoorbeeld handhaving niet exceptief door de bestuursrechter zou kunnen worden getoetst. Programma's die niet voor beroep vatbaar zijn en op grond waarvan nadere besluitvorming volgt kunnen ook door de bestuursrechter exceptief worden getoetst in procedures over die vervolgbesluiten. Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad betekent de mogelijkheid van exceptieve toetsing van een programma door de bestuursrechter volgens ons dat een succesvolle gang naar de civiele rechter niet mogelijk is zodra het programma ten grondslag wordt gelegd aan een besluit waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen of konden worden aangewend.²⁶

Als een niet voor beroep vatbaar programma is gebaseerd op een verplichting uit een Europese richtlijn en dat programma is niet (tijdig) of onvoldoende vastgesteld, dan staat bij een vordering uit onrechtmatige daad eveneens de weg naar de civiele rechter open omdat rechtsbescherming tegen het (ontbreken van een) programma als zodanig bij de bestuursrechter niet mogelijk is, maar uit het vonnis van de rechtbank van 27 december 2017 volgt dat dat deze weg een welhaast onbegaanbare weg is vanwege de torenhoge bewijslast die op eisers komt te rusten.

Naast dat de bestuursrechter het programma als zodanig exceptief kan toetsen en de weg naar de civiele rechter onder omstandigheden openstaat, is van belang dat in het programma in de Omgevingswet beleidsregels in de zin de Awb kunnen worden opgenomen.²⁷ Dat betekent dat de artikelen 4:81-4:84 van de Awb van toepassing zijn. Bij besluiten waar het programma aan ten grondslag is gelegd kan de bestuursrechter in het concrete geval dus toetsen of het bestuursorgaan van het programma had moeten afwijken als de gevolgen van het beleid voor één of meer belanghebbenden onevenredig zijn. Deze toetsing aan een programma

20 *Kamerstukken II 2013/2014*, 33962, 3, p. 51 en p. 124-125.

21 S. van Velsen, 'Het bestemmingsplan onderzocht, Festival van onderzoeksrapporten ter voorbereiding van het bestemmingsplan en wat de Omgevingswet hieraan doet', *M en R 2016/72*.

22 Zie p. 253 van de toelichting bij het ontwerp van de Invoeringswet Omgevingswet.

23 *Kamerstukken II 2013/2014*, 33962, 3, p. 298-299.

24 A.G.A. Nijmeijer, 'Naar een uniforme regeling voor een programmatische aanpak in het omgevingsrecht', in: *Naar een nieuw omgevingsrecht*, Preadviezen voor de Vereniging van Bouwrecht, nr. 40.

25 ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2041, ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2894 en ABRs 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:222. Zie in dit verband ook J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2016, p. 147-149.

26 HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, NJ 1997/165, m.nt. M. van der Scheltema, HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1049, AB 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann.

27 *Kamerstukken II 2014/2013*, 33962, 3, p. 115.

verschilt van de exceptieve toetsing, waarbij de rechtmatigheid van de beleidsregel als zodanig wordt getoetst.

6. Bewijsrechtelijke complicaties bij programma's

Belangrijke punten van aandacht bij rechtsbescherming bij besluiten die zijn gebaseerd op programma's zijn de bewijspositie van belanghebbenden en de mogelijkheid van toetsing van het programma door de bestuursrechter. In haar uitspraak van 17 mei 2017 besteedde de Afdeling hier in het kader van het PAS opvallend veel aandacht aan.²⁸ Zij overwoog dat het PAS, inclusief het gebruik van het verplichte softwareprogramma AERIUS deels geautomatiseerde en efficiënte besluitvorming mogelijk maakt, maar dat dit ook het risico met zich brengt dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is. De Afdeling noemt het programma in zoverre een "black box". Ter voorkoming van een ongelijkwaardige procespositie overweegt de Afdeling dat de gemaakte keuzes, de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar moeten worden gemaakt en dat ook nog op een passende wijze zodat de informatie voor derden toegankelijk is. Bij programma's die bestaan uit een groot aantal maatregelen die milieugebruiksruimte opleveren op grond waarvan (deels geautomatiseerde) besluiten kunnen worden genomen is het van groot belang dat belanghebbenden die hiertegen rechtsmiddelen willen aanwenden inzicht kunnen verkrijgen in het programma. Zij moeten immers in staat worden gesteld om te controleren op grond waarvan een besluit al dan niet is verleend en op basis van volledige en toegankelijke informatie kunnen inschatten of zij rechtsmiddelen moeten aanwenden of niet.

Assink wijst er terecht op dat op bestuursorganen die besluiten nemen sowieso op grond van de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb de verplichting rust om te voorzien in een deugdelijke motivering. Een probleem bij programma's, zoals het NSL en het PAS, is echter dat de uitvoerende bestuursorganen die verplicht worden hiervan gebruik te maken bij besluitvorming vaak ook niet zullen beschikken over voldoende inzicht in het programma. Het valt dan ook op dat de Afdeling zich in haar uitspraak van 17 mei 2017 op dit punt bewust niet richt tot het bestuursorgaan dat de besluiten had genomen, het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant, maar tot de ministers en de staatssecretaris die het programma hebben vastgesteld.

Zoals hiervoor beschreven zullen op grond van de Omgevingswet ook besluiten worden genomen die voor hun motivering steunen op een programma. Daarvoor zal overkort gelden dat het bestuursorgaan moet voldoen aan de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb. Als het bestuursorgaan door middel van een instructieregel is gebonden aan een programma dat het zelf niet heeft vastgesteld zal het echter

moelijker kunnen voldoen aan die motiveringsverplichtingen. Het ligt in een dergelijk geval in de lijn der verwachting dat de Afdeling ter voorkoming van een ongelijkwaardige procespositie van het bestuursorgaan dat het programma heeft vastgesteld zal eisen dat de gemaakte keuzes, de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar moeten worden gemaakt op een passende wijze zodat de informatie voor derden toegankelijk is.

Uit het vonnis van de rechtbank van 27 december 2017 volgt dat de civiele rechter slechts beperkt ruimte ziet om als restrechter bij programma's op te treden. Slechts indien geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan tegen een besluit, waarin het programma (exceptief) aan de orde kan of kon worden gesteld, kan een vordering uit onrechtmatige daad ontvankelijk zijn. Vervolgens zullen eisers aannemelijk moeten maken dat er schade is geleden als gevolg van het onrechtmatige programma of het ontbreken van een rechtmatig programma. De bewijslast ligt bij eisers en juist bij zeer complexe materie die doorgaans in een programma, zoals het NSL of het PAS, is vervat zal het niet eenvoudig zijn om aan die bewijslast te kunnen voldoen. Hier komt een belangrijk verschil naar voren tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Waar de bestuursrechter uit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie de bewijspositie van belanghebbenden bij besluiten op grond van een programma beoogt te beschermen, legt de civiele rechter als restrechter bij programma's de bewijslast geheel bij eisers neer.

7. Uitspraakbevoegdheden en het wetgevingsbevel

Voor zover de civiele rechter als restrechter optreedt bij een programmatische aanpak, speelt een specifieke kwestie over de toelaatbaarheid van de uitspraakbevoegdheden: het wetgevingsbevel.

Vaststaat inmiddels wel dat de civiele rechter de Staat niet mag bevelen de Meststoffenwet te wijzigen om aan de Nitraatrichtlijn te gaan voldoen, noch de provincie Fryslân op grond van de Vogel- en Habitatrichtlijn te bevelen een vrijstellingsverordening in te trekken.²⁹ In beide gevallen zou dan immers een zogenoemd formeel wetgevingsbevel worden gegeven, waarmee de civiele rechter in een belangenafweging zou treden die exclusief aan verkozen volksvertegenwoordigers moet blijven. Nadat ook een bevel tot bestuurswetgeving ter handhaving van de Auteursrichtlijn buiten de constitutionele orde werd verklaard,³⁰ is wel duidelijk dat deze route naar nationaal constitutioneel recht is afgesloten. Dat geldt ook wanneer de civiele rechter een aanvullende rol speelt bij de programmatische aanpak. De rechtbank onderkent dat in het vonnis van 27 december 2017 door in algemene zin te overwegen dat ambtshalve

28 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, Gst. 2017/170, m.nt. B. Assink.

29 Zie HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, AB 2004/39, m.nt. Ch.W. Backes (*Waterpakt*) en HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, Gst. 2006/114, m.nt. D.E. Bunschoten (*Fryslân/Faunabescherming*).

30 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, AB 2014/523, m.nt. G. Boogaard en J. Uzman (*Staat/Norma*).

moet worden overwogen of toewijzen van de vordering dat een nieuw en beter luchtkwaliteitsplan moet worden opgesteld niet neerkomt op het geven van een (verboden) wetgevingsbevel.

Aan dit oordeel is de rechtbank niet meer toegekomen omdat de zaak al eerder vastliep, maar de voorzieningenrechter heeft zich er wel over uitgelaten. Zij oordeelde zich bevoegd om een aantal bevelen te geven. Onder 5.1 beveelt de voorzieningenrechter om een snelle start te maken met de vaststelling van een luchtkwaliteitsplan met maatregelen waarmee aantoonbaar en voorstelbaar op de kortst mogelijk termijn aan de resultaatsverplichting zal worden voldaan. Onder 5.2 gebiedt zij de Staat om binnen twee weken 'alle locaties in Nederland te identificeren waar op basis van de RIVM-inzichten nog sprake is of zal zijn van (te verwachten overschrijdingen van de grenswaarden'. En onder 5.3 verbiedt de voorzieningenrechter de Staat om met onmiddellijke ingang 'elke maatregel te (doen) treffen waarvan in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden dat deze tot voortgaande dan wel hernieuwde overschrijding van de grenswaarden zal leiden'. Doende wat de rechtbank had moeten doen als zij daaraan was toegekomen: heeft de voorzieningenrechter daar een verboden wetgevingsbevel gegeven?

Het luchtkwaliteitsplan dat de voorzieningenrechter de Staat beveelt om te gaan opstellen, wordt rechtstreeks voorgeschreven door artikel 23 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn. Het is eenvoudig wat de lidstaten moeten doen als er te veel stikstofdioxide en fijnstof in de lucht zit. Wetgeving wordt daarmee niet rechtstreeks bevolen. De Luchtkwaliteitsrichtlijn zelf definieert in artikel 2 lid 8 de voorgeschreven producten als 'plannen betreffende maatregelen om de grenswaarden of streefwaarden te bereiken'. Naar aanleiding van het *ClientEarth*-arrest, is de vraag opgeworpen of een luchtkwaliteitsplan materieel gelijk moet worden gesteld aan wetgeving. Betoogd is dat een luchtkwaliteitsplan een 'officieel beleidsvoornemen' betreft waarmee de lidstaten zich jegens de Commissie verbinden en dat zo'n plan bovendien 'aanspraken schept voor een open groep burgers'.³¹ Als de voorzieningenrechter deze mening ook was toegedaan, had het – zelfs in kort geding – voor de hand gelegen om prejudiciële vragen te stellen over de vraag of het *Waterpakt*-arrest nog wel in al zijn stelligheid kan worden volgehouden, dan wel in ieder geval te signaleren dat met een beroep op *ClientEarth*-arrest van *Waterpakt*-arrest wordt afgeweken. Wij zien echter, net als kennelijk de voorzieningenrechter, onvoldoende redenen om het bevelen van een luchtkwaliteitsplan gelijk te stellen met het bevelen van wetgeving. Evenmin is sprake van een verboden wetgevingsbevel, als we uitgaan van een NSL in de zin van artikel 5.12 Wm. Dat artikel bevat geen grondslag voor het stellen van algemeen verbindende voorschriften. Het artikel spreekt van een bevoegdheid van de minister om, in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad en gehoord de

Staten-Generaal, nog te nemen maatregelen te benoemen en te beschrijven die gezamenlijk binnen een zekere periode moeten leiden tot het behalen van de grenswaarden. Het NSL zelf is dus geen algemeen verbindend voorschrift. Vrijblijvend is het NSL evenwel niet. De 'daartoe bevoegde' of 'door het programma aangewezen' bestuursorganen, worden door de Wm verplicht om de beschreven maatregelen ook echt uit te voeren (artikel 5.12 lid 9 Wm (en sub d van lid 3)). Het is dus geen zuiver intern beleidsvoornemen. Op de uitvoering wordt toezicht gehouden en er kan worden gehandhaafd. De in het NSL beschreven en dus verplicht te nemen maatregelen kunnen zelf natuurlijk wel wetgeving betreffen. Noodzakelijk is dat niet en in de praktijk blijkt dat maar zeer beperkt aan de orde. Het NSL dat destijds door de Europese Commissie werd goedgekeurd staat bol van de groene golven, elektrische bussen en slimme verkeersmaatregelen. Alleen wie goed zoekt, vindt maatregelen van meer regelstellende aard, zoals het verlagen van de maximale toegestane snelheid. Ook langs andere wegen kunnen via het NSL verplichtingen voor volksvertegenwoordigingen ontstaan. Met name de plicht voor een gemeenteraad om indien nodig bestemmingsplannen of beheersverordeningen aan te passen aan de in het NSL beschreven maatregelen (artikel 5.12b, lid 4, Wm) begint aardig te lijken op wat de Hoge Raad in *Fryslân/Faunabeheer* zelf niet rechtstreeks wilde bevelen. Maar het verband tussen het bevel om een plan met beschrijvingen van maatregelen te maken en de uiteindelijk daaruit eventueel voortvloeiende verplichtingen voor lokale volksvertegenwoordigers om de maatregelen te implementeren, is te zwak om in het 'planbevel' uit 5.1 van het dictum in het NSL-kortgedingvonnis meteen een verboden wetgevingsbevel te lezen. Deze conclusie wordt ondersteund door overweging 4.16 van het vonnis, waarin de voorzieningenrechter expliciet stelt dat het bevelen van maatregelen om op specifieke probleemlocaties meteen in te grijpen prematuur is, omdat eerst in het luchtkwaliteitsplan moet worden onderzocht welke maatregelen noodzakelijk zijn. De bezwaren die men tegen het wetgevingsbevel kan opwerpen, gingen bij het NSL-kortgedingvonnis dan ook niet op.

Nadat is vastgesteld dat de voorzieningenrechter geen wetgevingsbevel heeft gegeven, blijft – mogelijk relevant voor het hoger beroep en anders voor de geschiedschrijving – de vraag over of zij met haar gebod onder 5.2 en haar verbod onder 5.3 voldoende gewicht heeft toegekend aan de beslissingsruimte van de Staat en daarmee zijn eigen rol in de Trias Politica bij het handhaven van resultaatsverplichtingen met een programmatische aanpak. Een letterlijke plicht tot het publiceren van een lijst met probleemlocaties is, anders dan de plicht om een luchtkwaliteitsplan op te stellen, als zodanig in het recht niet te vinden. De voorzieningenrechter doet ook weinig moeite in die richting. Het identificeren van de locaties lijkt haar gewoon noodzakelijk om tot een deugdelijk luchtkwaliteitsplan te komen. De zin van dit tweede bevel kan daarom bijna geen andere zijn dan dat de hierbij relevante organen van de Staat ook verplicht zijn deze lijst onmiddellijk te openbaren. De beleidsvrijheid van de Staat zou de rechter met een dergelijke openbaarma-

31 Zie Schutgens en de Waele in hun noot onder *ClientEarth*, JB 2015/1. Zie voor een ander standpunt: R. van der Hulle & L. van Heijningen, 'Het wetgevingsbevel vanuit Unierechtelijk perspectief: het debat heropend', in *SEW* 2016/1, p. 11-18.

kingsverplichting niet miskennen. De algemene regels over de openbaarheid van milieu-informatie rond artikel 19.1c van de Wm en de jurisprudentie van het Hof van Justitie verschaffen ruim voldoende dekking op dit punt.

Niet helemaal duidelijk is hoe het derde dictumonderdeel precies gelezen moet worden. Duidelijk en begrijpelijk is dat als de Staat bevolen wordt met een plan te komen om de luchtkwaliteit te verbeteren, zij niet gelijktijdig nieuwe overschrijdingen mag creëren of bestaande verergeren. Als de voorzieningenrechter dat bedoelt, had ze dat echter ook zo kunnen bevelen. Het beginsel van gemeenschapstrouw biedt daarvoor voldoende grondslag. Het is ook voorstelbaar dat de voorzieningenrechter zekerheidshalve specifieke bepalingen uit de Wet milieubeheer buiten werking wilde stellen, hoewel dat, gelet op de jurisprudentie van de Afdeling, niet noodzakelijk is, nu de Afdeling al heeft geoordeeld dat het verlengde NSL niet met zich brengt dat Nederland niet aan de grenswaarden hoeft te voldoen. Maar het derde dictumonderdeel is echter noch een algemeen verslechteringsverbod noch een specifieke buitenwerkingstelling. De formulering spreekt over maatregelen waarvan 'in de visie van het RIVM statistisch verwacht moet worden' dat zij tot nieuwe of ergere overschrijdingen gaan leiden. Die maatregelen mag de Staat niet meer (doen) nemen. Dat wekt de suggestie alsof alle plannen voorlopig langs het RIVM moeten om op basis van een nader door hen te bepalen 'statistische verwachting' al dan niet doorgang te vinden. Die suggestie is waarschijnlijk onjuist. Het ligt veel meer voor de hand dat de rechter hier refereert aan een specifieke maatregel waar ook eisers zich over hadden opgewonden: de 130 kilometermaatregel. Daarvan had de Tweede Kamer bij motie³² verzocht om het RIVM te laten uitrekenen of de doorgevoerde en nog door te voeren snelheidsverhogingen op snelwegen zouden gaan leiden tot een overschrijding van de Europese luchtkwaliteitsnormen. Het briefrapport dat het RIVM vervolgens uitbracht³³ en wat ongetwijfeld bij de rechtbankstukken heeft gezeten, concludeert letterlijk in de termen van de statistisch verwachte overschrijdingen. Uit de samenvatting:

"In de huidige studie neemt het aantal statistisch verwachte overschrijdingen op de onderzochte 71159 locaties ten gevolge van de snelheidsverhogingen met 12 toe tot 81. Als niet naar alle 71159 locaties in het studiegebied wordt gekeken, maar alleen naar de locaties waarop per tracé in 2016 de hoogste berekende concentratie stikstofdioxide voorkomt, dan is de kans dat op minimaal één van die 29 locaties een overschrijding optreedt 77%, zonder snelheidsverhogingen is dat 63%."

Met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid betekent het derde dictumonderdeel dus niet meer dan dat *als* de mening van het RIVM wordt gevraagd en *als* daar dan uitkomt dat de kansen op overschrijdingen omhoog gaan,

dat er dan naar geluisterd moet worden en de maatregel moet worden afgeblazen. De beleidsvrijheid van de Staat wordt begrensd door wat de deskundigen onvermijdelijk achten, zeker als het eigen deskundigheid betreft.

De PAS-uitspraken van de Afdeling bevatten overigens geen wetgevingsbevelen. De Afdeling heeft de relevante regelgeving niet exceptief getoetst, maar zij heeft enerzijds prejudiciële vragen gesteld over de gekozen systematiek van het PAS en heeft anderzijds gebreken geconstateerd in de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt.

8. Conclusies

Hoewel programma's in beginsel niet voor beroep vatbaar zijn, kunnen deze op verschillende manieren door de bestuursrechter en de civiele rechter worden getoetst. De juridische vormgeving van het programma is van doorslaggevend belang voor de wijze waarop de bestuursrechter en civiele rechter toetsen. Zo toetst de bestuursrechter het NSL exceptief bij beroepen tegen besluiten die op het NSL zijn gebaseerd. Als echter het ontbreken van een toereikend luchtkwaliteitsprogramma als zodanig het geschilpunt is, dan is de civiele rechter aan zet, aangezien het (ontbreken van) een toereikend programma zelf niet voor beroep vatbaar is en ook niet exceptief aan de orde kan worden gesteld bij de bestuursrechter. De bij het PAS behorende passende beoordeling kan bij de bestuursrechter aan de orde worden gesteld aan de hand van besluiten die daarop zijn gebaseerd en dwingt de Afdeling juist niet tot exceptieve toetsing, zoals blijkt uit haar verwijzingsuitspraken van 17 mei 2017.

In de Omgevingswet zal worden voorzien in het programma, al dan niet met een programmatische aanpak. Daar zal geen beroep tegen openstaan, tenzij deze programma's een rechtstreekse titel geven voor activiteiten. Dit betekent dat er in zoverre met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat. De programma's die geen rechtstreekse titel bieden voor activiteiten worden gezien als beleid en zullen ook in die hoedanigheid een rol kunnen gaan spelen in bestuursrechtelijke procedures. Daarnaast zal de bestuursrechter de verbindendheid van het programma als zodanig exceptief kunnen toetsen. De civiele rechter komt pas in beeld als een verplicht programma niet of onvoldoende is vastgesteld.

Bij programma's die bestaan uit een groot aantal maatregelen die milieugebruiksruimte opleveren op grond waarvan besluiten kunnen worden genomen is het van groot belang dat belanghebbenden die hiertegen rechtsmiddelen willen aanwenden inzicht kunnen verkrijgen in het programma. De Afdeling eist dan ook terecht dat de bij het programma gemaakte keuzes, de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar moeten worden gemaakt en dat ook nog op een passende wijze zodat de informatie voor derden toegankelijk is. Op die manier kan een ongelijkwaardige procespositie worden voorkomen en wordt een reële en betekenisvolle rechterlijke toetsing van

32 Motie van 3 maart 2016, *Kamerstukken II 2015/16*, 30175, 231 (Van Veldhoven c.s.).

33 RIVM Briefrapport 2016-0165, zie: www.rivm.nl.

de besluiten die zijn gebaseerd op een programma mogelijk gemaakt. Hier komt een belangrijk verschil naar voren tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Waar de bestuursrechter uit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie de bewijspositie van belanghebbenden bij besluiten op grond van een programma beoogt te beschermen, legt de civiele rechter als restrechter bij programma's de bewijslast geheel bij eisers neer.

Anders dan bij de PAS-uitspraken, waar de bestuursrechter de geconstateerde gebreken formuleert als gebreken in de passende beoordeling zelf, leiden de uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter bij toetsing van een programmatische aanpak tot specifieke vragen. Is het bevelen van een nieuw NSL, zoals de voorzieningenrechter heeft gedaan, een verboden wetgevingsbevel in de zin van het *Waterpakt*-arrest? Wij menen van niet, omdat een plan als het NSL daarvoor te veel verschilt van wetgeving. Daardoor gaan de bezwaren tegen een wetgevingsbevel ook veel minder op. Bij gebrek aan de mogelijkheid om wetgeving te bevelen, lijkt de mogelijkheid van het bevelen van plannen ons zelfs een elegante aanvulling voor de rechtsbescherming van resultaatsverplichtingen. Weliswaar is het maken van plan met een programma geen garantie dat het vereiste resultaat wordt gehaald, maar het is een mooi compromis tussen het belang van effectieve rechtsbescherming enerzijds en het vermijden van wetgevingsbevelen anderzijds. Met een planbevel is constitutioneel niks mis, zolang de rechter de beoordelingsmarge en het gekozen ambitieniveau van de lidstaat op grond van de relevante richtlijn maar in acht neemt.