

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 23/03380
Zitting 5 april 2024

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

- 1. International Air Transport Association**
- 2. Air Transport Association of America, Inc.**
- 3. Air Canada**
- 4. British Airways, Plc.**
- 5. Vueling Airlines S.A.**
- 6. En 15 anderen,**

eiseressen in het principaal cassatieberoep, verweersters in het incidenteel beroep,
advocaten: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. L.V. van Gardingen,

tegen

- 1. De Staat der Nederlanden (Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat),**

verweerder in het principaal cassatieberoep,
advocaat: mr. S.M. Kingma,

- 2. Stichting Recht op Bescherming tegen Vliegtuighinder,**

verweester in het principaal cassatieberoep,
advocaat: mr. P.A. Fruytier,

- 3. Royal Schiphol Groep N.V.,**

verweester in het principaal cassatieberoep, eiseres in het incidenteel beroep,
advocaten: mr. J.W.M.K. Meijer en mr. F.J.L. Kaptein.

INHOUDSOPGAVE**Randnummers**

1. Inleiding en samenvatting	1.1 - 1.6
2. Feiten en achtergronden	2.1
<i>Partijen in het geding</i>	2.2 - 2.6
<i>Wet- en regelgeving met betrekking tot Schiphol</i>	2.7 - 2.10
<i>Opeenvolgende handhavingssstelsels geluidsoverlast</i>	2.11 - 2.18
<i>Ontwikkelingen na vaststelling van de Wijzigingswet Wlv</i>	2.19 - 2.23
<i>De voorgenomen Experimenteerregeling</i>	2.24 - 2.27
3. Het procesverloop	
<i>Eerste aanleg</i>	3.1 - 3.5
<i>Hoger beroep</i>	3.6 - 3.7
<i>Cassatie</i>	3.8 - 3.10
<i>Ontwikkelingen tijdens cassatieprocedure</i>	3.11 - 3.20
4. Bespreking van het middel in het principaal beroep	4.1 - 4.3
<i>Onderdeel 1 (toetsingsmaatstaf en doeltreffendheidsbeginsel)</i>	4.4 - 4.21
<i>Onderdeel 2 (strijd met art. 8.23a Wlv)</i>	4.22
2.1 Juridisch kader art. 8.23a Wlv	4.23 - 4.29
2.2 Bespreking van de klachten	4.30 - 4.64
2.3 Slotsom onderdeel 2	4.65
<i>Onderdeel 3 (de Geluidsverordening inclusief de aanvullende klachten)</i>	4.66 - 4.67
3.1 Juridisch kader Geluidsverordening	4.68 - 4.77
3.2 Lezing van het bestreden arrest en belang bij de klachten	4.78 - 4.81
3.3 Bespreking van de klachten tegen rov. 4.19	4.82 - 4.102
3.4 Bespreking van de klachten tegen rov. 4.20	4.103 - 4.114
3.5 Bespreking van de klachten tegen rov. 4.21	4.115 - 4.119
3.6 Bespreking van procedurele klachten	4.120 - 4.127
3.7 Slotsom onderdeel 3	4.128
<i>Onderdeel 4 (Verdrag van Chicago en EU-VS Open Skies Verdrag)</i>	
4.1 Inleiding	4.129 - 4.131
4.2 Juridisch kader internationale luchtvaartverdragen	4.132 - 4.146
4.3 Bespreking van de klachten	4.147 - 4.167
4.4 Slotsom onderdeel 4	4.168
<i>Onderdeel 5 (algemene beginselen van behoorlijk bestuur)</i>	
5.1 De aangevallen overwegingen	4.169 - 4.170
5.2 Bespreking van de klachten	4.171 - 4.184
5.3 Slotsom onderdeel 5	4.185
<i>Onderdeel 6 (de vorderingen jegens RSG)</i>	
6.1 Inleiding	4.186 - 4.187
6.2 Bespreking van de klachten	4.188 - 4.198
6.3 Slotsom onderdeel 6	4.199 - 4.200
<i>Onderdeel 7 (belangenafweging)</i>	
7.1 Aangevallen overwegingen	4.201 - 4.202
7.2 Juridisch kader belangenafweging kort geding	4.203 - 4.207
7.3 Bespreking van de klachten	4.208 - 4.218
7.4 Slotsom onderdeel 7	4.119 - 4.220

5. Bespreking van het middel in het incidenteel cassatieberoep

Inleiding

5.1 - 5.2

Bespreking van de klachten

5.3 - 5.11

Slotsom incidenteel cassatieberoep

5.12

6. Conclusie

Partijen worden hierna gezamenlijk aangeduid als **IATA c.s.** respectievelijk **Staat c.s.** en de afzonderlijke verweerders respectievelijk als de **Staat**, de **Stichting** en **RSG**. Verder wordt eiseres onder 1 individueel aangeduid als **IATA** en eiseres onder 2 als **A4A**.

1. Inleiding en samenvatting

- 1.1 Dit kort geding gaat over 'de krimp' van Schiphol. De Staat wil met het oog op de belangen van omwonenden de geluidbelasting van de luchthaven terugbrengen. De Staat wil daartoe (i) met een experiment tijdelijk afwijken van de huidige regelgeving, ter voorbereiding van nieuwe regelgeving, en (ii) het gedogen van overschrijdingen van de wettelijk vastgelegde normen beëindigen. Partijen uit de luchtvaart, IATA c.s., zijn daartegen opgekomen.
- 1.2 In geschil is of een verbod moet worden opgelegd aan de Staat (en RSG) om de twee voorgenomen maatregelen door te voeren. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland wees de door IATA c.s. gevorderde voorzieningen toe. Het experiment kan niet worden ingevoerd zonder dat de in de Europese Verordening 598/2014 voorgeschreven procedure ('evenwichtige benadering' of '*balanced approach*') is gevolgd. De voorzieningenrechter verbood ook het beëindigen van het gedogen. Aan RSG werd het verbod opgelegd om gevolg te geven aan de twee voorgenomen maatregelen van de Staat.
- 1.3 In een door de Staat geïnitieerd spoedappiel heeft het hof Amsterdam de vorderingen van IATA c.s. alsnog afgewezen. De *balanced approach* hoeft volgens het hof bij een experiment als hier aan de orde niet te worden gevolgd. Er doet zich geen strijd voor met nationale, Europese of internationale wet- en regelgeving. Het hof heeft daarom het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd. Die vernietiging gold ook voor zover dat vonnis was gewezen in de verhouding tussen IATA c.s. en RSG, terwijl alleen de Staat appel had ingesteld. Er is volgens het hof niet een processueel ondeelbare rechtsverhouding.
- 1.4 IATA c.s. hebben cassatieberoep ingesteld. De kern van hun betoog is dat zich wel degelijk een inbreuk op nationale, Europese en internationale regels voordoet. Voor de Europese regels beroepen zij zich onder andere op een brief van de Europees Commissaris voor Transport, die dateert van na het arrest van het hof. RSG betoogt in een (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep dat wél sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding.
- 1.5 Het principaal cassatieberoep van IATA c.s. slaagt. De voorgenomen Experimenteerregeling kan niet worden gerealiseerd omdat daarvoor een toereikende wettelijke grondslag ontbreekt (onderdeel 2). Ook moet de *balanced approach* worden gevolgd. De Europese verordening waarin de *balanced approach* is vastgelegd biedt geen aanknopingspunt om een tijdelijke maatregel zoals de voorgenomen Experimenteerregeling daarvan uit te zonderen (subonderdeel 3.2). De *balanced approach* is van toepassing op exploitatiebeperkingen als gevolg van geluidsgelateerde 'acties', zodat ook andere maatregelen dan wettelijke maatregelen daaronder kunnen vallen. Het stoppen met gedogen is als een dergelijke 'actie' aan te merken omdat al geruime tijd wordt uitgegaan van andere normen dan de wettelijke normen waarvan de overtreding wordt gedoogd (subonderdeel 3.7). Om die redenen stel ik voor het bestreden arrest te vernietigen.
- 1.6 Het incidenteel cassatieberoep van RSG faalt wegens gebrek aan belang.

2. Feiten en achtergronden

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹

Partijen in dit geding

- 2.2 IATA (eiseres in het principaal cassatieberoep, sub 1) is een door luchtvaartmaatschappijen opgerichte niet-gouvernementele internationale handelsorganisatie. Haar activiteiten bestaan onder meer uit het behartigen van de belangen van luchtvaartmaatschappijen en het ontwikkelen van wereldwijde commerciële normen voor de luchtvaartindustrie.
- 2.3 A4A (eiseres in het principaal cassatieberoep, sub 2) is een non-profit organisatie die de belangen van de (Noord-Amerikaanse) luchtvaartindustrie behartigt.
- 2.4 Eiseressen in het principaal cassatieberoep sub 3 t/m sub 20 zijn luchtvaartmaatschappijen. Eiseres sub 8 (Federal Express Corporation) doet ook aan vrachtvervoer.
- 2.5 De Stichting komt op voor de belangen van omwonenden van de luchthaven Schiphol die negatieve effecten van het vliegverkeer ondervinden.
- 2.6 RSG is de exploitant van de luchthaven Schiphol.

Wet- en regelgeving met betrekking tot Schiphol

- 2.7 Schiphol is een zogenoemde slotgecoördineerde luchthaven. Luchtvaartmaatschappijen mogen alleen van of naar Schiphol vliegen indien zij een 'slot' toegewezen hebben gekregen. Airport Coordination Netherlands (hierna: **ACNL**) is een zelfstandig bestuursorgaan belast met de allocatie en monitoring van slots volgens de systematiek van Verordening EEG/95/93² (hierna: de **Slotverordening**).
- 2.8 Art. 6 lid 1 Slotverordening verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat de parameters voor de toewijzing van slots tweemaal per jaar worden vastgesteld. Deze verantwoordelijkheid is geattribueerd aan RSG,³ die in een capaciteitsdeclaratie de beschikbare capaciteit vaststelt. RSG stelt in maart van een kalenderjaar de beschikbare capaciteit vast voor het eerstvolgende winterseizoen (van 1 november t/m 30 april) en in september voor het eerstvolgende zomerseizoen (van 1 mei t/m 31 oktober). Beide seizoenen samen worden aangeduid als het 'gebruiksjaar', dat loopt van 1 november t/m 31 oktober. RSG stelt de capaciteitsdeclaratie vast ná consultatie van de luchtvaartmaatschappijen en van

¹ Zie het bestreden arrest (Hof Amsterdam 7 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1589) onder 2 t/m rov. 4.4. Zie ook de uitgebreidere feitenvaststelling in het vonnis van de voorzieningenrechter (Rb. Noord-Holland (vzr.) 5 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3010), rov. 2.1 t/m 2.39, die het hof (onder 3 van het bestreden arrest) bij de beoordeling tot uitgangspunt neemt en samenvat. Zie voor achtergronden: T.N. Buissing, 'De aanloop naar de Balanced Approach in Nederland: niet polderen voor een 'evenwichtige aanpak' maar procederen over krimp Schiphol', TVR 2023/6.

² Verordening (EEG) nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van slots op communautaire luchthavens, *PbEG*, L 14, 22 januari 1993, p. 1-6, nadien gewijzigd.

³ Op grond van art. 5a lid 1, aanhef en onder a, van het Besluit Slotallocatie, zoals ingevoerd bij art. I.D. van het Besluit van 16 september 2019 tot wijziging van het Besluit slotallocatie met het oog op het stellen en verduidelijken van regels omtrent het vaststellen van de coördinatieparameters en het gebruik van slots, *Stb.* 2019, 305.

Luchtverkeersleiding Nederland. Die consultatie vindt plaats in het Coordination Committee Netherlands (hierna: **CCN**). Na de capaciteitsdeclaratie kan ACNL slots toewijzen aan luchtvaartmaatschappijen.

- 2.9 De Wet Luchtvaart (hierna: **Wlv**) reguleert het luchtverkeer van en naar Schiphol.⁴ Op grond van art. 8.15 Wlv is het Luchthavenverkeersbesluit Schiphol⁵ (hierna: **LVB 2008**⁶) vastgesteld. Het LVB bevat onder meer: beperkingen voor het gebruik van het stelsel van (vijf) banen voor opstijgen en landen (art. 3.1.5), de grenswaarden voor de geluidbelasting in bepaalde 'handhavingspunten'⁷ (§ 4.2) en een beperking van het aantal vliegtuigbewegingen in de nacht (art. 4.2.3a).⁸ Het LVB bevat niet een expliciete beperking van het aantal toegestane vliegtuigbewegingen (afgekort: **vtb's**) van en naar Schiphol.
- 2.10 Het stelsel voor geluidbelasting is in hoge mate bepalend voor het maximale aantal vliegtuigbewegingen waarvan RSG kan uitgaan bij het vaststellen van de beschikbare capaciteit, en daarmee voor het aantal vluchten waarvan ACNL kan uitgaan voor de slots.

Opeenvolgende handavingsstelsels geluidsoverlast⁹

- 2.11 Het in het LVB 2008 neergelegde stelsel werd als inflexibel ervaren en leidde in de praktijk tot ongewenste effecten, met name omdat in sommige handhavingspunten de geldende grenswaarden snel werden overschreden, terwijl in andere handhavingspunten nog (veel) 'geluidruimte' beschikbaar bleef en ook omdat vanwege dreigende overschrijdingen bij de voorkeursbaan moest worden uitgeweken naar een baan met meer 'geluidgehinderden'. Tegen deze achtergrond is in 2007 aan de zogenoeten 'Alderstafel'¹⁰ gevraagd om advies uit te brengen over door te voeren verbeteringen van het normen- en handavingsstelsel ten aanzien van geluidhinder rond Schiphol. De Alderstafel is een overlegorgaan waarin vertegenwoordigers van de luchtvaartsector, lokale bestuurders en bewoners uit de omgeving van Schiphol zitting hebben. Dit overlegorgaan besprak de geluidshinder, luchtverontreiniging en de veiligheid rond Schiphol. Het was een mooi voorbeeld van 'polderen' om tot compromissen te komen die op breed draagvlak kunnen rekenen.¹¹
- 2.12 Aan de Alderstafel is het zogenoemde Nieuw Normen- en Handavingsstelsel (hierna: **NNHS**) ontwikkeld. NNHS bestaat uit vier kernelementen:

⁴ Niet te verwarren met de Luchtvaartwet, die voorschriften voor de luchtvaart in het algemeen bevat.

⁵ Besluit van 26 november 2002 tot vaststelling van een luchthavenverkeerbesluit voor de luchthaven Schiphol (Luchthavenverkeerbesluit Schiphol), *Stb.* 2002, 592, laatstelijk gewijzigd door Besluit van 19 september 2018 tot wijziging van het Luchthavenverkeerbesluit Schiphol in verband met de vaststelling van een maximum aantal voor nachtvluchten op de luchthaven Schiphol [etc.], *Stb.* 2018, 366.

⁶ Het hof licht de toevoeging '2008' in rov. 3.7 van het bestreden arrest als volgt toe: "[...] Het in 2003 vastgestelde LVB is in 2008 in belangrijke mate gewijzigd en in 2010 geactualiseerd. Het nu geldende LVB wordt hierna aangeduid als 'het LVB 2008'. [...]" Deze aanduiding neem ik met het oog op de consistentie over.

⁷ Handhavingspunten zijn in een zone rond de luchthaven gelegen locaties op de grond waarvoor geluidsnormen gelden. Er zijn in een zone rond Schiphol 35 handhavingspunten.

⁸ Terzijde merk ik op dat in de stukken sommige samengestelde termen met het woord 'geluid' wel met een tussens- worden geschreven ('geluidsoverlast', 'Geluidsrichtlijn') en andere niet ('geluidbelasting', 'geluidhinder').

⁹ Zie voor een uitgebreide en gedocumenteerde overzicht, geïllustreerd met kaarten en andere afbeeldingen, Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734, rov. 4.1-4.53.

¹⁰ Dit overlegorgaan is vernoemd naar de voorzitter (voormalig Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu en Commissaris van de Koningin in Groningen), J.G.M. (Hans) Alders.

¹¹ De Alderstafel is later vervangen door de Omgevingsraad Schiphol (ORS).

- 1) een maximum aantal vliegtuigbewegingen van (aanvankelijk) 510.000 per jaar;
- 2) regels voor 'strikt preferentieel baangebruik', wat betekent dat de geluidspreferente baancombinaties zoveel mogelijk gebruikt worden en daarbinnen het verkeer zoveel mogelijk op de meest preferente baan wordt afgehandeld zodat per saldo de minste geluidsoverlast ontstaat;
- 3) de gelijkwaardigheidscriteria als handhaafbare grenswaarden voor onder meer de geluidbelasting; en
- 4) de introductie van een Maximale Hoeveelheid Geluid als grenswaarde.

Voor deze zaak zijn met name de elementen 1) en 2) van belang.

- 2.13 Nadat van 1 november 2010 tot 1 november 2012 is geëxperimenteerd met het NNHS heeft de Alderstafel op 1 oktober 2013 daarover een positief eindadvies uitgebracht. Vervolgens is de wettelijke verankering van het NNHS ter hand genomen. Daarvoor dienden de Wlv en het LVB 2008 te worden gewijzigd dan wel vervangen. In onder meer de Memorie van Toelichting van het in december 2014 ingediende wetsvoorstel tot wijziging van de Wlv wordt een plafond van 510.000 vliegtuigbewegingen per gebruiksjaar genoemd.¹² Bij de Memorie van Toelichting was – ter informatie – een ontwerp LVB gevoegd waarin, een maximum aantal werd vastgelegd op 510.000,¹³ terwijl dat aantal in het LVB 2008 op 410.000 lag.
- 2.14 Vanaf 2013 is RSG in de halfjaarlijkse capaciteitsdeclaraties uitgegaan van de uitkomst van de Alderstafel en dus niet langer van het LVB 2008.
- 2.15 In 2015 heeft de Alderstafel wederom advies uitgebracht. Hierin is onder meer de dagnorm voor de vierde baan verhoogd van 60 naar 80 vliegtuigbewegingen. Ter compensatie is de limiet van 510.000 vliegtuigbewegingen per jaar iets teruggebracht naar 500.000. Naar aanleiding hiervan werd aan de Tweede Kamer meegedeeld dat ook in het ontwerp voor het nieuwe LVB de beschikbare capaciteit zou worden gewijzigd in maximaal 500.000 vliegtuigbewegingen tot en met 2020.¹⁴
- 2.16 In 2015 is ook het zogenoemde **anticiperend handhaven** ingegaan. Dit houdt in dat de toezichthouder op de luchtvaart, de Inspectie Leefomgeving en Transport (hierna: **ILT**) geen sancties oplegt bij overschrijding van de geluidsgrenswaarden op vaste handhavingspunten, zoals opgenomen in het LVB 2008, als die overschrijding het gevolg is van strikt preferentieel baangebruik overeenkomstig het NNHS. Daarmee werd geanticipeerd op een wettelijke verankering van de normen van het NNHS. Tot die tijd zouden de wettelijke grensnormen uit het LVB 2008 niet worden gehandhaafd. In september 2015 heeft de staatssecretaris aan de Tweede Kamer hierover het volgende bericht:¹⁵

"Tot het moment waarop het nieuwe normen- en handhavingstelsel in de Wet Luchtvaart en onderliggende regelgeving definitief van kracht is, zal – uitgaande van een voorspoedige wetsbehandeling – bij overschrijding van de grenswaarden in de handhavingspunten anticiperend gehandhaafd worden. [...]"

¹² Kamerstukken II 2014/15, 34 098, nr. 3 (MvT), p. 7.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34 098, nr. 3 (MvT), p. 21 (zie art. 4.1.1).

¹⁴ Brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 15 maart 2015, Kamerstukken II 2014/15, 29 665, nr. 212, p. 4.

¹⁵ Brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 25 september 2015, Kamerstukken II 2015/16, 31 936, nr. 296, p. 3.

- 2.17 Feitelijk komt anticiperend handhaven neer op het gedogen van de niet-naleving van de geldende normen in het zicht van legalisatie. Zoals we zullen zien, laat 'legalisatie' echter bijzonder lang op zich wachten. Zo lang een norm van het NNHS niet is opgenomen in geldende wetgeving, kan die norm niet door de ILT worden gehandhaafd omdat niet-naleving van een niet in de wet opgenomen norm geen overtreding oplevert. Gevolg is dat een belanghebbende niet een aanvraag tot handhaving van het NNHS kan indienen bij de ILT. De rechtspositie van de omwonenden is daarom gebrekkig te noemen.¹⁶
- 2.18 In haar in 2.16 geciteerde brief ging de staatssecretaris uit "van een voorspoedige wetsbehandeling". Dat is ook gelukt: het voorstel tot wijziging van de Wlv is namelijk in 2016 aangenomen¹⁷ en in het Staatsblad gepubliceerd,¹⁸ met in art. V de standaardbepaling dat inwerkingtreding zal plaatsvinden op een bij KB te bepalen datum. De inwerkingtreding van deze wetwijziging zou echter een heel ander verhaal worden. Op dit moment, acht jaar na vaststelling van genoemde wet, is er nog steeds geen datum voor inwerkingtreding bepaald omdat het om diverse redenen niet mogelijk is gebleken een nieuw LVB vast te stellen.

Ontwikkelingen na de vaststelling van de Wijzigingswet Wlv

- 2.19 In 2016 en 2020 zijn milieu effect rapportages (MER) uitgebracht ten behoeve van een ontwerp LVB ter uitvoering van het NNHS (hierna: **LVB-NNHS**) en in 2021 is de voorhangprocedure voor het LVB-NNHS gestart.¹⁹ Het ontwerp bepaalt in art. 4.1.1:
- "Op de luchthaven Schiphol vinden maximaal 500.000 vliegtuigbewegingen met handelsverkeer per gebruiksjaar plaats."
- 2.20 In het regeerakkoord van 10 oktober 2017²⁰ (kabinet-Rutte III) was vastgelegd dat het beleid ter zake van Schiphol wordt gewijzigd en de focus zal worden gelegd op hinderbeperking en kwaliteit van de leefomgeving en luchtkwaliteit in plaats van op aantallen vliegtuigbewegingen. In het *Actieplan Schiphol 2018-2023* van 28 augustus 2018²¹ staat dat na 2020 het 50/50-beginsel – milieuwinst komt voor 50% ten goede aan de omgeving en voor 50% aan groei van het luchtvaartverkeer – wordt geëvalueerd en dat de focus wordt

¹⁶ Zie daarover het lezenswaardige rapport van H.E Bröring & A.R. Neerhof, *Anticiperend handhaven NNHS*, te raadplegen op: <https://toezichttafel.files.wordpress.com/2021/05/anticiperend-handhaven-van-het-nieuwe-normen-en-handhavingssysteem-schiphol-broring-en-neerhof-febr-2020.pdf>. Daar wordt ook, aan de hand van de vaker gemaakte tegenstelling tussen de 'laagdrempelige procedure bij de bestuursrechter' en de 'moeizame civielrechtelijke mogelijkheden', gesuggereerd dat de civiele rechter de burger geen rechtsbescherming kan bieden. In zijn algemeenheid valt daar tegenin te brengen dat vooral op het generieke niveau de civiele rechter juist wel voor effectieve rechtsbescherming kan zorgen, zeker in geval van collectieve acties, als de rechtsgeldigheid van een besluit van algemene strekking dan wel de rechtmatigheid van een feitelijk handelen aan de orde is. De bestuursrechtelijke rechtsgang is aangewezen voor individuele situaties, maar juist daarbij moet de burger formele hobbels over zoals belanghebbendheidvereiste (met vragen als: hoe dichtbij moet je wonen om nog belanghebbende te zijn?). De bestuursrechter rechter kan ook alleen via exceptieve toetsing oordelen over de rechtsgeldigheid van de wettelijke regeling waarop een bestreden besluit is vastgesteld.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, nr. 55, item 25 en *Kamerstukken I* 2015/16, nr. 22, item 5.

¹⁸ Wet van 9 maart 2016 tot wijziging van de Wet luchtvaart in verband met de invoering van een nieuw normen- en handhavingssysteem voor de luchthaven Schiphol en enige andere wijzigingen, *Stb.* 2016, 119, zoals verbeterd in *Stb.* 2016, 119, n1.

¹⁹ Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 16 februari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 29 665, nr. 399 (herdruk).

²⁰ Te raadplegen op: <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-20f5fe94-8f10-4370-8488-8d3ba568bb4c/pdf>. Het deel over luchthaven Schiphol staat op p. 41-42.

²¹ Dit actieplan is te raadplegen op: <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-c2b885be-d474-4563-ba6c-eb6a1811aa5c/pdf>.

gelegd op hinderbeperking in plaats van het aantal vliegtuigbewegingen. Ter uitwerking van het regeerakkoord is in november 2020 de *Luchtvaartnota 2020-2050* gepubliceerd.²² Daarin is onder meer vastgelegd dat gaat worden gewerkt aan de herziening van het luchtruim met als doel een nauwkeuriger gebruik van vliegroutes en van preferente minimale vlieghoogten zodat geluidsoverlast wordt beperkt.

- 2.21 In april en november 2021 liet de minister aan de Tweede Kamer weten dat het nog steeds het doel is om het LVB NNHS op zo kort mogelijke termijn wettelijk te verankeren, maar dat dit door de samenloop met de procedure voor het verkrijgen van een natuurvergunning voor Schiphol nog enige tijd kan duren. In een brief van 19 april 2021 aan de Tweede Kamer wordt onder meer het volgende vermeld:²³

"[...] Dit [invoering LVB NNHS, A-G] is belangrijk omdat er anders sprake blijft van een rechtsvacuüm waarbij wel volgens de regels van het NNHS inclusief de maximale capaciteit van 500.000 vliegtuigbewegingen wordt gevlogen, maar dit niet formeel in wet- en regelgeving is verankerd. Het beëindigen van het anticiperend handhaven is dus noodzakelijk om de rechtspositie van de omwonenden te verbeteren en vanwege rechterlijke uitspraken hierover."

- 2.22 In het Coalitieakkoord van december 2021 (kabinet-Rutte IV) werd aangekondigd te gaan zoeken naar een betere balans tussen de diverse betrokken belangen bij Schiphol.²⁴ Per brief van 24 juni 2022 (hierna: de **hoofdpijnenbrief**) heeft de minister aan de Tweede Kamer onder meer het volgende medegedeeld (onderstreping hier en hierna in deze conclusie steeds door mij toegevoegd, tenzij anders staat vermeld):²⁵

"Om een nieuwe balans te kunnen vinden tussen het belang van een internationale luchthaven voor Nederland en de kwaliteit van de leefomgeving, specifiek voor omwonenden, heeft het kabinet de afgelopen maanden een brede afweging van verschillende publieke belangen gemaakt (...)

In het kader van het belang van omwonenden heeft het kabinet met voorrang gekeken naar de geluidshinder rond de luchthaven. Voor het brede publieke belang van Schiphol is gekeken naar het aantal vluchten dat nodig is om het hoogwaardige netwerk aan bestemmingen wereldwijd te behouden, waarmee de luchthaven van waarde is voor de economie en bedrijvigheid in Nederland.

Het kabinet kiest op basis van de belangenafweging voor het terugdringen van overlast ten opzichte van de periode voor het begin van de COVID-19 pandemie, het beëindigen van het anticiperend handhaven en een adequate verbondenheid van Nederland met de rest van de wereld. Dit resulteert in een reductie van het maximum aantal toegestane vliegtuigbewegingen van en naar Schiphol tot 440.000 per jaar, in plaats van de 500.000 vliegtuigbewegingen die in het ontwerp-Luchthavenverkeerbesluit (LVB) waren opgenomen en die in de praktijk al werden gerealiseerd voordat de COVID-19 pandemie uitbrak. Een vermindering van het aantal vliegtuigbewegingen leidt tot minder geluidbelasting en minder emissies van CO₂, stikstof, (ultra)fijnstof en andere schadelijke stoffen.

(...)

Hoewel de reductie van geluidsoverlast het uitgangspunt (en voor de meeste omwonenden ook het gevolg) is van het NNHS, leidt anticiperend handhaven ertoe dat de rechtspositie van

²² Deze nota is te raadplegen op: <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-c2ae4e29-a960-4c91-99af-7bca52b8c9f9/pdf>. Zie de kennisgeving van de vaststelling van de nota in *Stcrt.* 2020, 58975.

²³ Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 19 april 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 29 665, nr. 406, p. 1-2.

²⁴ Te raadplegen op <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-f3cb0d9c-878b-4608-9f6a-8a2f6e24a410/pdf> op p. 18.

²⁵ Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 24 juni 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 29 665, nr. 432.

omwonenden op het gebied van geluidshinder al geruime tijd niet goed is gereguleerd. Omwonenden kunnen zich niet beroepen op geluidsnormen die juridisch correct zijn vastgesteld en ook worden gehandhaafd. De Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) heeft hier eerder aandacht voor gevraagd. Het raakt met name een aantal omwonenden die, in afwijking van de meerderheid, is geconfronteerd met extra geluidsoverlast. Het kabinet streeft daarom al jaren naar het vastleggen van het NNHS in het LVB, zodat het anticiperend handhaven op Schiphol kan worden beëindigd.

Vastlegging in een te wijzigen LVB laat echter, als gevolg van het ontbreken van een natuurvergunning voor Schiphol, in de tijd nog steeds op zich wachten. Het kabinet is daarom van mening dat het belangrijk is om – vooruitlopend op een gewijzigd LVB – een einde te maken aan de gebrekkige rechtspositie van omwonenden. Dat betekent dat het kabinet zal stoppen met anticiperend handhaven in combinatie met het voortzetten van het strikt preferentieel baangebruik. (...) Uit het oogpunt van zorgvuldigheid, is het streven het anticiperend handhaven met ingang van het IATA-winterseizoen 2023/2024 te beëindigen.

(...)

- Vooruitlopend op het te wijzigen LVB en de natuurvergunning wil ik via een ministeriële regeling, het nieuwe maximum van 440.000 vliegtuigbewegingen, de strikte regels voor preferentieel baangebruik en de slotreductie vastleggen, met het doel dat de ILT hierop kan handhaven.

(...)

Het proces dat conform de EU-regelgeving voor capaciteitsbeperkingen moet worden doorlopen voor zowel de wijziging van het LVB als voor tussentijdse stappen, betreft de hierboven genoemde Balanced Approach. Deze Europees vastgestelde procedure voorziet in een consultatie- en kennisgevingsproces ten aanzien van een exploitatiebeperkende maatregel die een effect heeft op het omgevingsgeluid. Het kabinet vindt het van groot belang dat alle belanghebbenden, waaronder de luchtvaartsector, worden geconsulteerd en zal dit proces daarvoor aangrijpen.

(...)

In plaats van de situatie waarin Schiphol kon groeien tot boven de 500.000 vluchten, zal de luchthaven daar nu ruim onder blijven. Hiermee wordt invulling gegeven aan de afspraak uit het regeerakkoord en aan de motie Kröger e.a."

2.23 Samengevat omvat het in de hoofdlijnenbrief voorgestelde beleid drie sporen:

1. Het beëindigen van het anticiperend handhaven in combinatie met het voorstellen van strikt preferentieel baangebruik;
2. Het vastleggen van een lager maximum aantal vliegtuigbewegingen in een gewijzigd LVB; en
3. De ontwikkeling van een nieuw normenstelsel voor de 'milieugebruiksruimte'.

Voor deze zaak is spoor 1 relevant. Het beëindigen van het anticiperend handhaven en de vaststelling van de Experimenteerregeling vormen samen spoor 1.

De voorgenomen Experimenteerregeling

2.24 Van 26 januari 2023 tot 23 februari 2023 heeft de minister ter consultatie voorgelegd een ontwerp van de 'Tijdelijke regeling strikt preferentieel baangebruik Schiphol' (hierna: de **voorgenomen Experimenteerregeling**).

2.24.1 De voorgenomen Experimenteerregeling zou gaan gelden voor het gebruiksjaar 2024 (dat loopt van 1 november 2023 tot 1 november 2024) en bevat (in artikel 2) ten opzichte van het LVB 2008 nieuwe grenswaarden voor de geluidbelasting. In artikel 4 en bijlage 1 zijn regels

opgenomen voor het strikt preferentieel baangebruik door handelsverkeer, met de toevoeging dat van die regels kan worden afgeweken indien door de toepassing daarvan de geluidgrenswaarden zouden worden overschreden.²⁶

2.24.2 Artikel 3 ('Doel') bepaalt:

"Deze regeling heeft tot doel om voor het gebruiksjaar 2024 tijdelijk de regels voor strikt preferentieel baangebruik van het nieuwe normen- en handhavingstelsel voor Schiphol vast te leggen, uit te voeren met inachtneming van de vervangende grenswaarden voor de geluidbelasting in de handhavingspunten, bedoeld in artikel 2, binnen de criteria voor gelijkwaardige bescherming van de omgeving, op grond van artikel 8.17, zevende lid, van de wet, zodat hiermee rekening wordt gehouden bij het vaststellen van de parameters overeenkomstig artikel 6 van de Slotverordening vanaf het winterseizoen 2023/2024 en uitvoeringstechnische problemen kunnen worden gesignaleerd."

2.24.3 Artikel 6 ('Gevolgen') luidt:

"De combinatie van de grenswaarden voor de geluidbelasting in de handhavingspunten, bedoeld in artikel 2, en de regels voor strikt preferentieel baangebruik door handelsverkeer, bedoeld in artikel 4, geeft ruimte voor maximaal 460.000 vliegtuigbewegingen handelsverkeer waarvan 32.000 in de nacht, en een opslag van 2,5 procent geluidbelasting voor general aviation. Bij het vaststellen van de parameters, bedoeld in artikel 3, wordt rekening gehouden met die grenswaarden en regels."

2.25 Per sommatiebrief van 1 maart 2023 hebben IATA c.s. aan de minister gevraagd te bevestigen dat hij niet zal overgaan tot vaststelling van de voorgenomen regeling en aan RSG gevraagd te bevestigen dat zij geen rekening zal houden met de voorgenomen regeling bij het opstellen van haar capaciteitsdeclaratie voor het winterseizoen 2023-2024.

2.26 Op 3 maart 2023 hebben de minister en RSG bericht geen gehoor te zullen geven aan de sommaties.

2.27 In maart 2023 is het 'Consultatiedocument van belanghebbenden balanced approach-procedure Schiphol' gepubliceerd.²⁷ Dat document vormt een onderdeel van 'spoor 2'. Er worden daarin voor de periode na het aflopen van de Experimenteerregeling verschillende scenario's genoemd. Eén daarvan houdt in dat 500.000 vliegtuigbewegingen per jaar mogelijk zijn, met een vermindering van het aantal nachtvluchten. De twee andere scenario's gaan uit van een maximaal aantal vliegtuigbewegingen van 440.000 per jaar.

3. Het procesverloop

Eerste aanleg

3.1 Bij dagvaardingen van 6 maart 2023 zijn eiseressen in cassatie sub 1 t/m 8 respectievelijk eiseressen in cassatie sub 10 t/m 14 (hierna: **KLM c.s.**) kortgedingprocedures gestart bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland (hierna: de **voorzieningenrechter**) tegen de Staat en tegen RSG. De vorderingen strekken – samengevat – ertoe dat op straffe van een dwangsom (i) de Staat wordt verboden om de voorgenomen Experimenteerregeling

²⁶ Deze consultatie is te raadplegen op: https://www.internetconsultatie.nl/experimenteerregeling_schiphol/b1#header1.

²⁷ Deze consultatie is te raadplegen op: https://www.internetconsultatie.nl/balanced_approach_schiphol/b1.

dan wel een gelijksoortige experimenteerregeling vast te stellen en om het 'anticiperend handhaven' te (doen) beëindigen en dat (ii) RSG wordt verboden om voor Schiphol enige capaciteitsdeclaratie in te dienen met een capaciteit van minder dan 500.000 vliegtuigbewegingen, waarvan 32.000 in de nacht.

3.2 Diverse partijen hebben voeging dan wel tussenkomst gevorderd. Bij vonnis van 14 maart 2023 zijn deze incidentele vorderingen toegewezen.²⁸

3.3 Bij vonnis van 5 april 2023 (hierna: het **vonnis**) heeft de voorzieningenrechter de vorderingen (in beide zaken) grotendeels toegewezen.²⁹ De getroffen voorzieningen komen erop neer dat het de Staat is verboden om voor het gebruiksjaar november 2023 tot en met oktober 2024:

- de voorgenomen Experimenteerregeling dan wel een regeling die daar substantieel op lijkt vast te stellen en te (doen) handhaven;
- het 'anticiperend handhaven' te (doen) stoppen dan wel te gaan handhaven op basis van de geluidsnormen onder het LVB 2008 zonder dat eerst de *balanced approach* als bedoeld in Verordening (EU) 598/2014 (de **Geluidsverordening**) is gevolgd;
- (in de zaak van KLM c.s.) een regeling vast te stellen op grond van art. 8.23a Wlv die direct of indirect tot gevolg heeft, of waarmee wordt beoogd, dat de capaciteit van de luchthaven (in de zin van het aantal toegestane vliegtuigbewegingen en/of het aantal te alloceren slots) wordt beperkt tot onder 500.000 vliegtuigbewegingen; en
- andere handelingen te verrichten die direct of indirect tot gevolg hebben, of waarmee wordt beoogd, dat de capaciteit van de luchthaven Schiphol voor het winterseizoen 2023-2024 wordt beperkt zonder dat eerst de *balanced approach* is gevolgd.

De jegens RSG toegewezen vorderingen komen erop neer dat het RSG is verboden om bij enige capaciteitsdeclaratie voor het gebruiksjaar november 2023 tot en met oktober 2024 gevolg te geven aan enige door de voorzieningenrechter verboden handeling of maatregel vanwege de Staat en/of een aantal lager dan 500.000 toegestane vliegtuigbewegingen en/of te alloceren slots te declareren.

3.4 Aan deze beslissingen heeft de voorzieningenrechter, kort samengevat, ten grondslag gelegd dat de voorgenomen Experimenteerregeling een capaciteitsbeperking zal inhouden en dat invoering ervan zonder dat een *balanced approach*-procedure is doorlopen in strijd is met de Geluidsverordening. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de voorgenomen Experimenteerregeling daarom, indien zij wordt vastgesteld, onmiskenbaar onverbindend. Dit geldt ook voor het voornemen van de Staat om te stoppen met het anticiperend handhaven.

3.5 Na het vonnis heeft RSG de capaciteitsdeclaraties voor het winterseizoen 2023-2024 afgegeven (op 189.550 vliegtuigbewegingen). Zij is daarbij uitgegaan van een maximum van 483.000 vliegtuigbewegingen voor het hele gebruiksjaar 2023-2024.

²⁸ Rb. Noord-Holland (vzr.) 14 maart 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2461, *M en R* 2023/116 m.nt. B. Arentz. Op rechtspraak.nl is de uitspraakdatum van dit vonnis (per abuis) aangeduid als 20 maart 2023.

²⁹ Rb. Noord-Holland (vzr.) 5 april 2023, ECLI:NL:RENHO:2023:3010, *JM* 2023/62 m.nt. W.T. Douma.

Hoger beroep

- 3.6 Bij spoedappeldagvaarding (met grieven) van 1 mei 2023 is de Staat bij het gerechtshof Amsterdam (hierna: het **hof**) in hoger beroep gekomen van het eindvonnis. De Staat heeft RSG als partij in het geding opgeroepen (art. 118 lid 1 Rv jo. art. 353 lid 1 Rv). De Stichting heeft voeging aan de zijde van de Staat gevorderd (art. 217 lid 1 Rv jo. art. 353 lid 1 Rv). Deze incidentele vordering is toegewezen bij incidenteel arrest van 23 mei 2023.³⁰
- 3.7 Bij arrest van 7 juli 2023 (hierna: het **bestreden arrest**) heeft het hof het eindvonnis vernietigd en opnieuw rechtdoende de tegen de Staat en tegen RSG ingestelde vorderingen afgewezen. Samengevat heeft het hof het volgende geoordeeld.³¹
- 3.7.1 Het hof stelt het volgende voorop. Het is bevoegd van de vorderingen kennis te nemen. IATA c.s. zijn voor deze vorderingen aangewezen op de civiele rechter in kort geding. Er is ook in hoger beroep voldoende spoedeisend belang. Anders dan IATA c.s. betogen heeft de Staat belang bij vernietiging van het eindvonnis. (rov. 4.5 t/m 4.8)
- 3.7.2 Het hof formuleert vervolgens de aan te leggen toetsingsmaatstaf. De voorgenomen Experimenteerregeling en het voornemens te stoppen met anticiperend handhaven zijn beleidsmatige beslissingen van de Staat of zij vloeien daaruit voort. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes heeft gemaakt en de Staat dus in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, of wanneer de Staat een bevoegdheid aanwendt zonder dat daarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat of waarmee in strijd wordt gehandeld met het Unierecht, is plaats voor rechterlijk ingrijpen. De rechter in kort geding heeft slechts bij een onmiskenbaar onverbindende regeling de bevoegdheid om de betreffende bepalingen buiten werking te stellen dan wel het uitvaardigen daarvan (op voorhand) te verbieden. (rov. 4.11)
- 3.7.3 Het hof overweegt daarna dat de voorgenomen Experimenteerregeling die toetsing doorstaat. De beoogde regeling is niet onmiskenbaar in strijd met art. 8.23a Wlv. Het gaat in beginsel om een experiment in de zin van dit artikel waarvan de duur vooralsnog beperkt tot één jaar. Voorshands wordt geen misbruik gemaakt van art. 8.23a Wlv. Daarbij sluit het hof niet de ogen voor de toelichting die de minister aan de Tweede Kamer heeft gegeven, die inderdaad grond geeft voor zorg aangaande de zuiverheid van de motieven, maar dat volstaat niet voor een onverbindendverklaring. Anders dan IATA c.s. betogen, legt de voorgenomen Experimenteerregeling geen aantallen vliegtuigbewegingen op, maar enkel grenswaarden voor de geluidbelasting, in combinatie met regels voor het strikt preferentieel baangebruik. (rov. 4.12 t/m 4.14)
- 3.7.4 Het hof beoordeelt vervolgens of de voorgenomen Experimenteerregeling kan worden aangemerkt als een 'exploitatiebeperking' in de zin van de Geluidsverordening. Het hof kan in dit kort geding geen antwoord geven op de vraag of de beoogde Experimenteerregeling per saldo en feitelijk de toegang tot de luchthaven beperkt dan wel de operationele capaciteit van vermindert in de zin van art. 2 sub 6 van de Geluidsverordening. Dit zou nader onderzoek

³⁰ Hof Amsterdam 23 mei 2023, zaaknr. 200.326.686/01 SKG (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

³¹ Hof Amsterdam 7 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1589, JM 2023/99 m.nt. W.T. Douma, M en R 2023/117 m.nt. B. Arentz.

vergen. Het antwoord op deze vraag is voor de beslissing echter niet bepalend, omdat het hier gaat om een tijdelijk en kortdurend experiment ter voorbereiding van eventuele aanpassingen van het op de nieuwe Wlv te baseren Luchtvaartbesluit waarvoor de Staat wél voornemens is om de *balanced approach*-procedure te volgen. De bewoordingen, de doelstellingen en de systematiek van de Geluidsverordening verzetten zich niet tegen de invoering van een Experimenteerregeling als de onderhavige zonder dat daarbij eerst de *balanced approach*-procedure wordt doorlopen. Er is op dit moment dus geen evidente strijd met de Geluidsverordening. (rov. 4.19)

- 3.7.5 Het hof gaat daarna in op de vraag of het stoppen met anticiperend handhaven en in plaats daarvan het voornemen om in de wetgeving vastgelegde grenswaarden voor de geluidbelasting te gaan handhaven, kan worden aangemerkt als een 'exploitatiebeperking' in de zin van de Geluidsverordening. Dat is niet het geval. Deze verordening houdt geen verplichting in om met betrekking tot voorgenomen handhavingsmaatregelen of -beleid de *balanced approach*-procedure te doorlopen. Bovendien voorziet art. 14 van de Geluidsverordening in het respecteren van reeds op 13 juni 2016 bestaande geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen. Het NNHS vormt niet het uitgangspunt om te kunnen bepalen of sprake is van een nieuwe exploitatiebeperking. Een gedoogsituatie is naar zijn aard tijdelijk en bovendien is deze situatie in strijd met verschillende Unierechtelijke voorschriften. (rov. 4.20 en 4.21)
- 3.7.6 Daarna toetst het hof nog andere gronden die voor de onverbindendheid van de voorlopige Experimenteerregeling waren aangevoerd.
- 3.7.7 Met betrekking tot de gestelde strijd met het Verdrag van Chicago inzake de burgerluchtvaart en het Open Skies Verdrag tussen de EU en de VS merkt het hof op dat het hier gaat om een experiment van een jaar. Het is algemeen geaccepteerd dat tijdelijke maatregelen zo nu en dan genomen moeten worden (zoals in tijden van pandemie, natuurverschijnselen, etc.) niet snel geïnterpreteerd dienen te worden als verdragsschendingen. Er is geen sprake van een evidente verdragsschending. (rov. 4.22),
- 3.7.8 De voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend handhaven komen voorts niet in strijd met de Slotverordening. Deze verordening regelt niet de beschikbare capaciteit, maar schrijft alleen een procedure voor met het oog op de verdeling van de beschikbare capaciteit. (rov. 4.23)
- 3.7.9 Er is tot slot ook geen strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aan het onderhavige gedoogbeleid kan slechts in zeer bijzondere omstandigheden het vertrouwen worden ontleend dat dit voor onbepaalde tijd zal voortduren. Die zeer bijzondere omstandigheden ontbreken. De Staat heeft in dit kader terecht gewezen op het rechtsstatelijk beginsel dat hij gehouden is geldende rechtsregels te handhaven, zeker als belanghebbenden dat verzoeken. Dat neemt niet weg dat een behoorlijk handelende overheid niet zomaar kan stoppen met een reeds jaren gevoerd beleid. Dat IATA c.s. daar aanzienlijk nadeel van kunnen ondervinden is aannemelijk. Toch staat ook dat niet in de weg aan de voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met het anticiperend handhaven. De Staat is immers, inmiddels, van plan deze maatregelen pas per 31 maart 2024 in te voeren. Tot dan wordt het huidige gedoogbeleid voortgezet. Die overgangperiode maakt de beëindiging voldoende evenwichtig en dit brengt ook mee dat de

luchtvaartmaatschappijen niet onevenredig benadeeld worden. De Staat heeft de verplichting alle belangen tegen elkaar af te wegen en heeft daarin beleidsvrijheid. Tegenover de belangen van IATA c.s. staan onder andere de belangen van de omwonenden, waarbij zwaar weegt dat omwonenden nu geen beroep kunnen doen op rechtsbescherming via het bestuursrecht. (rov. 4.24 t/m 4.28)

- 3.7.10 Het vonnis is niet onherroepelijk geworden jegens RSG. Er is weliswaar geen sprake van een in processuele zin ondeelbare rechtsverhouding, maar RSG is door de Staat in het geding opgeroepen op grond van art. 118 Rv. Voormelde oordelen van het hof (jegens de Staat) dienen consequenties te hebben voor de veroordeling van RSG, omdat zij zich heeft te houden aan de door de Staat vast te stellen regelingen. Ook jegens RSG wordt het eindvonnis in beginsel vernietigd. Het is niet mogelijk om, voorshands, vast te stellen welke gevolgen de vernietiging heeft als het gaat om het aantal toegelaten vliegbewegingen. (rov. 4.30 t/m 4.32)
- 3.7.11 In de laatste plaats oordeelt het hof dat een belangenafweging niet tot een andere uitkomst leidt. Het hof gaat ervan uit dat de Staat daadwerkelijk haast zal maken met het afronden van de *balanced approach*-procedure zodat zo snel mogelijk een nieuw LVB kan worden vastgesteld. De vrees van een aantal luchtvaartmaatschappijen dat zij ernstige schade zullen ondervinden wordt vermoedelijk bewaarheid. Dat is echter niet voldoende voor een andere belangenafweging, ook niet in combinatie met andere belangen. Het gaat om een tijdelijke aanpak van een complex probleem en aan de belangen van de omwonenden komt aanzienlijk gewicht toe. (rov. 4.33 en 4.34)
- 3.7.12 De slotsom is dat de grieven slagen; bij verdere bespreking daarvan bestaat geen belang en voor bewijslevering is in dit kort geding geen plaats. (rov. 4.36)

Cassatie

- 3.8 IATA c.s. hebben op 30 augustus 2023 (en dus tijdig) cassatieberoep ingesteld van het eindarrest. In de procesinleiding (par. 8) is een voorbehoud gemaakt wegens het ontbreken van het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep.³² Het getekende proces-verbaal werd per e-mail van vrijdag 15 september 2023 ontvangen door de advocaten die partijen bijstonden in hoger beroep.³³ De aanvullende procesinleiding is op 28 september 2023 ingediend. Dat is binnen de termijn van twee weken na verstrekking of verzending van het proces-verbaal.³⁴

³² Dit is een vereiste om aanvullende klachten te mogen aanvoeren. Zie bijv. B.T.M. van der Wiel m.m.v. M.M. Stolp, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/212 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/263, beide onder verwijzing naar o.a. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR2784, NJ 2005/25, rov. 3.4. Hoewel deze rechtspraak, en ook art. 3.5.4.1 van het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden (versie 27 september 2022, gaan over verzoekzaken, zal het vereiste van een voorbehoud ook bij vorderingszaken (moeten) gelden.

³³ Deze e-mail, en ook het proces-verbaal zelf, heb ik niet aangetroffen in het gefourneerde dossier van IATA c.s., maar wel in het gefourneerde dossier van de Staat (stuknr. 77), RSG (stuknr. 74) en de Stichting (stuknr. 78).

³⁴ Zie HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3720. Deze rechtspraak, waarnaar onder het kopje verzoekschriftzaken wordt verwezen in art. 3.5.4.1 van het procesreglement, gaat over een verzoekzaak. Ik zie niet in dat de termijn van 14 dagen – of zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn – niet tevens zou gelden voor vorderingszaken.

- 3.9 Bij aanbidding van de procesinleiding is om verkorting van de oproepingstermijn³⁵ en om spoedbehandeling verzocht, in die zin dat de termijn voor de schriftelijke toelichting zou worden verkort.³⁶ De rolrechter in cassatie (rolraadsheer) heeft één en ander toegestaan respectievelijk toegewezen.
- 3.10 De Staat, de Stichting en RSG voeren verweer. RSG heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld, waartegen IATA c.s. verweer voeren. Alle partijen lieten hun zaak schriftelijk toelichten. Daarna volgde re- en dupliek.

Ontwikkelingen tijdens de cassatieprocedure

Vaststelling en opschorting inwerkingtreding Experimenteerregeling

- 3.11 Er zijn sinds het instellen van het cassatieberoep enkele ontwikkelingen geweest die vermelding behoeven. Deze feitelijke nova zijn niet (mede) bepalend voor de beoordeling van de beide cassatieberoepen.
- 3.12 Bij brief van 1 september 2023 heeft de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: de **minister**) de Tweede Kamer geïnformeerd dat het anticiperend handhaven per 31 maart 2024 zal worden beëindigd, in combinatie met de invoering van een herziene experimenteerregeling voor 460.000 vliegtuigbewegingen.³⁷ In die brief werd tevens de start van de notificatiefase in het kader van de *balanced approach*-procedure aangekondigd voor de periode na het vervallen van de Experimenteerregeling (spoor 2). Nog diezelfde dag is het notificatiedocument aan de Europese Commissie (hierna: **de Commissie**) verstuurd.³⁸
- 3.13 Op 11 september is de Experimenteerregeling in de Staatscourant gepubliceerd.³⁹
- 3.14 In een brief van 13 november 2023 aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat heeft de Europees Commissaris voor Transport het standpunt ingenomen dat (ook) voor de Experimenteerregeling de in de Geluidsverordening opgenomen *balanced approach*-procedure moet worden doorlopen. Deze brief, die is aangehecht aan de schriftelijke toelichting van IATA c.s., luidt voor zover hier relevant als volgt:

"[...] In parallel, I would like to reiterate my strongest concerns regarding the decision of the Netherlands Government to introduce a cap of 460,000 movements at Amsterdam Schiphol airport as early as 31 March 2024 based on an 'experimental regulation' (so-called "Phase 1"), without following the process laid down in Regulation (EU) 598/2014.

As already stressed previously, the position of my services is that any noise-related reductions (be it Phase 1 or 2) at Amsterdam Schiphol Airport must follow the Balanced Approach Regulation approach and that the Phase 1 measure is unlikely to be in compliance with EU law. [...]

³⁵ Op de voet van art. 117 Rv juncto art. 418a Rv (zoals deze bepalingen luiden per 1 mei 2023, zie *Stb.* 2023, 41 en *Stb.* 2023, 97).

³⁶ Op de voet van art. 3.1.12.2 van het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden (versie 27 september 2022).

³⁷ Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 1 september 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29 665, nr. 481.

³⁸ Zie p. 5 van, en de bijlage bij de in de vorige voetnoot genoemde kamerbrief.

³⁹ Tijdelijke regeling van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat, van 11 september 2023, nr. IENW/BSK-2023/13636, houdende vaststelling van vervangende grenswaarden voor de geluidbelasting in handhavingspunten en van regels voor strikt preferentieel baangebruik op de luchthaven Schiphol (Tijdelijke regeling strikt preferentieel baangebruik Schiphol), *Stcrt.* 2023, 24537.

In this context, I would like to call on the Dutch government to urgently consider all possible steps to ensure compliance with EU law."

- 3.15 Onder meer naar aanleiding van deze brief heeft de minister op 14 november 2023 de Tweede Kamer geïnformeerd dat de inwerkingtreding van de Experimenteerregeling tot nader order is opgeschort.⁴⁰ Die opschorting duurt in ieder geval tot de uitspraak van de Hoge Raad in de onderhavige zaak.
- 3.16 Op 6 december 2023 heeft de minister aan de ILT de aanwijzing gegeven om tot nader bericht het anticiperend handhaven voort te zetten.⁴¹ Dit betekent dat bij overschrijding van een grenswaarde voor geluid in een handhavingspunt geen handhaving plaatsvindt indien blijkt dat de overschrijding het gevolg is van de toepassing van de regels uit het NNHS behorende bij strikt preferentieel baangebruik, tot een maximum aantal van 500.000 vliegtuigbewegingen voor handelsverkeer per gebruiksjaar.
- 3.17 De Tweede Kamer is bij brief van 25 januari 2024 geïnformeerd over de stand van zaken van de *balanced approach-procedure* bij spoor 2.⁴² Daarin wordt onder meer opgemerkt:

"[...] Het kabinet heeft de Kamer in november geïnformeerd dat spoor 1 opgeschort wordt, in ieder geval totdat er een uitspraak is van de Hoge Raad in het cassatieberoep van de luchtvaartmaatschappijen tegen de Staat. Daarna zal een nieuwe afweging worden gemaakt op basis van de feiten alsdan. Met betrekking tot spoor 2 buigt de Europese Commissie zich op dit moment over het pakket aan maatregelen dat op 1 september 2023 aan hen is voorgelegd ten behoeve van een advies. Dat advies is onderdeel van de zogenoemde *balanced approach-procedure*.

[...] Bij de invoering is daarnaast het internationale slotverdelingsproces van groot belang. Nederland moet zich aan de internationale processen en termijnen voor slotallocatie houden, die ruim een half jaar voor de ingangsdatum van het nieuwe seizoen afgerond worden. Het slotallocatieproces voor het winterseizoen van 2024/2025 start op ieder moment.

De notificatieprocedure, die op 1 september 2023 is gestart, houdt een intensief proces in met de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft meerdere keren verdiepende vragen gesteld en er is ook doorlopend op diverse niveaus ambtelijk en politiek contact. Naar aanleiding van de gestelde vragen en de gesprekken is er op onderdelen van het door ons voorgestelde pakket aan maatregelen nog aanvullende onderbouwing gevraagd. Eind afgelopen week heeft het ministerie intern bekeken hoe lang ervoor nodig is om de aanvullende vragen van de Europese Commissie te beantwoorden en de onderbouwing aan te vullen. Daar is het beeld uit gekomen dat dat geen kwestie van enkele dagen of weken zou zijn, maar dat dat toch iets meer tijd in beslag zal nemen. Op basis hiervan is de inschatting gemaakt dat het onwaarschijnlijk is dat de *balanced approach-procedure* voor de start van het slotallocatieproces gericht op invoering per 1 november 2024 afgerond is. [...]"

Bodemvonnis rechtbank Den Haag 20 maart 2024 in zaak Stichting/Staat

- 3.18 Voor de volledigheid vermeld ik nog het vonnis van 20 maart 2024 van de rechtbank Den Haag in een geschil tussen de Stichting en de Staat.⁴³ In het vonnis heeft de rechtbank op vordering van de Stichting het volgende beslist:

⁴⁰ Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 14 november 2023, *Kamerstukken II 2023/24*, 29 665, nr. 488.

⁴¹ Aanwijzing ILT – Continueren anticiperend handhaven Schiphol, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, *Stcrt.* 2023, 33196.

⁴² Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 25 januari 2024, *Kamerstukken II 2023/24*, 29 665, nr. 491.

⁴³ Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734.

“De rechtbank

7.1. verklaart voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt door:

a. niet de juiste door artikel 8 EVRM vereiste belangenafweging te maken tussen de belangen van hen die gebaat zijn bij het luchtverkeer van en naar Schiphol, en de belangen van hen die daarvan ernstige hinder en slaapverstoring ondervinden, en door

b. burgers geen praktische en effectieve rechtsbescherming te bieden tegen ernstige hinder en slaapverstoring,

7.2. beveelt de Staat om binnen twaalf (12) kalendermaanden na betekening van dit vonnis:

a. de geldende wet- en regelgeving te handhaven,

b. een vorm van praktische en effectieve rechtsbescherming in het leven te roepen die toegankelijk is voor alle ernstig gehinderden en slaapverstoorden – dus ook voor hen die buiten de huidige vastgestelde geluidscontouren wonen – waarin bovendien de belangen van het individu voldoende geïndividualiseerd en gemotiveerd worden meegewogen,

7.3. [...]

7.4. [...]

7.5. verklaart dit vonnis wat betreft de onder 7.2 tot en met 7.4 genoemde beslissingen uitvoerbaar bij voorraad, en

7.6 wijst het meer of anders gevorderde af.”

3.19 Hoewel dit vonnis geen relevantie heeft voor de beoordeling van het cassatieberoep, illustreert het de druk die wordt uitgeoefend op de Staat om omwonenden beter te beschermen tegen geluidsoverlast. In de complexe afweging van belangen die het dossier Schiphol al jaren kenmerkt, wordt aan de belangen van de omwonenden en meer in het algemeen aan de bescherming van de leefomgeving een duidelijker groter gewicht toegekend dan voorheen wel het geval was.

3.20 Hiermee kom ik toe aan de bespreking van het middel in het principaal beroep

4. Bespreking van het middel in het principaal beroep

4.1 Het principaal cassatiemiddel bestaat uit zeven onderdelen waarmee nagenoeg elke inhoudelijke overweging in het eindarrest wordt aangevallen. De onderdelen laten zich als volgt samenvatten (vgl. procesinleiding onder 0.4):

- Onderdeel 1: onjuiste maatstaf bij de beoordeling of de voorgenomen maatregelen in strijd zijn met het recht.
- Onderdeel 2: de voorgenomen Experimenteerregeling is in strijd met art. 8.23a Wlv.
- Onderdeel 3: onjuiste uitleg van de Geluidsverordening.
- Onderdeel 4: onjuiste uitleg van het Verdrag van Chicago en van het EU-VS Open Skies Verdrag.
- Onderdeel 5: onjuist en onbegrijpelijk oordeel over mogelijke strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
- Onderdeel 6: het eindvonnis van de rechtbank is jegens RSG onherroepelijk.

- Onderdeel 7: de gemaakte belangenafweging is onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

- 4.2 De aanvullende procesinleiding bestaat uit subonderdelen 3.10a.1 t/m 3.10a.3. Kort gezegd, staan deze in het teken van (een vermeende strijd met) de tweeconclusieregel, de goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor.
- 4.3 Voordat ik het principaal cassatiemiddel bespreek, herinner ik eraan dat de eisen die in kort geding worden gesteld aan de motivering minder streng zijn dan in een bodemprocedure.⁴⁴ Dit geldt mogelijk nog sterker wanneer, zoals in dit geval, sprake is van een spoedappel in kort geding waarin op zo kort mogelijke termijn uitspraak wordt gedaan.⁴⁵

Onderdeel 1 (toetsingsmaatstaf en doeltreffendheidsbeginsel)

- 4.4 De klachten in dit onderdeel zijn gericht tegen rov. 4.11 van het bestreden arrest. Deze overweging luidt als volgt:

“De voorgenomen Experimenteerregeling en het voorgenomen stoppen met anticiperend handhaven zijn beleidsmatige beslissingen van de Staat of vloeien daaruit voort. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat dus in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, of wanneer de Staat een bevoegdheid aanwendt zonder dat daarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat of waarmee in strijd wordt gehandeld met het Unierecht, is plaats voor rechterlijk ingrijpen. De rechter in kort geding heeft slechts bij een onmiskenbaar onverbindende regeling de bevoegdheid om de betreffende bepalingen buiten werking te stellen dan wel het uitvaardigen daarvan (op voorhand) te verbieden.”

- 4.5 Subonderdeel 1.1 voert twee klachten aan.
- 4.5.1 De eerste klacht luidt dat het oordeel onjuist is *voor zover* het hof miskent dat steeds wanneer sprake is van strijd met het recht (inclusief internationale verdragen) plaats is voor rechterlijk ingrijpen. Dit is niet alleen zo indien een wettelijke grondslag ontbreekt of sprake is van strijd met het Unierecht.
- 4.5.2 De tweede klacht houdt in dat *voor zover* het hof oordeelt dat alleen plaats is voor rechterlijk ingrijpen indien er evidente strijd met het Unierecht is, het miskent dat (althans in beginsel) steeds wanneer sprake is van strijd met het recht, waaronder Unierecht, plaats is voor rechterlijk ingrijpen.
- 4.6 Ik lees het bestreden oordeel als volgt. Bij evident onjuiste keuzes, waardoor niet in redelijkheid tot het gevoerde beleid had kunnen worden gekomen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen. Verder is plaats voor rechterlijk ingrijpen wanneer een bevoegdheid wordt

⁴⁴ Asser/Vranken Algemeen deel** 1995/231; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/191; en Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/154, 164-165, onder verwijzing naar HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/KimberleyClark*); HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2720, NJ 1999/682 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Schelde/Wijkhuizen*); HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, NJ 2003/149 m.nt. J.H. Spoor (*NVM/De Telegraaf*); HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO0955, NJ 2006/54 m.nt. J. Hijma (*H/Hoerbiger*).

⁴⁵ Zie art. 9.1.10 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, dertiende versie, februari 2022, te raadplegen op <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Handelsrecht>. Zie A-G van Peurseem in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2023:596) vóór HR 27 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1484, NJ 2023/325 (*Jiskefet c.s./Noblesse Uitgevers*).

aangewend zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Wanneer het aanwenden van een bevoegdheid strijd oplevert met het Unierecht, is ook plaats voor rechterlijk ingrijpen.

- 4.7 IATA c.s. zien bij hun lezing van de aangevallen overweging eraan voorbij dat het hof met de eerste 'of' (voorafgegaan door een komma) aanduidt dat het gaat om twee categorieën: onjuiste keuzes die invloed hebben op het gevoerde beleid én het ten onrechte aanwenden van een bevoegdheid. De tweede 'of' (zonder komma, voor: "*waarmee in strijd wordt gehandeld met het Unierecht*") betekent dat volgens het hof aanleiding kan zijn voor rechterlijk ingrijpen zowel indien een wettelijke grondslag ontbreekt als indien er strijd met het Unierecht bestaat.
- 4.8 Het hof miskent dus niet dat een rechter kan ingrijpen bij strijd met het recht. Het overweegt immers dat er bij evident onjuiste keuzes plaats is voor rechterlijk ingrijpen. De brede term 'onjuiste keuzes' omvat in mijn ogen ook strijd met het recht. Het hof overweegt ook niet dat alleen bij evidente strijd met het Unierecht er plaats is voor rechterlijk ingrijpen. De klachten van subonderdeel 1 kunnen daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag (art. 419 lid 2 Rv) niet tot cassatie leiden.
- 4.9 In subonderdeel 1.2 betogen IATA c.s. dat het oordeel onjuist is omdat het hof de publiekrechtelijke aard van de ter beoordeling voorliggende beleidsbeslissingen miskent. Het gaat om de voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend handhaven. De rechter (ook in kort geding) is gehouden om lagere regelgeving en feitelijk handelen vol te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Indien er strijd is met één of meer van die beginselen, ontstaat een noodzaak tot rechterlijk ingrijpen. Uit de schriftelijke toelichting onder 1.2 volgt dat het hof volgens IATA 'vol' had moeten toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voorts stellen IATA c.s. dat de door het hof aangenomen drempel dat 'alleen als evident is' dat de Staat onjuiste keuzes maakt, geen grondslag vindt in het recht.
- 4.10 Het betoog van IATA c.s. faalt. Het gaat hier om een kort geding. De kortgedingrechter moet zich in de eerste plaats een voorlopig oordeel vormen over de rechtsverhouding van partijen aan de hand van de toepasselijke materiële rechtsregels en aan de hand daarvan over de aannemelijkheid van de vordering.⁴⁶ Het hof geeft in de bestreden overweging een oordeel over de mate van aannemelijkheid die *in dit geval* is vereist om tot een toewijzing van de vorderingen te komen. Een algemene regel heeft het hof niet gegeven.⁴⁷ De rechtspraak van de Hoge Raad laat wél zien dat indien er een rechtsvraag in geschil is waarop het antwoord niet evident is, een hogere lat voor aannemelijkheid voor de hand ligt.⁴⁸ Verder mag een voorziening die strekt tot het buiten werking stellen van een algemeen verbindend voorschrift slechts gegeven worden indien dat voorschrift *onmiskienbaar* onverbindend is.⁴⁹ Deze

⁴⁶ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/131.

⁴⁷ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/133.

⁴⁸ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4553, NJ 2003/78 m.nt. P.A. Stein (Groningen/Reilman), rov. 3.4.

⁴⁹ HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, NJ 1984/360 m.nt. M.W. Scheltema, AB 1984/103 m.nt. F.H. van der Burg (Staat/LSV c.s.), rov. 3.4 en HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4624, RvdW 1983/131 (Staat/KNB c.s.), rov. 3.4. Dit oordeel is (ten overvloede) herhaald in HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251 m.nt. M.W. Scheltema, AB 1986/574 m.nt. P.J.J. van Buuren, AA 1988/44 en 114 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin (Landbouwwerkgers), rov. 6.2: "[...] Aantekening verdient voorts dat eerst na een toetsing als voormeld aan de orde kan komen of sprake is van het geval dat het voorschrift 'onmiskienbaar' onverbindend is, zoals is vereist voor het buiten werking stellen daarvan in een uitspraak in k.g. (HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360). Dit laatste punt speelt echter in de onderhavige zaak in cassatie geen rol."

maatstaf 'onmiskienbaar onverbindend' wordt ook wel uitgedrukt als 'evident'.⁵⁰ Hierin klinkt de voorzichtigheid door die de kortgedingrechter bij een verstekkende voorziening (zoals het buiten werking stellen van regelgeving) in acht hoort te nemen.⁵¹ Deze voorzichtigheid ligt temeer voor de hand wanneer belangen van derden in het geding zijn (zoals hier in het bijzonder de omwonenden van de luchthaven Schiphol) en het gaat om een vordering tot het verbieden van het tot stand brengen van bepaalde maatregelen door de uitvoerende macht (in dit geval: de minister namens de regering). Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt verder dat ook voor het buiten toepassing laten van een instructie van de Staat (in dit geval: van de minister aan de ILT in verband met anticiperend handhaven) de onmiskienbaarheidseis geldt.⁵²

- 4.11 Hieruit volgt dat de door het hof gehanteerde 'drempel' van evidentie wel degelijk steun vindt in het recht. Er is geen reden om de ratio van deze hogere drempel niet te laten gelden voor de toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
- 4.12 Subonderdeel 1.3 is gericht tegen de laatste zin van rov. 4.11: "*De rechter in kort geding heeft slechts bij een onmiskienbaar onverbindende regeling de bevoegdheid om de betreffende bepalingen buiten werking te stellen dan wel het uitvaardigen daarvan (op voorhand) te verbieden.*" Uit de procesinleiding destilleer ik drie klachten. De eerste twee klachten behandel ik gezamenlijk.
- 4.12.1 De eerste klacht luidt dat het hof met het criterium 'onmiskienbaar onverbindende regeling' miskent dat het beginsel van Unietrouw en de vereiste volle en effectieve werking van het Unierecht meebrengen dat de rechter, ook in kort geding, nationaal recht aan het Unierecht moet toetsen zonder de in de onmiskienbaarheidsmaatstaf gelegen terughoudendheid. Er is slechts plaats voor deze terughoudendheid indien de afronding van de bodemprocedure kan worden afgewacht zonder dat de volle en effectieve werking van het Unierecht daarmee

⁵⁰ Zie bijv. L.A.D. Keus, 'De toverformule van de onmiskienbare onverbindendheid en buitenwerkingstelling van wetgeving wegens strijd met supranationaal recht', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 118: "*Het LSV-arrest kan ook zo worden gelezen dat onverbindendheid slechts dan tot buitenwerkingstelling kan leiden, als die onverbindendheid zich met een zekere evidentie opdringt. [...] Bij de onmiskienbaarheidseis gaat het overigens ook om wat evident is voor de betrokken rechtssubjecten. De Hoge Raad acht medebepalend wat, gelet op de evidentie waarmee de onverbindendheid zich opdringt, nog wel en niet meer van betrokkenen kan worden geveerd.*" P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: P.J.J. van Buuren & J.E.M. Polak, *De rechter en onrechtmatige wetgeving (preadviezen)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 78: "*[...] Een in algemene termen vervat verbod als de buitenwerkingstelling komt slechts in aanmerking indien er sprake is van onmiskienbare onverbindendheid (of onmiskienbare onrechtmatigheid). Deze eis komt er mijns inziens op neer dat de rechter geen twijfel mag koesteren over de onrechtmatigheid van de voorschriften in kwestie. De onverbindendheid moet evident zijn. [...]*."

⁵¹ Aldus ook J.E.M. Polak, 'Het wetgevingskortgeding', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter en het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 424. Zie ook R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 77-78: "*[...] Een toepassingsverbod – zeker een algemeen toepassingsverbod – kan een grote 'impact' hebben. Tegelijk wordt het niet in de (met meer waarborgen omklede) bodemprocedure gegeven, maar in het informelere, op snelle afdoening gerichte kort geding. Deze omstandigheden verklaren waarom de Hoge Raad in LSV en Landbouwwerlieders voor het geven van een toepassingsverbod een extra veiligheidsventiel heeft ingebouwd in de vorm van de onmiskienbaarheidseis. [...]*"

⁵² Vgl. HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2068, NJ 2017/242 m.nt. A.H. Klip: "*Inzet van dit kort geding is of de Staat onrechtmatig handelt door de Beldsbrief OM uit te vaardigen en de politie te instrueren overeenkomstig de regels van deze brief te handelen en er daarom grond bestaat voor de gevorderde voorzieningen tot buitentoepassinglating van deze regels dan wel aanpassing daarvan. Hoewel deze regels niet zijn gegeven in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift, valt ook voor een bevel tot buitentoepassinglating daarvan in kort geding de eis te stellen dat die regels onmiskienbaar in strijd zijn met regels van hogere orde, evenals geldt voor de buitentoepassinglating in kort geding van regels die wel in die vorm zijn gegeven (vgl. o.m. HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, NJ 1984/360 (Staat/LSV c.s.)).*"

wordt doorkruist. Van een effectieve bescherming van door Unierecht toegekende rechten is in ieder geval geen sprake indien wachten op de bodemprocedure leidt tot onomkeerbare gevolgen.

- 4.12.2 De tweede klacht houdt in dat het oordeel in het bijzonder onjuist althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is in het licht van het betoog van IATA c.s. dat – samengevat – afwijzing van de gevorderde voorzieningen zou betekenen dat de Staat zijn Unierechtelijke verplichting tot het volgen van de *balanced approach*-procedure niet nakomt, althans/en dat rechten van IATA c.s. onder de Geluidsverordening niet effectief worden beschermd. De door het hof toegepaste terughoudendheid doet daarom af aan de volle en effectieve werking van het Unierecht.
- 4.13 Deze klachten falen. Anders dan IATA c.s. (veronder)stellen, geldt de onmiskenbaarheidseis ook indien in kort geding wordt getoetst of een bepaalde nationale maatregel in strijd is met het Unierecht.
- 4.14 Het beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontleenen (art. 19, lid 1, tweede alinea, VEU), is een algemeen beginsel van Unierecht dat uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeit en dat is neergelegd in de art. 6 en 13 EVRM). Dit wordt bevestigd in art. 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁵³
- 4.15 Het komt, wanneer een Unieregeling ontbreekt, toe aan de nationale rechtsorde van elke lidstaat om de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die een justitiabele aan het Unierecht ontleent.⁵⁴ De onmiskenbaarheidseis is een nationaal (kortgeding)procesrecht. Het is een Nederlandse regel die de mate van aannemelijkheid voorschrijft bij bepaalde gevorderde voorzieningen. De Hoge Raad heeft een aantal keer aangenomen dat de onmiskenbaarheidseis ook geldt bij het in kort geding toetsen van een nationale maatregel aan een bepaling of een beginsel van Unierecht.⁵⁵
- 4.16 De onmiskenbaarheidseis geldt in kort geding bij toetsing aan nationale hogere regelingen, net als – en op een zelfde wijze – bij toetsing aan het Unierecht. Genoemde maatstaf voldoet daarmee aan de eerste van de twee bekende randvoorwaarden die het Unierecht stelt aan de 'nationale procedurele autonomie', het gelijkwaardigheidsbeginsel.⁵⁶ Verder maakt de onmiskenbaarheidseis het niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk om een voorziening toegewezen te krijgen.⁵⁷ Aan de tweede randvoorwaarde van de 'nationale procedurele

⁵³ HvJ (Grote Kamer) 21 december 2021, C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037 (*Randstad Italia*), punt 57.

⁵⁴ K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nr. 698 en 855 (p. 561 en p. 694).

⁵⁵ Zie voor toetsing aan primair Unierecht: HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451, *NJ* 2009/564 m.nt. M.R. Mok, *JB* 2009/229 m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Maastricht Aachen Airport c.s.*), rov. 4.1, 4.3, 4.6.4 en 4.6.5. Voor toetsing aan een verordening: HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8513, *NJ* 2010/567 m.nt. M.R. Mok (*Staat/RAI c.s., fijnstofdifferentiatie BPM*), rov. 3.4. Voor toetsing aan een richtlijn: HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5775, *NJ* 2000/714 m.nt. P.J. Slot (*Staat/Beusmeat*), rov. 3.7. Zie onder verwijzing naar deze laatste twee arresten: L.A.D. Keus, 'De relatie tussen burgerlijke rechter en wetgever', *RegelMaat* 2018/5, p. 263.

⁵⁶ Aldus ook: A-G Mok in punt 3.5 van zijn conclusie vóór HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2677, *NJ* 1999/219 m.nt. T. Koopmans (*Productschap voor vee en vlees/Staat*).

⁵⁷ Aldus ook: L.A.D. Keus, a.w. voetnoot 50, p. 121; R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 78 en aldaar voetnoot 13; R.J.B. Schutgens in zijn noot (*JB* 2009/229) onder HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Staat/Maastricht Aachen Airport c.s.*).

autonomie', het doeltreffendheidsbeginsel, is daarom eveneens voldaan. Er zijn ook diverse voorbeelden van zaken waarin aan de onmiskenbaarheidseis was voldaan en voorzieningenrechters de gevraagde voorzieningen hebben toegewezen.⁵⁸

- 4.17 Bij evidente strijd met het Unierecht kan de Nederlandse rechter dus in kort geding een effectieve voorziening treffen. Dit maakt dat voldoende effectieve rechtsbescherming wordt geboden, omdat – indien noodzakelijk – voorlopige maatregelen *kunnen* worden gelast totdat de (bodem)rechter zich uitspreekt over de verenigbaarheid van nationale maatregelen met het Unierecht. Er is kortom geen reden om aan te nemen dat in geval van een op het Unierecht gebaseerde vordering in kort geding het onmiskenbaarheidsvereiste niet kan worden toegepast. Het Unierecht is bovendien onderdeel van de Nederlandse rechtsorde en neemt voor de toepassing van dat vereiste geen uitzonderingspositie in.⁵⁹
- 4.18 Uit het vorenstaande volgt dat de eerste en de tweede klacht falen. De volle en effectieve werking van het Unierecht vereisen niet dat de toepassing van de onmiskenbaarheidseis in dit geval achterwege wordt gelaten. De rechten van IATA c.s. worden bij toepassing van deze eis voldoende effectief beschermd. Het oordeel van het hof in rov. 4.11 (laatste zin) is daarom niet onjuist en, zeker in het kader van een (spoed)kortgeding, niet onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.
- 4.19 Overigens kán bij twijfel over de juiste uitleg van de toepasselijke Unierechtelijke bepalingen iedere Nederlandse rechter en móét de Hoge Raad op de voet van art. 267 VWEU een prejudiciële vraag van uitleg stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: **HvJ** of het **Hof**), indien hij van oordeel is dat een antwoord op die vraag noodzakelijk is voor de te nemen beslissing.⁶⁰ Hierbij past de kanttekening dat de verplichting voor de Hoge Raad om bij twijfel een prejudiciële vraag te stellen *niet geldt in kort geding*,⁶¹ in welk geval de uitspraak van de voorzieningenrechter de bodemrechter niet bindt (art. 257 Rv)⁶² en elke partij een bodemprocedure aanhangig kan maken waarin (alsnog) prejudiciële vragen aan het Hof kunnen worden gesteld over de rechtsvraag die in kort geding aan de orde is.⁶³ Dit wil uiteraard niet zeggen dat de Hoge Raad in een kort geding geen prejudiciële vragen zou *kunnen* stellen.⁶⁴
- 4.20 Met de derde klacht betogen IATA c.s. dat voor zover het hof heeft geoordeeld dat de onmiskenbaarheidstoets ook geldt voor feitelijk handelen (in dit geval: het stoppen met

⁵⁸ Naast het eindvonnis in deze zaak kan bijvoorbeeld worden gewezen op: Rb. Den Haag (vzr.) 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100, AB 2021/99 m.nt. R. Stijnen en Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, O&A 2015/59 m.nt. R.J.B. Schutgens (*Stichting Privacy First c.s./Staat*).

⁵⁹ Vgl. 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1591 (*Ryanair*) waar de Hoge Raad overweegt: “3.1.4 (...) Het Unierecht vormt immers onderdeel van de Nederlandse rechtsorde en neemt voor de toepassing van art. 80 lid 1 RO geen uitzonderingspositie in.”

⁶⁰ Zie punten 3.21-3.25 van mijn conclusie van 2 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:118 (*X/Staat*).

⁶¹ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/39 (p. 77 in fine) en M. Broberg & N. Fenger, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press 2021 (3rd edition), p. 229-230.

⁶² De rechtsverhouding tussen de partijen kan in kort geding niet (definitief) worden vastgesteld: HR 14 februari 1946, ECLI:NL:HR:1946:49, NJ 1947/155 m.nt. E.M. Meijers (*Van de Meer/Lamberts en Wagner*) t.a.v. het tweede middel.

⁶³ Zie: HvJ 14 mei 1977, 107/76, ECLI:EU:C:1977:89, NJ 1977/598 (*Hoffmann-La Roche*) en HvJ 27 oktober 1982, 35/82 en 36/82, ECLI:EU:C:1982:368, NJ 1983/350 (*Morson en Jhanjan/Staat der Nederlanden*).

⁶⁴ Zie bijv. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, NJ 2015/169, AB 2015/277 m.nt. L.J.A. Damen & A. Drahmman, JAAN 2015/89 m.nt. G. Verberne & P.W. Juttman (*Connexion Taxi Services/Staat*).

anticiperend handhaven), het hof miskent dat die maatstaf louter geldt voor het toetsen van wetgeving en niet voor het toetsen van feitelijk handelen.

- 4.21 Ik lees dit oordeel niet terug in de hier aangevallen laatste zin van rov. 4.11 van het bestreden arrest. De klacht mist dus feitelijke grondslag en kan reeds daarom niet tot cassatie leiden. Verder wijs ik erop dat het stoppen van anticiperend handhaven een feitelijke handeling is, aangezien dit neerkomt op een regel/opdracht die door de verantwoordelijk minister wordt uitgevaardigd en waaraan de ILT zich moet houden (zie rov. 4.10). Zoals ik constateerde (zie 4.10, laatste zin), geldt de onmiskenbaarheidstoets ook voor een dergelijke instructie.

Onderdeel 2 (strijd met art. 8.23a Wlv)

- 4.22 Met dit onderdeel bestrijden IATA c.s. rov. 4.12-4.14 van het bestreden arrest. Hierin oordeelt het hof – samengevat – dat de stellingen van IATA c.s. dat de voorgenomen Experimenteerregeling in strijd is met art. 8.23a Wlv althans dat de daarin neergelegde bevoegdheid voor een oneigenlijk doel zou worden gebruikt, niet opgaan. Dit oordeel wordt met een groot aantal rechts- en motiveringsklachten bestreden. Deze komen er in de kern op neer dat de voorgenomen Experimenteerregeling niet voldoet aan art. 8.23a Wlv (subonderdeel 2.1), dat de voorgenomen Experimenteerregeling een oneigenlijk doel heeft (subonderdeel 2.2), en dat de voorgenomen Experimenteerregeling in strijd is met de wijziging van de Wlv uit 2016 (subonderdeel 2.3). Dit onderdeel ziet niet op het voornemen de anticiperende handhaving te beëindigen.

2.1 Juridisch kader art. 8.23a Wlv

- 4.23 Bij experimenteerregelgeving gaat het in het algemeen om regels die het mogelijk maken om af te wijken van een bestaande regel teneinde te testen hoe een nieuwe regel werkt.⁶⁵
- 4.24 Het wetgevingsbeleid over experimenteerwetgeving is neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving. De relevante aanwijzing 2.41, en de toelichting daarop, luiden:⁶⁶

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

Toelichting

⁶⁵ Zie bijv. M.J. Jacobs, *Experimentele wetgeving* (oratie, Amsterdam, VU), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 11.

⁶⁶ *Stcrt.* 2017, 69426.

Eerste lid. Bij een experiment gaat het om het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage levert aan het oplossen van een maatschappelijk probleem. Als regelgeving noodzakelijk is voor een experiment, wijkt dit dus af van het uitgangspunt van aanwijzing 2.6, omdat niet kan worden overzien wat de effecten daarvan zullen zijn. Omdat het niet gewenst is een regeling met een ongewis effect direct landelijk uniform te laten werken, kan het aangewezen zijn om een, in tijd en bereik beperkte, van de wet afwijkende regeling vast te stellen. Op basis van de ervaringen met het experiment kan worden besloten over wijziging van de wet. Tot een experimentele regeling moet niet te snel 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.

Zoals bij elke delegatiegrondslag dient ook in een experimenteergrondslag het onderwerp waarop een vast te stellen experimentele regeling betrekking kan hebben, zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd. Daarbij is het van belang dat in de experimenteergrondslag het doel en de functie van experimenten worden aangeduid. Ook moet het bereik zo scherp mogelijk worden afgebakend: bijvoorbeeld territoriaal of naar bepaalde groepen personen of instellingen. Verder moet duidelijk worden vermeld van welke artikelen of onderdelen van de wet kan worden afgeweken. In de experimenteerregeling zelf moeten doel en functie vervolgens worden geconcretiseerd en moet worden aangegeven op welke punten van de afwijkingsbevoegdheid gebruik is gemaakt. Gelet op de aard van een experiment dient aan die regeling een tijdelijk karakter te worden gegeven. [...]"

4.25 Art. 8.23a Wlv staat in hoofdstuk 8 (Luchthavens), titel 8.2 (De luchthaven Schiphol), afdeling 8.3 (Het luchthavenluchtverkeer) en § 8.3.1 (Het luchthavenverkeersbesluit). Vermelde § 8.3.1 start met art. 8.15 waarin de wettelijke grondslag voor het luchthavenverkeersbesluit is neergelegd. Van de regels in dit besluit kan met de experimenteerregeling van art. 8.23a worden afgeweken.

4.26 Art. 8.23a Wlv is eind 2006 ingevoerd.⁶⁷ De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel omschrijft het algemene doel van de regeling en stelt grenzen aan de regels waar bij wijze van experiment kan worden afgeweken.⁶⁸

"Met het voorliggende wetsvoorstel wordt ruimte gecreëerd om maatregelen, die tot doel hebben om tot minder geluidhinder te leiden voor omwonenden rond de luchthaven Schiphol, eerst in de praktijk uit te testen (experimenteren) voordat deze in regelgeving worden vastgelegd. [...]"

De essentie van het wetsvoorstel is dat binnen de lijn van de wet, namelijk een gelijkwaardige of betere bescherming van de omgeving, tijdelijk kan worden afgeweken van voorschriften van het Luchthavenverkeersbesluit Schiphol (LVB). Het gaat daarbij om afwijkingen van regels voor baan- en routegebruik en om vervangende grenswaarden op handhavingspunten in het gebied waar de experimenten worden uitgevoerd. [...]"

4.27 Bij de artikelsgewijze toelichting op art. 8.23a staat onder meer (p. 8):

"[...]"

Voordat kan worden overgegaan tot het opstellen van een ministeriële regeling, dient duidelijkheid te bestaan omtrent het doel van het experiment. Tevens dient duidelijk te zijn van welke bepalingen van het LVB wordt afgeweken. In het eerste lid, onderdeel a is opgenomen van welke regels uit het LVB kan worden afgeweken, het betreft hier de regels die betrekking hebben op afwijking van luchtverkeerswegen of op regels die zien op het gebruik van het luchtruim en de beschikbaarheid van banen. Afwijking van andere regels van het LVB is derhalve niet mogelijk. [...]"

⁶⁷ 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, *Stb.* 2006, 633.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 809, nr. 3 (*MvT*), p. 1.

4.28 Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft de minister over het doel van de experimenteerregeling opgemerkt:⁶⁹

"[...] Doel van dit wetsvoorstel is dat met maatregelen om hinder te beperken eerst geëxperimenteerd kan worden voordat deze in regelgeving worden vastgelegd. Wij willen namelijk eerst in de praktijk weten of een maatregel helpt de hinder in de omgeving te verminderen en of die uitvoerbaar is. [...]"

4.29 Art. 8.23a Wlv, dat sinds de invoering eind 2006 alleen op detailniveau is gewijzigd, luidt:

"1 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 luchthavenverkeersbesluit voorzover deze de luchtverkeerswegen of het gebruik van het luchtruim en de beschikbaarheid van de banen betreft,

of

b. het vervangen van een in het luchthavenverkeersbesluit vastgelegde grenswaarde voor de geluidbelasting in een bepaald punt door een andere grenswaarde.

2 In de ministeriële regeling wordt het doel van het experiment vastgesteld, alsmede op welke wijze van welke voorschriften wordt afgeweken en op welke wijze eventuele nadelige gevolgen zo veel mogelijk worden beperkt.

3 In de ministeriële regeling kan worden bepaald in hoeverre, op welke wijze en door wie eventuele nadelige gevolgen worden gecompenseerd. In dat geval is artikel 8.31 niet van toepassing.

4 Tevens worden in de ministeriële regeling regels gesteld over de uitvoering en de gevolgen van het experiment, over criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of het experiment wordt omgezet in een structurele wettelijke regeling, en worden voorzieningen getroffen voor onvoorziene gevallen die zich gedurende het experiment kunnen voordoen.

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. De looptijd van een experiment sluit zoveel mogelijk aan bij een gebruiksjaar. Bij voortijdige beëindiging van het experiment stelt Onze Minister van Infrastructuur en Milieu een overgangsregeling vast.

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.

7 Onze Minister van Infrastructuur en Milieu zendt voldoende tijdig voor het einde van de werkingsduur van een ministeriële regeling als bedoeld in het eerste lid aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van het experiment in de praktijk, alsmede een standpunt inzake de voortzetting ervan anders dan als experiment. Onze Minister van Infrastructuur en Milieu bericht de beide kamers der Staten-Generaal bij vaststelling van deze ministeriële regeling wanneer en over de wijze waarop hij verslag zal doen.

8 Een ministeriële regeling als bedoeld in het eerste lid wordt niet eerder vastgesteld dan nadat het voorstel voor advies is voorgelegd aan de commissie regionaal overleg luchthaven Schiphol, bedoeld in artikel 8.34, in de Staatscourant is bekendgemaakt en aan een ieder de gelegenheid is

⁶⁹ Handelingen II 2006/07, nr. 16, p. 1151 (beraadslaging van 24 oktober 2006).

geboden om binnen vier weken na de dag waarop de bekendmaking is geschied, wensen en bedenkingen ter kennis van Onze Minister van Infrastructuur en Milieu te brengen.

9 [...]."

2.2 Bespreking van de klachten

- 4.30 Ik start met de bespreking van subonderdeel 2.1d en subonderdeel 2.2. Als die subonderdelen slagen, behoeven de overige klachten van onderdeel 2 geen behandeling.

- Subonderdelen 2.1d en 2.2

- 4.31 Beide subonderdelen richten zich tegen rov. 4.14 van het bestreden arrest, die als volgt luidt:

"4.14 De Staat beschikt op dit moment niet over het op grond van artikel 8:23a Wlv vereiste advies. Niet in geschil is dat de voorgenomen Experimenteerregeling in zoverre op dit moment niet voldoet aan artikel 8:23a Wlv. Niet uit te sluiten valt echter dat dit slechts een tijdelijk probleem is. Anders dan IATA c.s. bepleiten valt een Experimenteerregeling als door de Staat beoogd naar het oordeel van het hof in beginsel wel aan te merken als een experiment in de zin van artikel 8.23a Wlv. De voorgenomen Experimenteerregeling vervangt immers grenswaarden voor de geluidbelasting (overeenkomstig artikel 8.23a lid 1 onder b Wlv), stelt het doel van het experiment vast (overeenkomstig artikel 8.23a lid 2 Wlv), bevat in artikel 4 en artikel 6 regels over de uitvoering en de gevolgen van het experiment (overeenkomstig artikel 8.23a lid 4 Wlv) alsmede, in artikel 7, criteria voor de beoordeling of het experiment wordt omgezet in een structurele wettelijke regeling (overeenkomstig artikel 8.23 a lid 4 Wlv). Ook is de voorgenomen Experimenteerregeling vooralsnog beperkt tot één jaar dat samenvalt met het gebruiksjaar 2023-2024. Dat de minister met de voorgenomen Experimenteerregeling wil onderzoeken hoe het LVB in de toekomst het beste kan worden aangepast, rechtvaardigt juist een experiment en getuigt van zorgvuldigheid, temeer omdat er dan ook tijdig uitvoeringstechnische problemen kunnen worden gesignaleerd. Uit het partijdebat blijkt dat zowel het LVB 2008 als het NNHS, toen deze eenmaal werden uitgevoerd, anders en minder goed werkten dan werd verwacht. Er zijn naar voorshands oordeel van het hof onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de minister met een voorgenomen experimenteerregeling, middels misbruik van artikel 8.23a van de Wlv, een 'short cut' wil maken om via 460.000 vtb's uit te komen op 440.000 vtb's per jaar. Daarbij sluit het hof niet de ogen voor de toelichting die de minister aan de Tweede Kamer heeft gegeven, die inderdaad grond geeft voor zorg aangaande de zuiverheid van de motieven. Die aanwijzing volstaat echter niet voor het vergaande oordeel dat de Staat met (het vaststellen van) de beoogde Experimenteerregeling de in artikel 8.23a Wlv neergelegde bevoegdheid en/of procedure gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven.

Het is verder inderdaad zo dat er in het verleden reeds is geëxperimenteerd met het NNHS, maar dat staat niet in de weg aan de voorgenomen Experimenteerregeling, omdat deze een andere benadering en andere grenswaarden inhoudt dan het NNHS.

Het hof wijst er verder op dat, anders dan IATA c.s. betogen, de voorgenomen Experimenteerregeling geen aantallen vliegtuigbewegingen oplegt, maar enkel grenswaarden voor de geluidbelasting, in combinatie met regels voor het strikt preferentieel baangebruik.

- 4.32 De klacht in subonderdeel 2.1d ziet op de overweging aan het slot van rov. 4.14 dat de voorgenomen Experimenteerregeling geen aantallen vliegtuigbewegingen oplegt. Dat oordeel is volgens IATA c.s. onjuist althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. In art. 6 van die regeling wordt het maximum aantal vliegtuigbewegingen immers op 460.000 gesteld, waarmee in ieder geval de facto een aantal wordt voorgeschreven.
- 4.33 De eerste klacht van subonderdeel 2.2 is een rechtsklacht. Indien een bevoegdheid wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die is verleend, is in beginsel sprake van misbruik van bevoegdheid. Dit geldt ook wanneer twijfel en zorgen bestaan over de zuiverheid van

de motieven van het gebruik van de bevoegdheid. Dat het hof uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting blijkt ook uit rov. 4.25, waarin het hof overweegt:

"Hiervoor (zie 4.14) is reeds overwogen dat er geen grond is voor het vergaande oordeel dat het vaststellen van een experimenteerregeling zoals de voorgenomen Experimenteerregeling voornamelijk voor een oneigenlijk doel zal worden gebruikt. [...]"

Het criterium 'voornamelijk voor een oneigenlijk doel' is onjuist en is kennelijk ook, en ten onrechte, in rov. 4.14 gebruikt.

4.34 De tweede en derde klacht van subonderdeel 2.2 komen erop neer dat het oordeel onvoldoende gemotiveerd is, omdat (i) gezien de vastgestelde zorg naar aanleiding van de toelichting van de minister en (ii) de stellingen van IATA c.s. niet kan worden volstaan met de motivering dat 'die aanwijzing' niet volstaat.

4.35 IATA c.s. hebben ter adstructie van hun betoog over misbruik van bevoegdheid gewezen op de hierna volgende mededeling van de minister aan de Tweede Kamer in de hoofdlijnenbrief (zie 2.22):

"Vooruitlopend op het te wijzigen LVB en de natuurvergunning wil ik via een ministeriële regeling, het nieuwe maximum van 440.000 vliegtuigbewegingen, de strikte regels voor preferentieel baangebruik en de slotreductie vastleggen, met het doel dat de ILT hierop kan handhaven."⁷⁰

4.36 Voorts is door IATA c.s. de aandacht gevestigd op de volgende passages uit met de Tweede Kamer gedeelde beleidsnota's:

"Scenario 4: In twee stappen via 450/465.000 vtb terug naar 440.000 vtb door te stoppen met anticiperend handhaven in 2023, met aanpassing van de handhavingpunten plus vastlegging van het aantal vtb in de experimenteerregeling [...]"⁷¹

En:

"Conform afspraak met u ontvangt u hierbij de uitwerking van twee opties. Beide opties hebben een effect op het maximum aantal vliegtuigbewegingen op Schiphol:

1. Effect in twee stappen: via het beëindigen van het anticiperend handhaven naar 460.000 vliegtuigbewegingen per winter 2023/24 en via verankering in LVB naar 440.000 vliegtuigbewegingen per winter 2024/25 na doorlopen Balanced Approach procedure (BA).
2. Effect in één stap naar 440.000 vliegtuigbewegingen per winter 2023/24."⁷²

4.37 Verder wijzen IATA c.s. op art. 3, 5 en 6 van de voorgenomen Experimenteerregeling:

"Artikel 3 Doel

Deze regeling heeft tot doel om voor het gebruiksjaar 2024 tijdelijk de regels voor strikt preferentieel baangebruik van het nieuwe normen- en handhavingstelsel voor Schiphol vast te leggen, uit te voeren met inachtneming van de vervangende grenswaarden voor de geluidbelasting in de handhavingpunten, bedoeld in artikel 2, binnen de criteria voor gelijkwaardige bescherming

⁷⁰ Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 24 juni 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 29 665, nr. 432.

⁷¹ Beleidsnota 23 december 2022, p. 7, bijlage (1071526) bij de brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 26 januari 2023, *Kamerstukken II* 2021/22, 29 665, nr. 457.

⁷² Beleidsnota 10 januari 2023, p. 1, bijlage (1071526) bij de brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 26 januari 2023, *Kamerstukken II* 2021/22, 29 665, nr. 457.

van de omgeving, op grond van artikel 8.17, zevende lid, van de wet, zodat hiermee rekening wordt gehouden bij het vaststellen van de parameters overeenkomstig artikel 6 van de Slotverordening vanaf het winterseizoen 2023/2024 en uitvoeringstechnische problemen kunnen worden gesignaleerd.

[...]

Artikel 5 Uitvoering

Bij het vaststellen van de parameters, bedoeld in artikel 3, houdt Schiphol rekening met de artikelen 2 tot en met 4 van deze regeling.

Artikel 6 Gevolgen

De combinatie van de grenswaarden voor de geluidbelasting in de handhavingspunten, bedoeld in artikel 2, en de regels voor strikt preferentieel baangebruik door handelsverkeer, bedoeld in artikel 4, geeft ruimte voor maximaal 460.000 vliegtuigbewegingen handelsverkeer waarvan 32.000 in de nacht, en een opslag van 2,5 procent geluidbelasting voor general aviation. Bij het vaststellen van de parameters, bedoeld in artikel 3, wordt rekening gehouden met die grenswaarden en regels."

4.38 De klachten slagen.

4.39 *Ten eerste* is onvoldoende gemotiveerd en onbegrijpelijk het oordeel aan het slot van rov. 4.14 dat de voorgenomen Experimenteerregeling geen aantallen vliegtuigbewegingen oplegt. Dat doet die regeling wel. In art. 6 staat dat de regeling ruimte geeft voor *maximaal* 460.000 vliegtuigbewegingen. Uit de samenhang met art. 3 en 5 blijkt dat RSG bij het vaststellen van de capaciteitsdeclaratie rekening moet houden met dit maximumaantal vliegtuigbewegingen. Dat het maximumaantal vliegbewegingen volgens de regeling het gevolg is van andere maatregelen is niet van belang, omdat dit een *beoogd* gevolg van die andere maatregelen is, getuige de communicatie en de beleidsstukken van de minister die zijn voorafgegaan aan de voorgenomen Experimenteerregeling.⁷³

4.40 *Ten tweede* heeft het hof overwogen dat er naar aanleiding van de toelichting van de minister aan de Tweede Kamer zorg bestaat over de zuiverheid van de motieven voor de voorgenomen Experimenteerregeling. Ditenkele feit is echter niet voldoende om voorshands misbruik van bevoegdheid aan te nemen, aldus het hof. Ook dat oordeel is onvoldoende gemotiveerd en onbegrijpelijk. De door het hof in rov. 4.14 (geciteerd in 4.31) geuite zorg aangaande de zuiverheid van de motieven van de minister wordt namelijk versterkt door de hiervoor geciteerde beleidsnota's en de (tekst van de) voorgenomen Experimenteerregeling. Daaruit blijkt dat de minister de experimenteermogelijkheid wil aangrijpen om een aantal vliegtuigbewegingen op te leggen vooruitlopend op het vaststellen van een aantal vliegtuigbewegingen in het LVB ná het doorlopen van de *balanced approach*-procedure (in het kader van spoor 2). Daarvoor biedt art. 8:23a Wlv geen grondslag.

4.41 Voor zover het hof heeft geoordeeld dat in dit kort geding de maatstaf voor misbruik van bevoegdheid is dat de voorgenomen Experimenteerregeling 'voornamelijk' voor een oneigenlijk doel zal worden gebruikt – zoals inderdaad lijkt te volgen uit rov. 4.25 – slaagt de rechtsklacht die daarop ziet.

⁷³ Vgl. schriftelijke toelichting IATA c.s. onder 2.1.11, slotzin.

- 4.42 Aan het slot van subonderdeel 2.2 meen ik nog een vierde klacht te kunnen ontwaren. IATA c.s. richten namelijk een rechtsklacht tegen het vermeende oordeel van het hof ('voor zover het hof van oordeel is') dat de hiervoor bedoelde argumentatie van IATA c.s. niet de conclusie kan dragen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid. Voor zover IATA c.s. hiermee de aangelegde maatstaf voor misbruik van bevoegdheid aanvallen ('voornamelijk voor een oneigenlijk doel'), slaagt ook die klacht.
- 4.43 De overige klachten in subonderdelen 2.1a t/m 2.1c, 2.1e t/m 2.1i en 2.3 slagen niet. Ik licht dat toe.
- Subonderdelen 2.1a t/m 2.1c
- 4.44 Subonderdeel 2.1a bevat de klacht dat het hof niet heeft gerespondeerd op de essentiële stelling van IATA c.s. dat met de voorgenomen Experimenteerregeling geen vrijstelling (als bedoeld in art. 8.23a lid 1, aanhef en onder a, Wlv) wordt bewerkstelligd. Deze klacht miskent mijns inziens dat het hof heeft geoordeeld dat aan de voorwaarde van lid 1 wordt voldaan alleen omdat de regeling de grenswaarden voor de geluidbelasting vervangt (overeenkomstig art. 8.23a lid 1, aanhef en onder b, Wlv). In dat oordeel ligt besloten dat volgens het hof niet óók sprake is van een vrijstelling.⁷⁴ Het eerste lid van art. 8.23a vereist dat aan het criterium onder a óf onder b is voldaan (zie de in 4.29 geciteerde tekst).
- 4.45 Subonderdeel 2.1b betoogt dat art. 8.23a lid 1, aanhef en onder b, Wlv alleen de mogelijkheid biedt om een grenswaarde voor geluidbelasting te vervangen door een andere grenswaarde. Met de voorgenomen Experimenteerregeling worden in één keer alle grenswaarden herzien. Het hof zou in rov. 4.14 miskennen dat een vervanging van alle grenswaarden de voorgenomen Experimenteerregeling buiten het bereik van art. 8.23a Wlv brengt. Hiermee geven IATA c.s. mijns inziens een te beperkte en daarmee onjuiste uitleg aan art. 8.23a lid 1, aanhef en onder b, Wlv. Zoals toegelicht in het Nader Rapport maakt het wetsvoorstel: "het mogelijk om bij wijze van experiment op een of meer specifieke handhavingspunten tijdelijk van de grenswaarden voor de geluidbelasting af te wijken."⁷⁵ Ook in de MvT wordt meermaals gerept van de vervanging van grenswaarden (meervoud) op/in meerdere handhavingspunten.⁷⁶ De uitleg van IATA c.s. zou de regeling overigens ook onhanteerbaar maken, omdat dan voor elk handhavingspunt een afzonderlijke experimenteerregeling nodig zou zijn.⁷⁷
- 4.46 In subonderdeel 2.1c stellen IATA c.s. voorop dat het blijkt de wetsgeschiedenis de bedoeling van art. 8.23a Wlv is om met kleinschalige experimenten van slimmer baan- en routegebruik te onderzoeken of de hinderbeleving kan worden teruggedrongen zonder dat dit ten koste gaat van de capaciteit van de luchthaven. IATA c.s. hebben in hoger beroep beargumenteerd dat de voorgenomen Experimenteerregeling in strijd is met deze bedoeling, maar het hof heeft hierop geen kenbare reactie gegeven. Het gaat om de volgende stellingen:

⁷⁴ Met het woordje 'of' in art. 8.23a lid 1 wordt een keuzemogelijkheid aangeduid, waarbij het overigens ook zo kan zijn dat beide opties in één regeling staan, zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 809, nr. 13 (NaV), p. 7 en 11-12.

⁷⁵ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 809, nr. 4 (*Advies en Nader Rapport*), p. 2.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 809, nr. 3 (MvT), p. 1 en 3.

⁷⁷ In die zin ook schriftelijke toelichting Staat, onder 3.9.

- (i) De voorgenomen Experimenteerregeling is geen experiment, want de uitkomst daarvan staat al vast vóóordat het experiment is uitgevoerd (namelijk: het maximum aantal vliegtuigbewegingen moet omlaag naar 460.000).
- (ii) De regeling is niet een kleinschalig experiment, omdat wordt beoogd een nieuwe regeling te introduceren met herziening van alle grenswaarden.
- (iii) De regeling gaat ten koste van de capaciteit van de luchthaven Schiphol.
- (iv) De effecten/schade hiervan voor IATA c.s. zullen deels permanent zijn en in ieder geval de duur van het experiment ruimschoots overstijgen.

4.47 Ik stel voorop dat uit de wetsgeschiedenis de door IATA c.s. vooropgestelde bedoeling niet eenduidig volgt. IATA c.s. wijzen ook alleen op de volgende passage uit de MvT onder het kopje 'Aanleiding wetsvoorstel':⁷⁸

"Zowel omwonenden als luchtvaartpartijen zijn gebaat bij het uitvoeren van enkele experimenten, waaruit moet blijken of, en in welke mate de hinder(beleving) kan worden teruggedrongen, zonder dat dit ten koste behoeft te gaan van de capaciteit van de luchthaven. De luchtvaartpartijen, provincies, gemeenten en bewonersvertegenwoordigers hebben daartoe gezamenlijk initiatief genomen om tot verbeteringen te komen. Dit geeft een concrete behoefte aan experimenteerruimte aan. [...]"

4.48 Hieruit volgt niet – en ook niet uit enige andere door IATA c.s. aangewezen onderdeel van de wetsgeschiedenis – dat de experimenten kleinschalig moeten zijn. Er staat dat er een behoefte bestond aan experimenten waaruit moet blijken of hinder kan worden teruggedrongen zonder dat dit ten koste behoeft te gaan van de capaciteit van de luchthaven. Dit betekent niet dat (integraal) behoud van capaciteit een voorwaarde vormt voor de uiteindelijk vastgestelde regeling van art. 8.23a Wlv.⁷⁹ In bepaalde omstandigheden zijn capaciteitsbeperkingen onvermijdelijk.

4.49 Nu kleinschaligheid en behoud van capaciteit geen voorwaarden vormen voor een experiment in de zin van art. 8.23a Wlv, zijn de hiervoor genoemde stellingen onder (ii) en (iii) niet als essentieel aan te merken in de zin dat het hof daarop had moeten ingaan.⁸⁰

4.50 Voor de stelling onder (iv) geldt hetzelfde. IATA c.s. leggen niet uit waarom deze stelling essentieel is, in de zin dat zij tot een ander oordeel zou kunnen leiden⁸¹ omdat sprake zou zijn van een voorwaarde ('geen schade voor luchtvaartmaatschappijen') om een experiment in de zin van art. 8.23a Wlv doorgang te laten vinden. Dit geldt temeer omdat de wetgever in art. 8.23a lid 3 Wlv aan de mogelijkheid van compensatie heeft gedacht, ook voor het geval dat nadelige effecten zijn voorzien.⁸²

4.51 Verder geldt dat het hof in rov. 4.14 wél op de stelling onder (i) heeft gerespondeerd door te overwegen en toe te lichten dat de voorgenomen Experimenteerregeling naar zijn oordeel in beginsel wel valt aan te merken als 'experiment' in de zin van art. 8.23a Wlv. Al dan niet in

⁷⁸ Kamerstukken II 2006/07, 30 809, nr. 3 (MvT), p. 2 (het bedoelde kopje staat op p. 1).

⁷⁹ Zie over één en ander ook de schriftelijke toelichting van RSG onder 11(c), op p. 13.

⁸⁰ De rechter hoeft niet op alle door de procespartijen ter ondersteuning van hun standpunt aangevoerde stellingen en argumenten in te gaan. Dat hangt af (onder meer) van het belang van de stelling voor de uitkomst van de procedure. Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/188.

⁸¹ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/116.

⁸² Kamerstukken II 2006/07, 30 809, nr. 3 (MvT), p. 5: "[...] Het betreft hierbij zowel de nadelige effecten die zijn voorzien in de ex ante evaluatie als in de niet voorziene nadelige effecten van een experiment. [...]"

combinatie met het oordeel dat de minister met uitvaardiging van de voorgenomen Experimenteerregeling niet een sluproute ('short cut') wil creëren om via 460.000 uit te komen op 440.000 vliegtuigbewegingen per jaar, vormt deze overweging een (impliciete) verwerping van het argument van IATA c.s.

- Subonderdelen 2.1e t/m 2.1.i

- 4.52 Subonderdeel 2.1e klaagt dat het hof geen kenbare reactie heeft gegeven op het argument dat de volgens art. 8.23a lid 4 Wlv vereiste beoordelingscriteria niet zijn opgenomen in de voorgenomen Experimenteerregeling. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat die criteria moeten zien op geluid, milieu en ruimtelijke ordening.⁸³ In de voorgenomen Experimenteerregeling is in art. 7 alleen opgenomen dat moet worden beoordeeld of er uitvoeringstechnische problemen ontstaan bij toepassing van de regeling. Bovendien is deze frase identiek aan het doel van de regeling zoals geformuleerd in art. 3 daarvan.
- 4.53 De klacht faalt. Het hof heeft geoordeeld dat aan de voorwaarde van art. 8.23a lid 4 Wlv is voldaan met art. 7 van de voorgenomen Experimenteerregeling, dat criteria bevat voor het maken van de beoordeling of het experiment wordt omgezet in een structurele wettelijke regeling. Hiermee verwerpt het hof impliciet de hiervoor weergegeven stellingen dat niet aan art. 8.23a lid 4 Wlv is voldaan.⁸⁴ Daarmee heeft het hof dus een reactie gegeven.
- 4.54 Subonderdeel 2.1f is gekant tegen het volgende in het slot van rov. 4.14 opgenomen oordeel:
- "Het is verder inderdaad zo dat er in het verleden reeds is geëxperimenteerd met het NNHS, maar dat staat niet in de weg aan de voorgenomen Experimenteerregeling, omdat deze een andere benadering en andere grenswaarden inhoudt dan het NNHS."
- 4.55 Volgens het middel voegt een nieuw experiment niets toe aan eerder uitgevoerde onderzoeken en experimenten waaruit is gebleken dat het systeem van preferentieel baangebruik niet te combineren met het systeem van handhaving van grenswaarden in handhavingspunten. Dit is in het bijzonder zo omdat:
- (i) ook data van de afgelopen jaren voldoende inzicht geven in de mate waarin preferentieel baangebruik kan worden gecombineerd met handhaving van grenswaarden in handhavingspunten;
 - (ii) in geen van de toekomstige scenario's van de Staat wordt gewerkt met grenswaarden in handhavingspunten; en
 - (iii) de onverenigbaarheid van preferentieel baangebruik en grenswaarden in de handhavingspunten niet afhankelijk is van het gekozen aantal vliegbewegingen.

Het hof heeft een onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerde reactie op deze argumentatie gegeven. In het licht van deze argumentatie valt niet in te zien dat het gegeven dat de voorgenomen Experimenteerregeling een andere benadering en andere grenswaarden inhoudt, tot zinvolle resultaten kan leiden binnen de kaders en de doelen van art. 8.23a Wlv.

⁸³ Op de in de voetnoten 15 en 16 procesinleiding aangewezen vindplaatsen wordt gewezen op *Kamerstukken II* 2006/07, 30 809, nr. 3 (*MvT*), p. 5, onderaan.

⁸⁴ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie*, 2019/115 (in fine): "[...] Een rechterlijke vaststelling die strijdt met een stelling van een partij, houdt een (impliciete) verwerping van die stelling in. [...]" Aldus ook: A.E.H. van der Voort Maarschalk & A. Knigge, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/43.

- 4.56 De klacht faalt. In het kader van dit (spoed)kortgeding heeft het hof met het in 4.54 geciteerde oordeel, ook in het licht van de argumenten van IATA c.s., voldoende gemotiveerd en begrijpelijk geoordeeld dat eerder uitgevoerde experimenten niet in de weg staan aan invoering van de voorgenomen Experimenteerregeling. Dat hier anders over zou kunnen worden gedacht, zoals IATA c.s. etaleert, maakt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Dit geldt temeer omdat de voorgenomen Experimenteerregeling andere grenswaarden kent (dit feit erkennen IATA c.s. in hun schriftelijke toelichting onder 2.1.16, maar zij vinden dat niet relevant) en dat de Staat in feitelijke instanties heeft aangevoerd dat bij het vorige door het hof bedoelde experiment niet werd gehandhaafd op overschrijding van de grenswaarden uitgaande van een groei van Schiphol (wat duidt op een andere benadering).⁸⁵
- 4.57 Subonderdeel 2.1g betoogt dat het hof niet kenbaar heeft gereageerd op het argument dat het experiment niet zinvol kan worden uitgevoerd voor een half gebruiksjaar, omdat de meting en toepassing van de grenswaarden plaatsvindt op basis van een heel gebruiksjaar. IATA c.s. verwijzen in dit kader naar een randnummer uit de memorie van antwoord van KLM c.s. waarin wordt opgemerkt (zonder de voetnoten die alleen verwijzingen bevatten):
- “7.8 Overigens maakt de Minister in de memorie van grieven niet duidelijk op welke manier hij alsnog uitvoering zou willen geven aan het experiment indien hij in de huidige procedure in het gelijk zou worden gesteld. Zoals hiervoor aangegeven had de Minister de voorgenomen Experimenteerregeling bewust laten aansluiten bij het gebruiksjaar 2024. Maar kennelijk is de Minister nu voornemens om slechts voor één IATA-seizoen, halverwege het gebruiksjaar, een experimenteerregeling in te voeren, terwijl de meting en toepassing van de grenswaarden per gebruiksjaar functioneert.”
- 4.58 Een eerste vraag is of deze klacht grondslag kan vinden in de zojuist geciteerde passage, omdat IATA c.s. *niet* hebben gesteld dat vanwege de verwachte duur van het experiment geen sprake is van een zinvol experiment dat kan worden gebaseerd op art. 8.23a Wlv.⁸⁶ Wat hier verder ook van zij, de klacht slaagt in mijn ogen sowieso niet omdat deze stelling zo terloops is dat het hof – zeker in dit spoedkortgeding – daar niet op behoefde in te gaan.⁸⁷
- 4.59 Ik verwijs tot slot naar de wetsgeschiedenis waar staat:⁸⁸
- “In het wetsvoorstel is geen dwingende bepaling opgenomen om te starten op 1 november. Een experiment kan in beginsel op elk moment starten. [...] Een experiment dat bijvoorbeeld begint bij ingang van het zomerseizoen is ook goed denkbaar, maar heeft wel gevolgen voor de handhaving en de sturing van de geluidbelasting door de luchtvaartpartijen, omdat die dan moet plaatsvinden over een gebroken gebruiksjaar.”
- 4.60 Subonderdeel 2.1h betoogt dat de Staat zelf heeft gesteld dat de voorgenomen Experimenteerregeling bedoeld is om te voorkomen dat het stoppen met anticiperend handhaven ertoe leidt dat moet worden teruggevallen op de oude normen (zie

⁸⁵ Zie voor deze stelling en vindplaatsen, schriftelijke toelichting Staat onder 3.13 tweede gedachtestreepje en voetnoot 84 (zie m.n. conclusie van antwoord Staat onder 5.2.16 - 5.2.17 en (spoed)appeldagvaarding onder 8.1. Zie ook schriftelijke toelichting RSG onder 11(f), p. 16.

⁸⁶ Zie ook schriftelijke toelichting Staat onder 3.13, derde gedachtestreepje.

⁸⁷ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/188; A.E.H. van der Voort Maarschalk & A. Knigge, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/43; B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie*, 2019/116. Laatstgemelde auteur schrijft dat art. 24 Rv de rechter ook belet om op terloopse (dat wil zeggen: vluchtig ingenomen) stellingen in te gaan. Zie ook schriftelijke toelichting RSG onder 11(g), p. 16.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 809, nr. 13 (*NaV*), p. 10-11.

spoedappeldagvaarding onder 9.2). Kennelijk is het doel niet om te experimenteren. Het arrest zou ook op dit argument geen kenbare reactie bevatten.

- 4.61 Het hof heeft hierop wel degelijk gereageerd door te overwegen dat ondanks een zorgwekkende toelichting van de Minister niet kan worden geoordeeld dat de Staat met de voorgenomen Experimenteerregeling de in art. 8.23a Wlv neergelegde bevoegdheid en/of procedure heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven (zie rov. 4.14, voorlaatste alinea). Dit oordeel impliceert dat andere argumenten die de zuiverheid van het doel van de regeling in twijfel trekken, niet tot een andere conclusie kunnen leiden.
- 4.62 Subonderdeel 2.1i bevat de klacht dat in de voorgenomen Experimenteerregeling geen evaluatietermijn is opgenomen, zoals de wetgever zou vereisen. Ik stel vast dat een dergelijke wettelijke eis niet in de wet staat. Verder wijzen IATA c.s. (in hun schriftelijke toelichting onder 2.1.15 en voetnoot 159) op een passage in de MvT waarin dit niet te lezen valt.⁸⁹ In de tweede volzin van art. 8.23a lid 7 Wlv staat dat de minister bij vaststelling van de ministeriële regeling de beide kamers bericht wanneer *en* over de wijze waarop hij verslag zal doen. Dat dit niet in de regeling zelf hoeft te staan, volgt ook uit de toelichting bij het amendement waarmee deze zin in de wet is beland⁹⁰ en uit de discussie daarover tussen de minister en de indiener van het amendement.⁹¹
- 4.63 Tot slot kom ik toe aan subonderdeel 2.3. Dat bevat de klacht dat het hof (in het bijzonder in rov. 4.14) miskent dat de voorgenomen Experimenteerregeling niet kan worden vastgesteld omdat de inhoud en strekking hiervan in strijd komen met de wetswijzing uit 2016.⁹² Zoals ik hiervoor in 2.18 vaststelde, is deze wet niet in werking getreden, ook niet gedeeltelijk. IATA c.s. betogen echter dat een ministeriële regeling niet in strijd mag zijn met een wet in formele zin. In dit kader zou het hof niet zijn ingegaan op een aantal essentiële stellingen.
- 4.64 De klachten falen. Zoals de Staat terecht opmerkt (schriftelijke toelichting onder 3.24), komt het betoog van IATA c.s. erop neer dat een niet in werking getreden wijziging van een wet voorrang zou (moeten) hebben op de geldende versie van de wet, met als gevolg dat de voorgenomen Experimenteerregeling zou moeten worden getoetst aan de niet in werking getreden wijziging van de wet. Dat is, zeker uit het oogpunt van rechtszekerheid, een onhoudbaar standpunt.⁹³

2.3 Slotsom onderdeel 2

⁸⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30 809, nr. 3 (MvT), p. 6.

⁹⁰ Zie ook schriftelijke toelichting RSG, p. 17, onder 11(i), en voetnoot 28.

⁹¹ Kamerstukken II 2006/07, 30 809, nr. 8 (amendement Haverkamp), ondanks initieel verzet van de Minister overgenomen op de vergadering van 24 oktober 2006: *Handelingen II* 2006/07, nr. 16, p. 1154.

⁹² Wet van 9 maart 2016 tot wijziging van de Wet luchtvaart in verband met de invoering van een nieuw normen- en handhavingstelsel voor de luchthaven Schiphol en enige andere wijzigingen, *Stb.* 2016, 119.

⁹³ Dit lijkt mij al te volgen uit de door IATA c.s. zelf ter ondersteuning van dit argument ingeroepen literatuur (schriftelijke toelichting 2.3.2 en voetnoot 186). Ik verwijs naar N. Verheij, 'Wetten die niet werken', *RegelMaat* 1986/4, p. 149: "Een laatste vraagstuk waaraan ik kort aandacht wil schenken is dat van anticipatie op niet in werking getreden wetten. Daaronder versta ik een beroep door rechter of bestuur op een niet in werking getreden wet ter legitimering van een bindende beslissing. [...] Op zichzelf, louter omdat het een wet is, kan een niet in werking getreden wet een dergelijke beslissing nooit legitimeren. Een wet legitimeert bindende beslissingen omdat zij geacht wordt de wil van de wetgever uit te drukken, en die wetgever heeft door de inwerkingtreding uit te stellen nu juist te kennen gegeven vooralsnog niet te willen dat de burgers gebonden worden."

- 4.65 De subonderdelen 2.1d en 2.2 slagen. Daarmee is het lot van de (ten tijde van het arrest voorgenomen) Experimenteerregeling bezegeld. De overige klachten van subonderdeel 2.1 en de klachten van subonderdeel 2.3 falen.

Onderdeel 3 (de Geluidsverordening inclusief de aanvullende klachten)

- 4.66 In onderdeel 3 staat centraal het oordeel van het hof over het beroep van IATA c.s. op de Geluidsverordening⁹⁴ en meer specifiek of de Staat voor de Experimenteerregeling en voor het stopzetten van het anticiperend handhaven de *balanced approach* moe(s)t toepassen.
- 4.67 Ik schets eerst het juridisch kader.

3.1 Juridisch kader Geluidsverordening

- 4.68 Eind 2011 diende de Commissie voorstellen in voor het pakket "Betere luchthavens", dat wetgevingsmaatregelen bevatte over slots, grondafhandeling en geluidsoverlast.
- 4.69 De Geluidsverordening (Verordening 598/2014) heeft als rechtsgrondslag art. 100 lid 2 VWEU. De verordening maakt daarom deel uit van de gemeenschappelijke vervoerpolitiek van de EU. Vervoerpolitieke belangen staan daarom voorop. Voor andere algemene belangen, zoals de bescherming van de leefomgeving tegen geluidhinder, is plaats, maar alleen binnen de kaders van deze verordening. Een lidstaat die ten aanzien van een luchthaven bij een (hernieuwde) afweging van belangen de balans meer wil laten doorslaan naar een effectieve bescherming van de omgeving, heeft de ruimte dat te doen indien hij de aard van het geluidsprobleem volgens bepaalde methoden in kaart brengt en de noodzaak van de door hem voorgestelde maatregel aantoonst wanneer een dergelijke maatregel tot gevolg heeft dat er minder kan worden gevlogen (verlaging van het maximum aantal vtb's) of dat er anders moet worden gevlogen (bijvoorbeeld met minder vervuilende toestellen of ander gebruik van de aanwezige start- en landingsbanen).
- 4.70 Op het terrein van het vervoer, en zeker de luchtvaart, bestaan relatief veel internationale instrumenten die als model kunnen dienen voor 'interne' Unierechtelijke regelgeving. Het overnemen van internationale regels in EU-wetgeving heeft tot gevolg dat de EU, vertegenwoordigd door de Commissie, op intern vlak de controle (en daarmee de macht) krijgt over de toepassing van die regels door de EU-lidstaten, en daarvan afgeleid op extern vlak voor derde landen het Europese aanspreekpunt wordt. De tot stand gebrachte overlap tussen internationale verbintenissen en Unierechtelijke verplichtingen betekent ook dat de uitleg en toepassing van die regels door de Commissie of door een individuele lidstaat gevolgen kunnen hebben voor luchtvaartmaatschappijen van buiten de EU.⁹⁵ Van een en ander geeft deze zaak een treffende illustratie omdat zowel de Commissie als de

⁹⁴ Verordening (EU) nr. 598/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de vaststelling van regels en procedures voor de invoering van geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen op luchthavens in de Unie binnen het kader van een evenwichtige aanpak, en tot intrekking van Richtlijn 2002/30/EG, *PbEU* 2014/L 173, p. 65-78.

⁹⁵ Vgl. het slot van considerans nr. 3 van de Geluidsrichtlijn, waar wordt overwogen dat het opnemen in de verordening van de internationale regels inzake de evenwichtige aanpak het risico op internationale geschillen aanzienlijk moet doen afnemen in geval luchtvaartmaatschappijen van derde landen worden getroffen door geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen.

Amerikaanse luchtvaartindustrie in het geweer is gekomen tegen de voorgenomen maatregelen die het voorwerp zijn van dit kort geding.

4.71 Ik kom nu toe aan de inhoud van de Geluidsverordening.⁹⁶

4.71.1 De Geluidsverordening bevat voor luchthavens met een geluidsprobleem regels inzake de procedure die moet worden gevolgd voor de coherente invoering van geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen (art. 1 lid 1). Centraal in deze verordening staat de 'evenwichtige aanpak' of *balanced approach*. Niet toevallig wordt deze verordening in de luchtvaartwereld vaak aangeduid als de BAR, de afkorting voor '*Balanced Approach Regulation*'.⁹⁷

4.71.2 De begrippen 'exploitatiebeperking' en 'geluidsgelateerde actie' worden gedefinieerd in art. 2, leden 5 en 6:

"5. „geluidsgelateerde actie”: elke maatregel die gevolgen heeft voor de geluidsomgeving rond een luchthaven, waarvoor de beginselen van de evenwichtige aanpak van toepassing zijn, inclusief andere niet-operationele acties die gevolgen kunnen hebben voor het aantal mensen dat wordt blootgesteld aan vliegtuiglawaai;

6. „exploitatiebeperking”: een geluidsgelateerde actie die de toegang tot of de operationale [sic] capaciteit van een luchthaven vermindert, inclusief exploitatiebeperkingen die gericht zijn op de uitdienstneming van marginaal conforme luchtvaartuigen op specifieke luchthavens en partiële exploitatiebeperkingen, die bijvoorbeeld gedurende bepaalde tijdsperioden van de dag of alleen voor bepaalde start- en landingsbanen gelden."

4.71.3 De definitie van 'exploitatiebeperking' in de eindtekst wijkt iets af van de tekst die de Commissie had voorgesteld (zie doorgescreeft en vet gedrukt de wijzigingen):⁹⁸

"(6) 'Exploitatiebeperking': een geluidsgelateerde actie die de toegang tot of de **optimale operationale** capaciteit van een luchthaven beperkt, inclusief exploitatiebeperkingen die gericht zijn op de uitdienstneming van marginaal conforme luchtvaartuigen op specifieke luchthavens en partiële exploitatiebeperkingen, die ~~gevolgen hebben voor de exploitatie van civiele luchtvaartuigen tijdens bepaalde perioden~~ **bijvoorbeeld gedurende bepaalde tijdsperioden van de dag of alleen voor bepaalde start- en landingsbanen gelden.**

4.71.4 Uit de definitie blijkt dat 'exploitatiebeperking' een ruim begrip is. Het omvat (i) wettelijke maatregelen en feitelijke handelingen ('acties') die (ii) *gevolgen* hebben voor de geluidsomgeving rond de luchthaven en die (iii) de toegang tot de capaciteit van de luchthaven *beperken*.

4.71.5 De *balanced approach* wordt in art. 2, aanhef en onder 3, als volgt gedefinieerd:

⁹⁶ De voorloper van deze verordening was Richtlijn 2002/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 maart 2002 betreffende de vaststelling van regels en procedures met betrekking tot de invoering van geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen op luchthavens in de Gemeenschap, *PbEG* L 85 van 28 maart 2002, p. 40-46, welke richtlijn met de inwerkingtreding van de Geluidsverordening (13 juni 2016) is ingetrokken.

⁹⁷ Zie bijv. T.N. Buissing, 'Challenging the 'Balanced Approach to Aircraft Noise Management' Principle: Will the Dutch Approach Stand or Will the Principle Prevail?', *Air and Space Law* 2024/1.

⁹⁸ Zie de compromistekst in het verslag van 22 januari 2014, ST-5308-2014-INIT, p. 37, naar aanleiding van amendement 18 in eerste lezing van het Europees Parlement (*PbEU* van 23 december 2015, C 434, p. 245-258 en de tekst in de algemene oriëntatie van de Raad van de Europese Unie (ST-9998-2012-INIT).

"de door de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie ontwikkelde procedure waarbij het gamma aan beschikbare maatregelen [...] op coherente wijze wordt benaderd, teneinde het geluidsprobleem voor elke individuele luchthaven op de meest kosteneffectieve wijze op te lossen".

4.71.6 Op grond van art. 5 van de Geluidsverordening kunnen lidstaten exploitatiebeperkingen alleen doorvoeren als zij de *balanced approach* gevolgd hebben.

4.71.7 Art. 5 lid 2 bevat de volgende (cumulatieve) vereisten van de *balanced approach*:

"2. De lidstaten zorgen ervoor dat de evenwichtige aanpak inzake het beheer van vliegtuiglawaai wordt aangenomen ten aanzien van luchthavens waar een geluidsprobleem is vastgesteld. Daartoe zien zij erop toe dat:

- a) de doelstelling inzake de bestrijding van geluidshinder voor de luchthaven, waar passend, wordt omschreven rekening houdend met artikel 8 van en bijlage V bij Richtlijn 2002/49/EG;
- b) de beschikbare maatregelen ter beperking van de gevolgen van geluidshinder in kaart worden gebracht;
- c) de waarschijnlijke kosteneffectiviteit van de geluidsbeperkende maatregelen grondig wordt beoordeeld;
- d) de maatregelen worden geselecteerd, rekening houdend met het algemeen belang op het gebied van luchtvervoer in termen van ontwikkelingsperspectieven van hun luchthavens, zonder afbreuk te doen aan de veiligheid;
- e) de belanghebbenden op transparante wijze over de voorgenomen acties worden geraadpleegd;
- f) de maatregelen worden aangenomen en hieraan voldoende ruchtbaarheid wordt gegeven; g) de maatregelen worden uitgevoerd; en
- h) in geschillenbeslechting wordt voorzien."

Deze vereisten komen er in mijn woorden op neer dat lidstaten pas nieuwe of aangepaste normen ter vermindering van geluidshinder kunnen vaststellen als zij (i) volgens een bepaalde methode kunnen aantonen dat er daadwerkelijk een geluidsprobleem is,⁹⁹ (ii) kiezen voor een maatregel waar de luchtvaart het minste last van heeft en (iii) tegenover de luchtvaartsector maximale transparantie betrachten.

4.71.8 Art. 5 lid 3 stelt daarenboven voorwaarden aan de geschiktheid en de evenredigheid van een 'actie' die tot gevolg heeft dat, kort gezegd, er minder mag worden gevlogen:

"3. Als de lidstaten geluidsgelateerde actie ondernemen, zorgen zij ervoor dat de volgende combinatie van beschikbare maatregelen in overweging wordt genomen, teneinde te kunnen vaststellen welke maatregel of combinatie van maatregelen de grootste kosteneffectiviteit biedt:

- a) de verwachte beperking van het vliegtuiglawaai aan de bron;
 - b) ruimtelijke ordening en beheer;
 - c) operationele procedures voor de bestrijding van geluidshinder;
 - d) exploitatiebeperkingen niet in eerste instantie toe te passen, maar slechts nadat de overige maatregelen van de evenwichtige aanpak in overweging zijn genomen.
- (...)."

4.71.9 Art. 8 bevat 'regels voor het opleggen van exploitatiebeperkingen'. Daarin staat een notificatie- en consultatieprocedure. Wanneer de bevoegde instantie van een lidstaat voornemens is een exploitatiebeperking op te leggen, moet zij alle andere lidstaten, de

⁹⁹ De geluidssituatie moet worden beoordeeld overeenkomstig de 'Richtlijn omgevingslawaai': Richtlijn 2002/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 juni 2002 inzake de evaluatie en de beheersing van omgevingslawaai, *PbEG* 2002, L 189, p. 12-26, voor het laatst gewijzigd door Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2021/1226, *PbEU* 2021, L 269, p. 65-142.

Commissie en de relevante belanghebbende partijen daar zes maanden voor de boogde ingangsdatum kennis van geven en wel zo dat er nog twee maanden is tussen het verstrijken van die termijn en de vaststelling van de slotcoördinatieparameters (art. 8 lid 1). Uit de kennisgeving moet blijken op welke gronden de bevoegde instantie van de berokken lidstaat meent dat voldaan is aan alle vereisten van de *balanced approach* (art. 8 lid 2). De Commissie heeft drie maanden na de kennisgeving om de procedure voor de invoering van een exploitatiebeperking te toetsen en de bevoegde nationale instantie ervan in kennis te stellen dat zij van oordeel is dat bij de invoering van een geluidsgelateerde beperking de *balanced approach* niet in acht is genomen (art. 8 lid 3).

- 4.72 De *balanced approach* is afkomstig van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (hierna: **ICAO**), een gespecialiseerde organisatie van de Verenigde Naties. De *balanced approach* is voor het eerst vastgelegd in Resolutie A33/7¹⁰⁰ van de ICAO en werd vervolgens opgenomen in Annex 16, deel V van het Verdrag van Chicago. Daar staat het volgende:

"1. The balanced approach to noise management consists of identifying the noise problem at an airport and then analysing the various measures available to reduce noise through the exploration of four principal elements, namely reduction at source (Addressed in Part II of this Annex), land-use planning and management, noise abatement operational procedures and operating restrictions, with the goal of addressing the noise problem in the most cost-effective manner. All the elements of the balanced approach are addressed in the *Guidance on the Balanced Approach to Aircraft Noise Management* (Doc 9829)."

De vier genoemde bestanddelen staan ook opgenomen in het zojuist (deels) geciteerde art. 5 lid 3 van de Geluidsverordening.

- 4.73 De *balanced approach* stond ook al in Richtlijn 2002/30/EG, de voorloper van de Geluidsverordening (zie voetnoot 96), maar was toen minder uitgewerkt. In een uitspraak die nog betrekking heeft op Richtlijn 2002/30/EG heeft het HvJ het volgende overwogen:¹⁰¹

"38. [...] Het begrip „evenwichtige aanpak", dat is gedefinieerd in resolutie A33/7 die op de 33e algemene vergadering van de ICAO is goedgekeurd, omvat vier essentiële elementen en vereist een zorgvuldige evaluatie van alle opties voor geluidsbestrijding, inclusief beperking van het vliegtuiglawaai bij de bron, maatregelen in de sfeer van ruimtelijke ordening, operationele procedures voor lawaaibestrijding en exploitatiebeperkingen, onverminderd de desbetreffende wettelijke verplichtingen, de bestaande overeenkomsten, de thans geldende wetgeving en het gevestigde beleid."

- 4.74 Conform het voorgaande staat in considerans nr. 3 van de Geluidsverordening het volgende:

"In Resolutie A33/7 van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (de ICAO) wordt het concept van „evenwichtige aanpak" van geluidsbeheer (de evenwichtige aanpak) ingevoerd en wordt een coherente methode vastgesteld om vliegtuiglawaai aan te pakken. De evenwichtige aanpak van de ICAO moet de basis blijven voor geluidsregelgeving in de luchtvaart, als mondiale sector. De evenwichtige aanpak erkent, en doet geen afbreuk aan, de waarde van toepasselijke juridische verplichtingen, bestaande overeenkomsten, vigerend rechten vastgesteld beleid. (...)"

¹⁰⁰ Deze resolutie geldt vanaf 5 oktober 2001 en is te raadplegen op: <https://www.icao.int/environmental-protection/documents/statements/a33-7.pdf>. Naar deze resolutie wordt verwezen in punt 10 van de considerans van Richtlijn 2002/30/EG.

¹⁰¹ HvJ 14 juni 2007, C-422/05, ECLI:EU:C:2007:342 (Commissie/België).

Erkend wordt dus dat de *balanced approach* aan de waarde van toepasselijke juridische verplichtingen, bestaande overeenkomsten, vigerende rechten (hiermee is bedoeld: geldende wetten¹⁰²) en vastgesteld beleid geen afbreuk doet.

4.75 Dat laatste volgt ook uit art. 14:

"Geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen die werden ingevoerd vóór 13 juni 2016 blijven geldig totdat de bevoegde instanties besluiten deze te herzien overeenkomstig deze verordening."

4.76 In considerans nr. 20 staat hierover het volgende:

"Hoewel in deze verordening wordt voorgeschreven dat de geluidssituatie op luchthavens regelmatig moet worden beoordeeld, impliceert die beoordeling niet noodzakelijkerwijs dat nieuwe geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen zullen worden vastgesteld of dat de bestaande geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen zullen worden getoetst. Derhalve wordt in deze verordening niet voorgeschreven dat de geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen die op de datum van inwerkingtreding ervan reeds bestaan, waaronder de exploitatiebeperkingen die voortvloeien uit rechterlijke beslissingen of plaatselijke bemiddelingsprocedures, moeten worden getoetst. Kleine technische wijzigingen van een maatregel, die geen grote gevolgen hebben voor de capaciteit of activiteiten, dienen niet als een nieuwe exploitatiebeperking te worden beschouwd."

4.77 Het onderstreepte zinsdeel 'kleine technische wijzigingen' was ook onderdeel van art. 7, aanhef en onder b, van Richtlijn 2002/30/EG waar in de Nederlandse tekst werd gesproken van 'niet-wezenlijke technische wijzigingen'.¹⁰³ Het bijvoeglijk naamwoord 'niet-wezenlijke' is door het Europees Parlement bij amendement toegevoegd met de volgende motivering: "*The amendment is to ensure that 'technical' changes cannot be invoked in order to circumvent the assessment pursuant to Article 5 in the event of major changes.*"¹⁰⁴ Een klassieke reden dus: voorkómen dat er lidstaten zijn die de Unierechtelijke spelregels ten nadele van de industrie (hier de luchtvaart) proberen te omzeilen. Er kan uiteraard discussie bestaan over de vraag of een voorgenomen wijziging 'niet-wezenlijk' of 'major' is.

3.2 Lezing van het bestreden arrest en belang bij de klachten

4.78 De Staat stelt in zijn schriftelijke toelichting onder 4.2 dat IATA c.s. geen belang hebben bij de klachten over de oordelen ten aanzien van de invoering van de voorgenomen Experimenteerregeling (rov. 4.19) indien de klachten tegen de oordelen over het stoppen met anticiperend handhaven falen (rov. 4.20). Bij het beëindigen van anticiperend handhaven is het maximaal aantal toegestane vliegtuigbewegingen onder de LVB 2008 (410.000) veel lager dan er zouden zijn onder de voorgenomen Experimenteerregeling (460.000). Bij het slagen van de klachten tegen het oordeel van het hof over die regeling (en, voeg ik er aan toe: het falen van de klachten tegen het stoppen met gedogen) zouden IATA c.s. het maximum aantal vliegtuigbewegingen dus sterker zien dalen dan met die regeling.

¹⁰² De Engelse en Franse taalversies zijn duidelijker, zeker als het gaat om de term 'vigerende rechten': "*The Balanced Approach recognises the value of, and does not prejudge, relevant legal obligations, existing agreements, current laws and established policies.*"; "*L'approche équilibrée reconnaît, sans en préjuger, la valeur des obligations légales pertinentes, des accords existants, des lois en vigueur et des politiques mises en place.*"

¹⁰³ Ook in de Duitse taalversies worden twee synoniemen gebruikt: waar in Richtlijn 2002/30/EG staat *unwesentliche*, staat in de Geluidsverordening *geringfügige*. In andere taalversies wordt tweemaal hetzelfde woord gebruikt, bijvoorbeeld: *minor* en *mineures*.

¹⁰⁴ Zie amendement 13, *PbEG* van 27 februari 2003, C 47 E, p. 391-400 (Report on the proposal for a European Parliament and Council directive on the establishment of rules and procedures with regard to the introduction of noise-related operating restrictions at Community airports, A5-0053/2002).

- 4.79 Dit betoog gaat mijns inziens niet op, alleen al omdat de Staat heeft gesteld dat uitsluitend wordt gestopt met anticiperend handhaven indien tegelijkertijd de Experimenteerregeling wordt ingevoerd. Beide maatregelen gaan dus kennelijk hand in hand. Ik verwijs naar de schriftelijke toelichting van de Staat onder 6.5, onder het kopje 'geen halve maatregelen':

"6.5 En die feitelijke situatie is dat de Staat voornemens is om de beide maatregelen op hetzelfde moment te treffen. De Staat stopt met anticiperend handhaven, maar wil dat niet doen zonder de Experimenteerregeling in te voeren. Het hof heeft dit vastgesteld in onder meer rov. 4.7 en 4.10, en het volgt ook uit de Hoofdlijnenbrief, die het hof in rov. 3.17 citeert. [...]"

- 4.80 Verder betoogt de Staat (schriftelijke toelichting onder 4.4 t/m 4.7) dat rov. 4.19 twee oordelen bevat die zelfstandig dragend zijn. Volgens de Staat heeft het hof geoordeeld dat:

- (a) de vraag of de voorgenomen Experimenteerregeling een exploitatiebeperking is in de zin van de Geluidsverordening zich niet leent voor beantwoording in dit kort geding; én dat
- (b) de bewoordingen, doelstellingen en systematiek van de Geluidsverordening zich niet verzetten tegen de invoering van een duidelijk afgebakend en in de tijd beperkt experiment als de voorgenomen Experimenteerregeling.

Op grond van deze lezing stelt de Staat dat indien de klachten tegen oordeel (a) falen, bij de klachten tegen oordeel (b) geen belang bestaat. Ik zie dat anders. Het hof laat "[...] *in het midden de vraag of een Experimenteerregeling als beoogd per saldo en feitelijk de toegang tot of operationele capaciteit van een luchthaven 'vermindert' in de zin van artikel 2 sub 6 van de Geluidsverordening (de Staat meent van niet, IATA c.s. menen van wel).* [...]". Het hof legt vervolgens nog wel uit dat over deze vraag geen oordeel kan worden gegeven in dit kort geding, maar daaraan verbindt het hof geen consequenties. Sterker nog, het overweegt dat het antwoord op de in het midden gelaten vraag voor de beslissing niet bepalend is. De beslissing staat in de eerste zin van rov. 4.19: de voorgenomen Experimenteerregeling, waarvan de looptijd slechts één jaar bedraagt, kan niet worden aangemerkt als een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening.

- 4.81 Ik kom nu toe aan de bespreking van de klachten van IATA c.s. tegen rov. 4.19 - 4.21.

3.3 Bespreking van de klachten tegen rov. 4.19

- 4.82 In rov. 4.19 overweegt het hof dat de voorgenomen Experimenteerregeling geen beperking is en de Staat daarom de *balanced approach* niet hoeft te volgen:

"4.19 Naar het oordeel van het hof kan een experimenteerregeling zoals de voorgenomen Experimenteerregeling, waarvan de looptijd slechts één jaar bedraagt, niet worden aangemerkt als een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening. Het hof laat hierbij in het midden de vraag of een Experimenteerregeling als beoogd per saldo en feitelijk de toegang tot of operationele capaciteit van een luchthaven 'vermindert' in de zin van artikel 2 sub 6 van de Geluidsverordening (de Staat meent van niet, IATA c.s. menen van wel). Over deze vraag kan het hof in het kader van dit kort geding geen oordeel geven. Vast staat dat in de afgelopen jaren wisselende aantallen vliegtuigbewegingen zijn uitgevoerd, in het topjaar 2019 bijna 500.000, en dat in louter technische zin de luchthaven Schiphol meer dan 500.000 vliegtuigbewegingen aan kan, zoals de luchtvaartmaatschappijen hebben aangevoerd en RSG heeft bevestigd. Dat is echter niet voldoende. De vraag of de Experimenteerregeling per saldo leidt tot vermindering van de capaciteit

in de zin van de Geluidsverordening vergt nader onderzoek naar, onder meer, de methode van omrekening van grenswaarden in combinatie met preferentieel baangebruik naar aantal vliegtuigbewegingen, terwijl ter zitting in hoger beroep is gebleken dat partijen aangaande de cijfers diepgaande verschillen van inzicht hebben, over meerdere aspecten. Het antwoord op deze vraag is echter voor de beslissing niet bepalend, omdat het hier om een tijdelijk en kortdurend experiment gaat, ter voorbereiding van eventuele toekomstige aanpassingen van het op de nieuwe Wlv te baseren LVB, waarvoor de Staat wél voorremens is om de procedure van de evenwichtige aanpak te volgen. De Staat heeft deze procedure al in gang gezet en heeft een kennisgeving aan de Europese Commissie gedaan. Partijen zijn het erover eens dat die procedure nog een behoorlijke tijd (in ieder geval meer dan enkele maanden) in beslag zal gaan nemen.

Het hof acht een uitleg van de Geluidsverordening die erop neerkomt dat de bevoegde nationale instanties gehouden zijn voor een duidelijk afgebakend en in tijd beperkt experiment als het onderhavige de door de Geluidsverordening in het leven geroepen, uitvoerige en tijdrovende procedure te volgen, waarbij niet alleen de Europese Commissie, maar ook alle lidstaten moeten worden geïnformeerd, in strijd met de aard en strekking van die verordening. De tekst van de bepalingen uit de Geluidsverordening, in combinatie met de preambule, noopt ook niet tot een dergelijke uitleg. Wanneer de door IATA c.s. bepleite uitleg zou worden gevolgd, waarbij ook een kortdurend, duidelijk afgebakend experiment als het onderhavige onder de Geluidsverordening zou vallen, zou deze verordening naar het oordeel van het hof verder gaan dan nodig en dus in strijd zijn met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. De conclusie van het hof is dan ook dat de bewoordingen, de doelstellingen en de systematiek van de Geluidsverordening zich niet verzetten tegen de invoering van een Experimenteerregeling als de onderhavige zonder dat daarbij eerst het traject van de evenwichtige aanpak wordt doorlopen.

Op dit moment kan dus niet worden geoordeeld dat er evidente strijd is met de Geluidsverordening als de voorgenomen Experimenteerregeling, dan wel een daaraan op de relevante punten gelijke variant, wordt ingevoerd zonder de *balanced approach* procedure te volgen."

- Subonderdeel 3.1

4.83 Volgens IATA c.s. heeft het hof in rov. 4.19 een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven en de eisen van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) miskend. Geen van de partijen in deze procedure heeft een beroep gedaan op een uitzondering die meebrengt dat geen *balanced approach*-procedure hoeft te worden gevolgd voor een kortdurend en duidelijk afgebakend experiment. Toch oordeelt het hof langs deze lijn. Alvorens tot dit oordeel te kunnen komen, had het hof partijen in de gelegenheid moeten stellen om zich hierover uit te laten. Voor zover het hof een beroep op een dergelijke uitzondering in de stellingen van de Staat heeft gelezen, is dat onbegrijpelijk.

4.84 De klacht faalt. IATA c.s. zien eraan voorbij dat zij zelf hebben betoogd dat een experimentele en naar zijn aard tijdelijke regeling (op grond van art. 8.23a Wlv) onder de *balanced approach* valt, zodat het hof daar een beslissing over diende te nemen. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de inleidende dagvaarding onder 59 onder het kopje: 'Spoor 1 is strijdig met EU-recht en internationaal recht':

"De Minister beoogt de Experimenteerregeling op grond van artikel 8.23a van de Wet luchtvaart in te voeren. [...] Voor de toepasselijkheid van de verplichting de *Balanced Approach* te volgen maakt dit geen verschil. De BAR [de Geluidsverordening, A-G] en artikel 15(3) en (4) van de EU-US Open Skies Agreement bevatten geen bijzondere bepaling terzake van een experimentele, naar de aard tijdelijke regeling zoals de Experimenteerregeling. Dit betekent dat de Experimenteerregeling als exploitatiebeperking uitsluitend kan worden toegepast indien daaraan voorafgaand de *Balanced Approach* is toegepast."

4.85 Dit is dan ook wat het hof overweegt (zie rov. 4.15: "*Zij betogen dat de Geluidsverordening geen uitzondering maakt voor experimenten.*"). Het hof betreft dit in zijn oordeel en komt tot

de conclusie dat de rechtsopvatting van IATA c.s. op dit punt niet juist is (wat een andere vraag is, die hierna aan de orde komt). Van een verrassingsbeslissing of strijd met het beginsel van hoor en wederhoor kan in het licht hiervan niet worden gesproken.

- Subonderdeel 3.2

- 4.86 IATA c.s. betogen dat het oordeel in rov. 4.19 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting over de bewoordingen, doelstellingen, systematiek, aard en strekking van de Geluidsverordening en met name dat het hof zou zijn uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting over (i) de begrippen 'geluidsgelateerde actie' en 'exploitatiebeperking' (ii) over de door de Geluidsverordening voorgeschreven *balanced approach*.
- 4.87 In de procesinleiding (p. 15) wordt gesteld dat het hof in ieder geval heeft miskend dat de Geluidsverordening geen mogelijkheid kent om zonder het volgen van de *balanced approach* en de daarbij horende procedure een tijdelijke exploitatiebeperking door te voeren, al dan niet bij wijze van experiment. Het invoeren van zo'n kortdurende maatregel, zonder de *balanced approach* te doorlopen, is in strijd met de Geluidsverordening.
- 4.88 De klacht slaagt. De Experimenteerregeling is aan te merken als een 'geluidsgelateerde actie'. Zij heeft gevolgen heeft voor de operationele capaciteit van de luchthaven Schiphol. Daarom gaat het om een 'exploitatiebeperking' in de hiervoor bedoelde zin. Dat betekent dat de *balanced approach*-procedure van toepassing is, tenzij de Geluidsverordening voorziet in een uitzondering die zou kunnen worden toegepast. Dat is niet het geval. De vorm (of de aard) van de maatregel is in het kader van de Geluidsverordening zonder betekenis voor de vraag of sprake is van een exploitatiebeperking. De Geluidsverordening bevat geen aanknopingspunt voor de opvatting dat een tijdelijke of kortdurende exploitatiebeperking (anders dan bijvoorbeeld een zeer tijdelijke beperking voor een spoedreparatie of wegens extreem weer) van de *balanced approach* is uitgesloten, nog daargelaten de vraag hoe kort 'kortdurend' dan zou moeten zijn. In het geval van de voorgenomen Experimenteerregeling zou bovendien, indien deze regeling berustte op een toereikende wettelijke grondslag, verlenging met maximaal een jaar mogelijk zijn (art. 8.23a lid 5 Wlv, geciteerd in 4.29), wat de totale duur op twee jaar zou brengen.
- 4.89 Mede tegen de achtergrond van harmonisatie, voorspelbaarheid en conflictmijding bestaat er dan ook geen goede grond om aan te nemen dat een geluidsgelateerde actie op grond van een experiment niet zou vallen onder de categorie maatregelen waarop de *balanced approach* van toepassing is. Het voorgaande betekent dat de omstandigheid dat sprake is van een *tijdelijke* experimenteerregeling niet meebrengt dat de *balanced approach* niet van toepassing is. De andersluidende, door het hof gegeven uitleg van de Geluidsverordening op dit punt houd ik voor onjuist.

- Subonderdeel 3.3

- 4.90 IATA c.s. richten klachten tegen het oordeel van het hof dat een uitleg van de Geluidsverordening volgens welke de voorgenomen Experimenteerregeling er onder zou vallen, in strijd is met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Dit oordeel is volgens IATA c.s. onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Uit de considerans van de Geluidsverordening volgt dat de Uniegever heeft vastgesteld dat deze verordening het

evenredigheidsbeginsel in acht neemt. Het is niet aan het hof om deze afweging over te doen. De gemaakte afweging die het hof vervolgens maakt, is bovendien onjuist.

- 4.91 De klacht slaagt. Het oordeel van het hof over het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel houd ik voor onjuist. Het evenredigheidsbeginsel is een algemeen rechtsbeginsel, dat zowel de uitoefening van bevoegdheden door de lidstaten op door het Unierecht bestreken terreinen als de wetgevende handelingen van de Unie zelf conditioneert. Dit beginsel beperkt de uitoefening van bevoegdheden door een evenwicht te eisen tussen de ingezette middelen en het na te streven doel (of het bereikte resultaat).¹⁰⁵ Ik verwijs naar art. 5, leden 1 en 4, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU):

“1. De afbakening van de bevoegdheden van de Unie wordt beheerst door het beginsel van bevoegdheidstoedeling. De uitoefening van die bevoegdheden wordt beheerst door de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

[...]

4. Krachtens het evenredigheidsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.

De instellingen van de Unie passen het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.”

- 4.92 Het protocol waaraan wordt gerefereerd in art. 5 lid 4 VEU is het Tweede Protocol bij het VEU en het VWEU.¹⁰⁶ Daarin staat onder meer dat iedere instelling van de Europese Unie ervoor zorg draagt dat het evenredigheidsbeginsel voortdurend in acht wordt genomen (art. 1) en dat de ontwerpen van wetgevingshandelingen worden gemotiveerd in het licht van het evenredigheidsbeginsel (art. 5). Het is daarom de Europese wetgever zelf die beslist over de evenredigheid van een wetgevend optreden.¹⁰⁷ Het Hof kan uiteraard die beslissing toetsen, maar toont zich doorgaans zeer terughoudend bij de toetsing van een Europese wetgevende maatregel aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁰⁸

- 4.93 De Uniewetgever heeft in de Geluidsverordening (considerans onder 6) overwogen dat aan het evenredigheidsbeginsel is voldaan en de Commissie heeft in het voorstel voor die verordening toegelicht waarom dit ook naar haar oordeel zo is. Het aangevallen oordeel van het hof dat de uitleg waarbij ook voor een kortdurende regeling de *balanced approach*-procedure moet worden gevolgd, ertoe leidt dat de Geluidsverordening op dat punt in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel, kan daarom niet als juist worden aanvaard.

- Subonderdeel 3.5

- 4.94 Dit subonderdeel is gekant tegen de passage in rov. 4.19 waar het hof overweegt:

¹⁰⁵ K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nr. 121 (p. 99).

¹⁰⁶ Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, *Trb.* 2008, 11.

¹⁰⁷ R.H. van Ooik, 'Evenredigheid in het EU-recht', *RegelMaat* 2013/3, p. 172.

¹⁰⁸ Een al weer wat ouder voorbeeld vormt HvJ (Grote Kamer) 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741, NJ 2006/280 m.nt. M.R. Mok, AB 2006/174 m.nt. M.J.M. Verhoeven (*ABNA e.a.*), punt 69. Het Hof oordeelde dat in geval de Uniewetgever over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om politieke, economische en sociale keuzes te maken, een wetgevende maatregel slechts ongeldig kan worden verklaard wanneer deze *kennelijk onevenredig* is ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel.

"[...] Het hof laat hierbij in het midden de vraag of een Experimenteerregeling als beoogd per saldo en feitelijk de toegang tot of operationele capaciteit van een luchthaven 'vermindert' in de zin van artikel 2 sub 6 van de Geluidsverordening (de Staat meent van niet, IATA c.s. menen van wel). Over deze vraag kan het hof in het kader van dit kort geding geen oordeel geven. Vast staat dat in de afgelopen jaren wisselende aantallen vliegtuigbewegingen zijn uitgevoerd, in het topjaar 2019 bijna 500.000, en dat in louter technische zin de luchthaven Schiphol meer dan 500.000 vliegtuigbewegingen aan kan, zoals de luchtvaartmaatschappijen hebben aangevoerd en RSG heeft bevestigd. Dat is echter niet voldoende. De vraag of de Experimenteerregeling per saldo leidt tot vermindering van de capaciteit in de zin van de Geluidsverordening vergt nader onderzoek naar, onder meer, de methode van omrekening van grenswaarden in combinatie met preferentieel baangebruik naar aantal vliegtuigbewegingen, terwijl ter zitting in hoger beroep is gebleken dat partijen aangaande de cijfers diepgaande verschillen van inzicht hebben, over meerdere aspecten. [...]"

- 4.95 Met een eerste klacht betogen IATA c.s. dat dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. De stellingen van partijen zouden zich niet anders laten lezen dan dat partijen er niet van mening over verschillen dat het NNHS (en de door RSG op basis daarvan vast te stellen capaciteitsdeclaratie) bepalend zijn voor de 'bestaande', 'feitelijke' capaciteit die tot uitgangspunt dient om te kunnen bepalen of sprake is van een feitelijke vermindering van de capaciteit. Ook zijn partijen het er volgens IATA c.s. over eens dat de voorgenomen Experimenteerregeling een capaciteitsbeperking in de zin van de Geluidsverordening vormt ten opzichte van de bestaande operationele capaciteit van 500.000 vliegtuigbewegingen.
- 4.96 De klacht faalt wegens gebrek aan feitelijke grondslag. De Staat heeft het hiervóór weergegeven standpunt *niet* ingenomen op de door IATA c.s. aangewezen vindplaatsen. De Staat heeft, ook op de aangewezen plaatsen, juist betoogd dat *niet* een vergelijking moet worden gemaakt met de 500.000 vliegbewegingen uit het NNHS, maar met de – aanzienlijk lagere – aantallen uit het LVB 2003 (maximum 410.000 vtb's). Ik citeer uit de spoedappeldagvaarding van de Staat (lay-out als in het origineel):

"4 Grief 2 – ten onrechte heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het NNHS [...] het vigerend regime is met het oog op eventuele exploitatiebeperkingen

4.10 Het enige vigerende regime met betrekking tot de maximale toegestane grenswaarden voor geluid in de handhavingspunten is dus, ook ten tijde van het anticiperend handhaven, het LVB 2008. [...].

4.11 Het voorgaande voert tot de conclusie dat het NNHS nooit daadwerkelijk is geïmplementeerd en dus nooit kwalificeerde als het juridisch regime. Geïmplementeerd kunnen aan het NNHS dus niet meer rechten ontleen, dan, bijvoorbeeld, omwonenden aan het vigerende juridische regime. Door het NNHS als vertrekpunt te nemen voor de beoordeling of sprake is van een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening heeft de voorzieningenrechter dit miskend.

7 Grief 5 – de Experimenteerregeling leidt niet tot een exploitatiebeperking

7.2 [...] Het slagen van Grief 2 brengt reeds mee dat de conclusie in rov. 4.39, dat de Experimenteerregeling een (nieuwe) exploitatiebeperking oplevert, niet in stand kan blijven. Nu de luchtvaartmaatschappijen geen aanspraak kunnen maken op het (blijven) gedogen van maximaal 500.000 vliegtuigbewegingen, levert de voorgenomen invoering van de Experimenteerregeling die naar verwachting [...] 460.000 vliegtuigbewegingen mogelijk maakt vanzelfsprekend geen exploitatiebeperking op."

- 4.97 Ook in cassatie stelt de Staat zich (veelvuldig) op het standpunt dat het voor het antwoord op de vraag of de voorlopige Experimenteerregeling een exploitatiebeperking in de zin van

de Geluidsverordening behelst, aankomt op een vergelijking tussen hetgeen die Experimenteerregeling voorschrijft en het striktere regiem van de LVB 2008 dat formeel nog steeds van kracht is. Of dat standpunt van de Staat inhoudelijk juist is, is een andere vraag, die niet in het subonderdeel wordt opgeworpen.

- 4.98 De tweede klacht van het subonderdeel is een voortbouwklacht. Volgens IATA c.s. kan het hier bestreden oordeel geen stand houden indien subonderdeel 3.7 en/of subonderdeel 3.8 slaagt. Deze klacht deelt dus in het lot van die beide andere subonderdelen, welke om de hierna te noemen redenen niet slagen. Daarom faalt de klacht.

- Subonderdeel 3.6

- 4.99 Subonderdeel 3.6 bestaat uit twee klachten. De eerste klacht houdt in dat het oordeel van het hof onjuist is omdat het de in subonderdeel 1.3 verdedigde rechtsopvatting miskent. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, zo begint de tweede klacht, is het oordeel onbegrijpelijk gelet op een aantal stellingen die ook in het kader van subonderdeel 1.3 zijn aangevoerd.
- 4.100 Zowel de rechtsklacht als de motiveringsklacht faalt. In essentie wordt het betoog dat is gevoerd in het kader van subonderdeel 1.3 (geen effectieve bescherming rechten IATA c.s.) herhaald. De klacht faalt in het voetspoor daarvan.
- 4.101 Verder zou het hof niet (kenbaar) een trits aan stellingen van IATA c.s. hebben betrokken bij zijn oordeel in rov. 4.19. Die zouden ertoe kunnen leiden dat het effectiviteitsbeginsel ertoe noopt dat het hof het geschilpunt niet onbeoordeeld had kunnen laten.
- 4.102 Ook deze klacht faalt. Het oordeel van het hof dat geen sprake is van een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening is uitdrukkelijk *niet* gebaseerd op het antwoord op de vraag of er wel of niet vermindering van de operationele capaciteit van Schiphol valt te verwachten. Omdat een oordeel over het geschilpunt volgens het hof in het midden kon worden gelaten, hoefde het hof niet in te gaan op de bedoelde stellingen van IATA c.s. Overigens zien de meeste van de in voetnoot 38 van de procesinleiding genoemde stellingen niet op capaciteitsvermindering en zijn deze stellingen aangevoerd in een ander kader (namelijk: welke maatstaf moet worden aangelegd bij toetsing van de voorgenomen Experimenteerregeling). Uitzondering hierop vormen de aangewezen stellingen in de memorie van antwoord van KLM c.s., maar die stellingen zien dan weer niet op effectieve rechtsbescherming of het effectiviteitsbeginsel, terwijl in cassatie op deze stellingen wel als feitelijke grondslag beroep is gedaan.

3.4 Bespreking van de klachten tegen rov. 4.20

- 4.103 In rov. 4.20 overweegt het hof dat het voornemen om te stoppen met het anticiperend handhaven niet als exploitatiebeperking is aan te merken en daarom niet is onderworpen aan de *balanced approach*:

“4.20 Het door de Staat geuite voornemen om te stoppen met het anticiperend handhaven behelst in wezen een intrekking van het eerder gevolgde gedoogbeleid, waarbij de in het LBV 2008 neergelegde grenswaarden voor de geluidbelasting niet onverkort werden gehandhaafd. Naar het oordeel van het hof kan het voornemen van een bevoegde autoriteit om eerder in wetgeving

vastgelegde grenswaarden voor de geluidbelasting te gaan handhaven niet worden aangemerkt als een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening. De Geluidsverordening kan, gelet op haar doelstelling en systematiek niet de strekking hebben en dus ook niet erop gericht zijn dat de bevoegde autoriteit ertoe wordt verplicht om voorgenomen handhavingsmaatregelen dan wel handhavingsbeleid eerst voor te leggen aan de Europese Commissie en alle lidstaten en daarvoor de uitgebreide *balanced approach* procedure te doorlopen. Een ander aanknopingspunt hiervoor is terug te vinden in artikel 14 van de Geluidsverordening dat uitdrukkelijk voorziet in het respecteren van reeds op 13 juni 2016 bestaande geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen."

- Subonderdeel 3.7

- 4.104 IATA c.s. klagen dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het voornemen van een bevoegde autoriteit om eerder in wetgeving vastgelegde grenswaarden voor de geluidbelasting te gaan handhaven, niet kan worden aangemerkt als een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening. IATA c.s. voeren hiervoor de volgende redenen aan:
- De term (operationele) 'capaciteit' is een Unierechtelijk begrip en staat niet ter vrije invulling van het hof. De term ziet op de door lidstaten op grond van de Slotverordening vastgestelde slotcoördinatieparameters, althans op de feitelijke capaciteit waarvoor slots konden worden uitgegeven, althans de operationele capaciteit die in de afgelopen jaren is vastgesteld en toegekend.
 - De *balanced approach* moet worden doorlopen voor elke geluidsgelateerde actie die de toegang tot of de operationele capaciteit van een luchthaven vermindert. De begrippen 'geluidsgelateerde actie' en 'exploitatiebeperking' (art. 2, aanhef en onder 5 en 6, Geluidsverordening) moeten ruim worden uitgelegd. Het oordeel van het hof laat zich niet rijmen met een dergelijke ruime uitleg.
- 4.105 Ik stel voorop dat voor zover IATA c.s. ervan uitgaan dat het hof in rov. 4.20 de term 'capaciteit' zou invullen, hun betoog feitelijke grondslag mist. Dat doet het hof namelijk niet.
- 4.106 Het LVB 2008 wordt sinds (eind) 2015 anticiperend gehandhaafd. Dit betekent in de kern dat bepaalde overschrijdingen van de grenswaarden per handhavingspunt worden gedoogd. Dat is gedaan met het oog op toekomstige legalisatie (zie 2.16) en vormt een uitzondering op de in het bestuursrecht geldende beginselplicht tot handhaving.¹⁰⁹ Zoals het hof in rov. 4.27 (slot) overweegt, is die rechtvaardiging voor het gedogen weggefallen. Door te stoppen met het anticiperend handhaven, wordt in wezen 'slechts' teruggekomen van het gevoerde gedoogbeleid (rov. 4.20 en 4.26). Op het eerste gezicht valt inderdaad niet goed in te zien hoe de beslissing dat een wettelijke norm zal worden gehandhaafd een 'exploitatiebeperking' zou vormen, zeker als die norm, zoals het LVB 2008, dateert van vóór 13 juni 2016, de datum van inwerkingtreding van de Geluidsverordening. In zoverre kan ik de door het hof gegeven redengeving in algemene zin goed volgen.
- 4.107 Niettemin meen ik dat, gelet op de gang van zaken in de periode tussen 2015 en 2023, de klacht moet slagen. De Staat heeft een situatie laten ontstaan waarin een significant grotere operationele capaciteit kon worden gebruikt dan naar de letter van de wet mogelijk was, door

¹⁰⁹ Zie Staatsraad A-G Wattel in punt 5.5 van zijn conclusie (ECLI:NL:RVS:2020:738) vóór ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571.

toe te staan dat het NNHS vanaf 2015 werd toegepast, dat de capaciteitsverklaringen daarvan uitgingen en daarom ook de slotallocatie daarop werd gebaseerd. In die omstandigheden vormt het terugdraaien daarvan een 'actie', die geluidsgerelateerd is, duidelijke gevolgen heeft voor de exploitatiemogelijkheden van luchtvaartmaatschappijen en dus een zelfstandige 'exploitatiebeperking' vormt, naast de Experimenteerregeling. De beslissing om na zeven jaar gedogen de handhaving van het LVB 2008 weer ter hand te nemen valt daarom onder de *balanced approach*. Dat in de praktijk – los van de coronaperiode – het maximaal toegestane aantal van 500.000 vliegtuigbewegingen kennelijk niet wordt gehaald door gebrek aan personele middelen of om andere redenen, maakt de beoordeling niet anders.

- 4.108 Daar komt bij dat de samenhang tussen de twee voorgenomen maatregelen zodanig is (zie ook 4.79) dat niet goed voorstelbaar is dat de Experimenteerregeling wél onder de *balanced approach* zou vallen, maar de beslissing het gedogen te stoppen niet. Nu ik hiervoor heb toegelicht waarom mijns inziens de Experimenteerregeling niet van de *balanced approach* is uitgezonderd, zou dat al een reden zijn om hetzelfde aan te nemen voor de beslissing het anticiperend handhaven te beëindigen. Ik voeg daar met enige nadruk aan toe, dat de toepassing en het doorlopen van de *balanced approach* uiteraard niet betekent dat een voorgenomen 'actie' niet zou kunnen worden gerechtvaardigd. Dat moet juist in het kader van die procedure worden beoordeeld.
- 4.109 In dit verband merk ik nog op dat de ruime reikwijdte van het begrip 'exploitatiebeperking' en daarmee van de werkingssfeer van de *balanced approach* het lidstaten niet eenvoudig maakt om maatregelen ter vermindering van geluidbelasting en (andere) milieubelasting door te voeren. Mogelijk was dit ook de bedoeling, toen in internationale luchtvaartgremia de *balanced approach* werd ontwikkeld. Bezien in wijder verband is dit fenomeen kenmerkend voor het inherent liberale karakter van de Europese interne markt. Zo lang aanbieders meer vrijheden en consumenten meer keuze krijgen, is er juridisch weinig aan de hand. Maar zodra wordt gepoogd die commerciële en consumptieve vrijheid ook maar iets te beperken, stuit dat al snel op hevig verzet, waarbij niet zelden zwaar wordt geleund op juridische argumenten.¹¹⁰ De bewijslastverdeling is daarbij ongunstig voor de nationale overheden, waardoor zij in de onderhavige context van de luchtvaart een *uphill battle* moeten leveren om noodzakelijk geachte milieumaatregelen aanvaard te krijgen. Naar mate echter duidelijker wordt dat de grenzen van de groei zijn bereikt, zou de Commissie naar mijn mening de krimp van luchthavens niet als iets op voorhand onwenselijk moeten beschouwen, maar vooral oog moeten hebben (op microniveau) voor de noden van de leefomgeving rond een luchthaven en (op macroniveau) voor de uitdagingen van de klimaatverandering. Als een bepaalde krimp van het vliegverkeer onvermijdelijk is, zou de Commissie er dan ook vooral op moeten toezien dat de commerciële pijn die daar het gevolg van is op non-discriminatoire wijze wordt verdeeld over de luchtvaartmaatschappijen die de betrokken luchthaven (willen) gebruiken. Kortom, ervoor zorgen dat de schaarser wordende koek eerlijk wordt verdeeld in plaats van ernaar te streven de koek groter te maken.

- Subonderdelen 3.8 en 3.9

¹¹⁰ Een illustratie hiervan geeft het gedegen artikel van T.N. Buissing, 'Challenging the 'Balanced Approach to Aircraft Noise Management' Principle: Will the Dutch Approach Stand or Will the Principle Prevail?', *Air and Space Law* 2024/1.

- 4.110 Het oordeel dat het voorgenomen beëindigen van het anticiperend handhaven geen exploitatiebeperking vormt, is volgens IATA c.s. bovendien onjuist althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Zij voeren daarbij een serie argumenten aan (onder a t/m i). Het gaat – samengevat – om:
- verwijzingen naar uitspraken en documenten waaruit volgt dat al sinds 2015 wordt uitgegaan van een capaciteit van 500.000 vliegtuigbewegingen, dat dit aantal met een tussenstap naar beneden moet worden bijgesteld, en dat voor die tussenstap de *balanced approach*-procedure zou moeten worden doorlopen (onder a t/m e); en
 - in essentie een beroep op het vertrouwensbeginsel, omdat wordt betoogd dat na alle jaren van anticiperend handhaven het niet zo kan zijn dat wordt teruggevallen op het LVB 2008 (onder f t/m i).
- 4.111 Ik stel voorop dat het hof in rov. 4.20 een rechtsoordeel geeft. Het geeft daar immers een uitleg van de Geluidsverordening. Een dergelijk oordeel kan niet met succes met een motiveringsklacht worden betreden. Bij zo'n klacht ontbreekt belang.¹¹¹ Daarop stuit deze klacht al af. Ook overigens zie ik de klacht niet slagen. Nu de rechtsklacht van subonderdeel 3.7 wel slaagt, doet dit er verder ook weinig toe.
- 4.112 In het licht van het voorgaande heeft subonderdeel 3.9 mijns inziens geen behandeling. Daarin klagen IATA c.s. dat het oordeel van het hof dat in wezen sprake is van het intrekken van gedoogbeleid omdat de Staat voornemens is om de normen uit het LVB 2008 (weer) te handhaven, niet afdoet aan wat in subonderdelen 3.7 en 3.8 is betoogd.
- Subonderdeel 3.4
- 4.113 Met subonderdeel 3.4 vallen IATA c.s. het oordeel van het hof aan het slot van rov. 3.20 aan dat art. 14 van de Geluidsverordening voorziet in het respecteren van op 13 juni 2016 bestaande geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen. *Ten eerste* achten zij dit oordeel onjuist voor zover het hof miskent dat art. 14 slechts inhoudt dat geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen die werden ingevoerd vóór 13 juni 2016, hun geldigheid behouden. *Ten tweede* miskent het hof in ieder geval dat art. 14 strikt moet worden uitgelegd. Deze bepaling geldt alleen voor exploitatiebeperkingen die daadwerkelijk feitelijk worden gehandhaafd. Verder doet art. 14 er niet aan af dat de *balanced approach*-procedure moet worden doorlopen voor een wijziging in het handhavingsbeleid ná 13 juni 2016 die leidt tot een feitelijke exploitatiebeperking.
- 4.114 De klacht slaagt niet omdat datgene waarover wordt geklaagd duidelijk wordt meegewogen in rov. 4.21, waar het hof overweegt:
- “4.21 Het hof verwierpt het betoog van IATA c.s. dat het NNHS het uitgangspunt vormt om te kunnen bepalen of sprake is van een nieuwe exploitatiebeperking. Vaststaat dat het NNHS breed gedragen was en lange tijd gold als het beoogde systeem voor regulering van de geluidbelasting van Schiphol. Tegelijkertijd golden nog altijd de grenswaarden uit het LVB 2008, die ook van kracht waren op 13 juni 2016. De door het anticiperend handhaven in het leven geroepen' gedoogsituatie,

¹¹¹ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/185.

vooruitlopend op verankering van het NNHS, is naar zijn aard tijdelijk. De Staat heeft onweersproken gesteld dat deze tijdelijke situatie (ook) in strijd is met verschillende Unierechtelijke (milieu)voorschriften, waaronder het vereiste van een natuurvergunning en een geldige MER. Niet aannemelijk is dat de Geluidsverordening beoogt rechten en aanspraken te verlenen op basis van een dergelijke tijdelijke feitelijke situatie die in werkelijkheid illegaal was en is, ook al werd deze vooruitlopend op verankering van het NNHS gedoogd."

3.5 Bespreking van de klachten tegen rov. 4.21

- 4.115 Rov. 4.21, dat ik zojuist heb geciteerd, gaat over de vraag wat het vergelijkingspunt is om uit te maken of sprake is van een nieuwe exploitatiebeperking.

- Subonderdeel 3.10

- 4.116 Volgens IATA c.s. doet de laatste zin van rov. 4.21 niet af aan wat in de subonderdelen 3.7 en 3.8 is verdedigd: niet het LVB 2008, maar de (met toepassing van het NNHS) vastgestelde operationele capaciteit is het uitgangspunt voor de vraag of sprake is van een exploitatiebeperking in de zin van de Geluidsverordening. Voor de uitleg van art. 2, aanhef en onder 6, Geluidsverordening, en in het bijzonder de woorden 'operationele capaciteit', is niet (althans niet zonder meer) relevant of gehandeld is in strijd met enige regel bij de onder de Slotverordening opgegeven operationele capaciteit.
- 4.117 De klacht faalt. Naar ik begrijp betogen IATA c.s. dat het oordeel in rov. 4.21 niet afdoet aan hun eigen argumenten ter bestrijding van rov. 4.20. Bij dat betoog bestaat geen belang, omdat het niet tot cassatie kan leiden. Het arrest wordt met deze klacht niet aangevallen. Het betoog heeft evenmin een functie in de ondersteuning van de klachten in subonderdelen 3.7 en 3.8, die op andere gronden falen.
- 4.118 Het oordeel in de laatste zin van art. 4.21 zou verder onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zijn, nu in deze procedure vaststaat dat de natuurvergunning op korte termijn voor het NNHS zal worden verleend (zie de niet met grieven bestreden rov. 4.43 van het vonnis) en in het licht van de stellingen van IATA c.s. waaruit blijkt dat de actualisatie van de milieueffectrapportage (MER) geen obstakel voor de wettelijke verankering van het NNHS vormt. Bovendien valt volgens IATA c.s. niet in te zien dat de situatie onder het LVB 2008 en/of de voorgenomen Experimenteerregeling ten aanzien van de door het hof genoemde (milieu)voorschriften relevant anders is. Dit is niet (mede) dragend voor het oordeel dat niet moet worden uitgegaan van NNHS maar van LVB 2008.
- 4.119 Deze klacht treft geen doel. Het betreft een motiveringsklacht gericht tegen een rechtsoordeel, namelijk dat het niet aannemelijk is dat de Geluidsverordening beoogt rechten en aanspraken te verlenen op basis van een tijdelijke feitelijke situatie die in werkelijkheid illegaal was en is. Dat oordeel is juist, wat er ook zij van de motivering ervan. Tot een ander oordeel kan een motiveringsklacht niet leiden.¹¹²

3.6 Bespreking van procedurele klachten

- Subonderdeel 3.10a (aanvullende procesinleiding)

¹¹² B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/113.

- 4.120 De klachten van dit subonderdeel zijn gericht tegen een ter zitting genomen beslissing van het hof op een bezwaar van IATA c.s. tegen een bepaalde passage uit de pleitnota van de Staat. Ik citeer hierna de relevante punten uit die pleitnota én uit het proces-verbaal van de zitting van 21 juni 2023:

- Pleitnota Staat (cursivering, onderstreping in origineel):

"Géén effectieve doorwerking van Unierecht als de Geluidsverordening altijd vóór zou gaan

3.23 Tot slot is dit niet louter een kwestie van "gaat Europees recht vóór op het gedogen van een overtreding naar nationaal recht". Het verhogen van de capaciteit zonder daarvoor de vereiste procedures daadwerkelijk te doorlopen is net zo goed in strijd met Europeesrechtelijke verplichtingen. Zo is voor het LVB NNHS nog geen actueel m.e.r. beschikbaar (strijdigheid met de SMB-richtlijn); is nog geen Wnb-vergunning verleend (strijdigheid met de Habitatrichtlijn); en bestaat nu niet voor alle belanghebbenden inspraak en een rechtsgang over het vaststellen van het LVB NNHS (strijdigheid met het Verdrag van Aarhus), omdat het LVB NNHS nog niet *is* vastgesteld.

3.24 De luchtvaartmaatschappijen volgend, zou de illegale situatie vanwege de Geluidsverordening ook vóór moeten gaan op de verplichtingen die voor de Staat voortvloeien uit andere bronnen van Europees recht. Dat de Geluidsverordening in alle gevallen voor zou moeten gaan op de genoemde Europese richtlijnen, waarmee belangrijke milieudoelstellingen moeten worden bereikt, heeft geen enkele grondslag. Artikel 11 van het EU-Werkingsverdrag schrijft juist voor dat de Staat wanneer uitvoering wordt gegeven aan EU-beleid, waaronder het toepassing geven aan verordeningen, de Staat de Europese eisen inzake milieubescherming daarin moet integreren. Simpel gezegd, er kan helemaal geen toepassing gegeven worden aan de Geluidsverordening als dit betekent dat daardoor strijd ontstaat met de verplichtingen in de SMB-richtlijn of de Habitatrichtlijn. De luchtvaartmaatschappijen presenteren dit vooral als een probleem van de Staat, maar feit is 500.000 vliegtuigbewegingen alleen mogelijk zijn op basis van een niet vastgesteld LVB NNHS waarvoor niet alle vereiste Unierechtelijke procedures zijn doorlopen en toestemmingen zijn verleend."

- Proces-verbaal zitting in hoger beroep (p. 6):

"Namens IATA c.s. is een pleitnota voorgedragen [...] en aanvullend is – zakelijk weergegeven – verklaard:

- [...]

- [...]

- N.a.v. 3.23 en 3.24 pleitnota Staat: het standpunt dat de huidige situatie in strijd is met het Unierecht is een ontoelaatbare nieuwe grief waar wij bezwaar tegen maken. Wij kunnen ook moeilijk verweer voeren tegen deze algemene opmerking. Verder wordt de schijn gewekt dat de Geluidsverordening zou moeten wijken voor milieuwetgeving. De Geluidsverordening is echter ook milieuwetgeving.
[...]."

- Proces-verbaal (p. 9):

"Het hof wijst na beraad het bezwaar van IATA c.s. tegen de punten 3.23 en 3.24 van de pleitnota van de Staat af. Het hof acht dit geen met de tweeconclusieregel strijdige nieuwe grief. Wat de Staat hier naar voren brengt valt binnen de reikwijdte van het door de grieven ontsloten gebied; het ligt voldoende besloten in de grieven zoals die eerder zijn geformuleerd."

- 4.121 Volgens IATA c.s. is het oordeel van het hof, zoals weergegeven in het laatste citaat, onjuist dan wel onbegrijpelijk. Het hof miskent de tweeconclusieregel (subonderdeel 3.10a.1).

Bovendien had het hof, naar aanleiding van wat ter zitting door IATA c.s. is gesteld (IATA c.s. kan zich daartegen ter zitting niet verweren), moeten beoordelen of de desbetreffende stellingen van de Staat strijd opleveren met de goede procesorde. Dat heeft het hof ofwel miskend, ofwel zijn oordeel is onvoldoende gemotiveerd (subonderdeel 3.10a.2). Verder richten IATA c.s. hun pijlen op rov. 4.21 van het bestreden arrest waar het hof overweegt dat de Staat onweersproken heeft gesteld dat deze tijdelijke situatie (ook) in strijd is met verschillende Unierechtelijke (milieu)voorschriften, waaronder het vereiste van een natuurvergunning en een geldige MER. Deze stelling mocht het hof volgens het middel niet meewegen wegens strijd met de tweeconclusieregel en de goede procesorde, en in ieder geval met de eisen van hoor en wederhoor omdat IATA c.s. geen reële mogelijkheid hadden om daarop te reageren (subonderdeel 3.10a.3).

- 4.122 Ik meen dat deze klachten al in de procesinleiding hadden kunnen worden aangevoerd. IATA c.s. waren bekend met punten 3.23-3.24 van de pleitnota van de Staat en met rov. 4.21 van het bestreden arrest. In de procesinleiding hadden IATA c.s. dus al een klacht kunnen richten tegen rov. 4.21, met als strekking dat de stelling niet (als onweersproken) mocht worden meegewogen vanwege strijd met de tweeconclusieregel, de goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor. Daar hadden IATA c.s. het proces-verbaal niet voor nodig¹¹³, waarbij bovendien moet worden bedacht dat IATA c.s. ook al bekend waren met hun eigen bezwaar en de beslissing daarop ter zitting. IATA c.s. kunnen dus niet worden ontvangen in de bij de aanvullende procesinleiding door hen aangevoerde klachten.
- 4.123 Overigens meen ik dat het betoog van IATA c.s. geen hout snijdt. De punten 3.23 en 3.24 in de pleitnota van de Staat passen in het debat dat partijen in hoger beroep hebben gevoerd. Alle klachten stuiten daarop af.
- Subonderdelen 3.11 en 3.12
- 4.124 In subonderdeel 3.11 formuleren IATA c.s. drie klachten.
- 4.124.1 Ten eerste klagen IATA c.s. dat het hof zijn verplichting op grond van art. 24 Rv heeft miskend. Er is namelijk niet geoordeeld over (en dus niet op de grondslag van) de stelling van IATA c.s. dat niet aan de voorschriften van art. 5 lid 1 t/m 3 en 6 lid 1 van de Geluidsverordening is voldaan en dat de voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend handhaven daarom niet zijn toegestaan.
- 4.124.2 Ten tweede, indien het hof van oordeel is dat het deze stelling niet hoefde te beoordelen omdat deze niet tot toewijzing van de vordering kon leiden, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of heeft het een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan die stelling. Het standpunt van IATA c.s. houdt duidelijk in dat, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van een exploitatiebeperking, de maatregelen hoe dan ook alleen toelaatbaar zijn als is voldaan aan de vereisten van de genoemde bepalingen uit de Geluidsverordening.

¹¹³ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/263: "Aan klachten die de verzoeker ook zonder van het proces-verbaal te hebben kennisgenomen binnen de cassatietermijn had kunnen aanvoeren, gaat de Hoge Raad voorbij." onder verwijzing naar HR 20 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6561, NJ 1980/156 (*Faillissement De Vries*) en HR 22 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4459, NJ 1982/645 (*Van Beek*). Zie ook B.T.M. van der Wiel m.m.v. M.M. Stolp, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/212 met in voetnoot 39 nadere verwijzingen.

- 4.124.3 Ten derde, indien in het slot van rov. 4.19 een verwerping van dit betoog moet worden gelezen, geldt dat dit oordeel onjuist is of onvoldoende gemotiveerd. Naast de klachten over de te hanteren maatstaf (vgl. onderdeel 1), geldt dat de verplichtingen in art. 5 lid 1 en art. 6 lid 1 van de Geluidsverordening (kort gezegd: om vast te stellen of er een geluidsprobleem is moeten lidstaten de Richtlijn Omgevingslawaai volgen) duidelijk zijn. Een vastgestelde regeling die daarmee in strijd is, dient dan ook als onmiskenbaar onverbindend buiten werking te worden gesteld.
- 4.125 De klachten falen. Het hof heeft geoordeeld, zowel voor de Experimenteerregeling (rov. 4.19) als voor het stoppen van het anticiperend handhaven (rov. 4.20) dat de *balanced approach* niet hoefde te worden toegepast. Het hof heeft dus, anders dan het subonderdeel aanvoert, daarover een oordeel gegeven. Of dat oordeel inhoudelijk juist is, staat los van de hier aangevoerde klachten. Hierop stuiten alle klachten af. De derde klacht faalt mede om de redenen die ik heb genoemd bij de bespreking van de klachten in onderdeel 1.
- 4.126 In subonderdeel 3.12 klagen IATA c.s. – samengevat – dat ‘in het licht van het voorafgaande’ ook onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is het oordeel in rov. 4.19 dat in dit kort geding geen oordeel kan worden gegeven over de vraag of een Experimenteerregeling als beoogd per saldo en feitelijk de toegang tot of operationele capaciteit van de luchthaven vermindert (in de zin van art. 2, aanhef en onder 6, Geluidsverordening). Het staat vast dat de Staat niet overeenkomstig art. 5 lid 1 en art. 6 lid 1 van de Richtlijn Omgevingslawaai heeft gevolgd. Daarom had het hof als uitgangspunt moeten nemen dat sprake is van een vermindering in de zin van art. 2, aanhef en onder 6, van de Geluidsverordening.
- 4.127 Voor zover IATA c.s. hiermee voortbouwen op subonderdeel 3.11 faalt de klacht in het kielzog van de klachten in dat onderdeel. Voor zover IATA c.s. betogen dat het hof op basis van een schending van art. 5 en 6 van de Geluidsverordening geen waarde had mogen toekennen aan de cijfers van de Staat (maar het standpunt van IATA c.s. had moeten volgen), zien zij eraan voorbij dat het hof geen oordeel geeft over de ‘vermindervingsvraag’ en overweegt dat nader onderzoek nodig is.

3.6 Slotsom onderdeel 3

- 4.128 De subonderdelen 3.2, 3.3 en 3.7 slagen. De *balanced approach* uit de Geluidsverordening is van toepassing op zowel de voorgenomen Experimenteerregeling als, in de omstandigheden van deze zaak (die zich kenmerkt door een lange periode waarin de van kracht zijnde wettelijke normen niet zijn gehandhaafd en nieuwe maar niet van kracht geworden normen zijn toegepast), op het stoppen met gedogen. De subonderdelen 3.1, 3.4, 3.5, 3.10 en 3.10a falen. In het licht van de slagende klachten behoeven de subonderdelen 3.5, 3.6, 3.8, 3.9, 3.11 en 3.12 geen bespreking. Worden zij wel besproken, dan falen zij.

Onderdeel 4 (Verdrag van Chicago en EU-VS Open Skies Verdrag)

4.1 Inleiding

- 4.129 Dit onderdeel bestaat uit zeven subonderdelen tegen rov. 4.22, die luidt:

“Het Verdrag van Chicago en het Open Skies Verdrag

4.22 Voor zover IATA c.s. zich eveneens hebben beroepen op Standard 5.1 en 5.2 van Annex 16, Volume I, deel V bij het Verdrag van Chicago en andere onderdelen van dat verdrag en het Open Skies Verdrag merkt het hof op dat het hier slechts gaat om een experiment voor een jaar. Los van de vraag of IATA c.s. zich kunnen beroepen op deze verdragsbepalingen geldt dat de Staat zich, naar mag worden aangenomen, bewust is van zijn verantwoordelijkheden vis à vis zijn verdragspartners en daarmee dus in een nader LVB rekening zal houden. Intussen is algemeen geaccepteerd dat tijdelijke maatregelen die al dan niet in de luchtvaart zo nu en dan genomen worden (zoals in tijden van pandemie, natuurverschijnselen etc.) niet snel geïnterpreteerd dienen te worden als verdragsschendingen. Het stoppen met anticiperend handhaven en het uitvoeren van een tijdelijk experiment, vastgelegd in een Experimenteerregeling, ter voorbereiding van nadere regelgeving (een nieuw LVB) die de verdragen respecteert, kan dan ook niet geacht worden een evidente verdragsschending te zijn. Dat Canada haar zorg heeft geuit doet daaraan niet af."

- 4.130 Ik merk direct op dat IATA c.s. niet klagen over de maatstaf die het hof hier aanlegt, namelijk dat sprake moet zijn van een *evidente* verdragsschending (zie de onderstreepte zin). Dit lijkt mij ook de juiste maatstaf, gelet op bijvoorbeeld de volgende overweging van de Hoge Raad in zijn arrest uit 2009 over de toenmalige 'vliegtax':¹¹⁴

"3.3 In dit kort geding heeft Barin, zoals hiervoor in 1 is vermeld, gevorderd de Staat, kort gezegd, te verbieden over te gaan tot heffing van vliegbelasting totdat bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak in een bodemprocedure is beslist dat de vliegbelasting niet in strijd is met art. 15 van het verdrag van Chicago. [...] Het hof heeft terecht als maatstaf voor de toewijsbaarheid van de vorderingen gehanteerd of de vliegbelasting onmiskenbaar in strijd is met het verdrag van Chicago."

- 4.131 Voordat ik de klachten bespreek, volgt een juridisch kader over de door het hof vermelde verdragen en over de rechtstreekse werking daarvan.

4.2 Juridisch kader internationale luchtvaartverdragen

Verdrag van Chicago¹¹⁵

- 4.132 Het Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart (het Verdrag van Chicago) heeft tot doel het internationale luchtvervoer te regelen. Dit verdrag werd op 7 december 1944 ondertekend en is voor Nederland op 25 april 1947 in werking getreden.¹¹⁶ Een authentieke versie is in de Engelse taal opgesteld.¹¹⁷ Het Verdrag van Chicago telt op dit moment 193 partijen. Alle EU-lidstaten zijn partij bij het verdrag. De EU zelf is dat niet.
- 4.133 Het Verdrag van Chicago voorziet in de oprichting van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (ICAO). Dit is een gespecialiseerd agentschap van de Verenigde Naties en is gevestigd te Montreal. De ICAO streeft ernaar de beginselen en technieken van de internationale luchtvaart te ontwikkelen en de planning en ontwikkeling van internationaal luchtvervoer te bevorderen. De ICAO-Raad, die bestaat uit 36 staten,¹¹⁸ is een permanent orgaan van de ICAO. De EU is op ad hoc basis waarnemer in dit orgaan.¹¹⁹

¹¹⁴ HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3450, NJ 2009/563 m.nt. M.R. Mok (onder NJ 2009/564) (BARIN/Staat).

¹¹⁵ Een uitgebreidere introductie biedt: A. Sipos (ed.), *Milde's International Air law and ICAO*, Den Haag: Eleven International Publishing 2023 (vierde editie), hoofdstuk 3.

¹¹⁶ Zie *Trb.* 1954, 18 (onder G).

¹¹⁷ Zie *Stb.* 1947, H 165 zoals gerectificeerd door *Trb.* 2016, 13.

¹¹⁸ Zie voor een overzicht: <https://www.icao.int/about-cao/Council/CouncilStates/Pages/default.aspx>

¹¹⁹ Zie hierover: https://transport.ec.europa.eu/transport-modes/air/international-aviation/european-union-icao_en

- 4.134 Tot de taken van de ICAO-Raad behoort de vaststelling van internationale normen en aanbevolen praktijken (art. 54 Verdrag van Chicago). Dit zijn handelingen met rechtsgevolgen. Zodra zij van kracht zijn, zijn zij bindend voor alle verdragsluitende staten. De normen en aanbevelingen worden vastgelegd in bijlagen bij het Verdrag van Chicago. Een bijlage of een amendement van een bijlage treedt in beginsel in werking binnen drie maanden na de voorlegging ervan aan de verdragsluitende staten van de ICAO.
- 4.135 Omdat bepaalde wijzigingen invloed (kunnen) hebben op de inhoud van Unieregeling zijn de EU-lidstaten niet langer bevoegd om over die onderwerpen zelfstandig internationale verbintenissen aan te gaan. Daartoe is de EU bevoegd, maar die is als gezegd geen partij bij het Verdrag van Chicago. Daarom wordt de onderhandelingsinzet van de EU-lidstaten in ICAO-verband op EU-niveau afgestemd. De Raad van de Europese Unie kan, op voorstel van de Commissie, daartoe een gezamenlijk standpunt vaststellen waar de EU-lidstaten aan gebonden zijn (art. 218 lid 9 VWEU).¹²⁰
- 4.136 Annex 16 van het Verdrag van Chicago ziet op omgevingsbescherming en bevat normen en aanbevolen werkwijzen op het gebied van geluidsregulering rondom luchthavens.¹²¹ De door het hof vermelde Standard 5.1 en 5.2 van Annex 16, Volume I, deel V schrijven voor geluidsproblemen de *balanced approach* voor:

"1. The balanced approach to noise management consists of identifying the noise problem at an airport and then analysing the various measures available to reduce noise through the exploration of four principal elements, namely reduction at source (Addressed in Part II of this Annex), land-use planning and management, noise abatement operational procedures and operating restrictions, with the goal of addressing the noise problem in the most cost-effective manner. All the elements of the balanced approach are addressed in the *Guidance on the Balanced Approach to Aircraft Noise Management* (Doc 9829).

2. Aircraft operating procedures for noise abatement shall not be introduced unless the regulatory authority, based on appropriate studies and consultation, determines that a noise problem exists."

De *balanced approach*-regeling in de Geluidsverordening is aan deze bepaling ontleend.

Overeenkomst inzake Luchtvervoer EU-VS

- 4.137 IATA c.s. beroepen zich verder op de Overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de EU en haar lidstaten enerzijds en de Verenigde Staten van Amerika anderzijds (hierna: **EU-VS Open Skies Verdrag**).¹²² Dit verdrag heeft de voorheen door veel EU-lidstaten op nationaal niveau afgesloten bilaterale verdragen met de Verenigde Staten vervangen.¹²³ De aanleiding hiervoor was rechtspraak van het HvJEU waarin werd bepaald dat de lidstaten niet langer bevoegd zijn om over de in die verdragen geregelde onderwerpen, waaronder met name het verlenen van verkeersrechten, op individuele basis verbintenissen aan te gaan met derde

¹²⁰ Zie voor een dergelijk besluit bijvoorbeeld: Besluit (EU) 2023/569 van de Raad van 9 maart 2023 betreffende het namens de Europese Unie in de Raad van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie in te nemen standpunt over voorstellen tot wijziging van Volumes I tot en met III van bijlage 16 bij het Verdrag van Chicago, inzake normen en aanbevolen praktijken op het gebied van milieubescherming, *PbEU* van 13 maart 2023, L 74/61.

¹²¹ Voor een uitgebreide beschrijving van deze annex verwijs ik naar: D. van het Kaar, *International Civil Aviation*, Den Haag: Eleven International Publishing 2019, p. 81-85.

¹²² Overeenkomst inzake luchtvervoer tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Verenigde Staten van Amerika, anderzijds (met Bijlagen, Gemeenschappelijke Verklaring en Memorandum van overleg), te Washington, 30 april 2007, *Trb.* 2007, 156, zoals gerectificeerd in *Trb.* 2008, 20 en *Trb.* 2010, 240.

¹²³ Zoals het Open Skies'- verdrag tussen Nederland en de VS uit 1992.

landen.¹²⁴ Het waren die over en weer verstrekte verkeersrechten die zorgden voor 'open skies' boven twee contractstaten.¹²⁵ Omdat niet alle onderwerpen die in het EU-VS Open Skies Verdrag worden geregeld tot de exclusieve bevoegdheid van de EU behoren, is dit een zogeheten 'gemengd verdrag'.¹²⁶ Dat betekent dat naast de EU ook elk van de EU-lidstaten partij is bij dat verdrag. Als gevolg daarvan moet het afsluiten van dergelijke verdragen, en het doorvoeren van daarin aangebrachte wijzigingen, door elk van de EU-lidstaten worden geratificeerd.

4.138 Het vierde lid van art. 3 ('Verlening van rechten') luidt:

"4. Elke Partij laat iedere luchtvaartmaatschappij vrij in de bepaling van frequentie en capaciteit van het internationaal luchtvervoer dat zij op basis van commerciële overwegingen op de markt aanbiedt. Overeenkomstig dit recht legt geen van beide Partijen eenzijdig beperkingen op met betrekking tot verkeersvolume, frequentie of regelmaat van de diensten dan wel ten aanzien van het vliegtuigtype of de vliegtuigtypes die door de luchtvaartmaatschappijen van de andere Partij wordt, c.q. worden gebruikt, noch eist zij indiening van dienstregelingen, programma's voor chartervluchten of operationele plannen door luchtvaartmaatschappijen van de andere Partij, tenzij dit mag worden geëist in verband met de douane of om technische, bedrijfs- of milieuredenen onder gelijke voorwaarden overeenkomstig artikel 15 van het Verdrag.

4.139 Deze bepaling verwijst dus naar art. 15 van dat verdrag. In het memorandum van overleg dat bij het verdrag is gevoegd, wordt met betrekking tot art. 15 opgemerkt:

"35. Wat betreft artikel 15 stelden de delegaties vast dat er over milieuaangelegenheden in de luchtvaart een internationale consensus moet komen in het kader van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (ICAO). In dit verband benadrukten zij dat het belang van het unanieme akkoord van de 35e vergadering van de ICAO over vliegtuiglawaai en -emissies (Resolutie A35-5). Beide partijen hebben beloofd die resolutie volledig te zullen naleven. Volgens deze resolutie moeten beide partijen het beginsel van de "evenwichtige aanpak" toepassen op maatregelen ter beheersing van de invloed van vliegtuiglawaai (ook beperkingen van de toegang voor vliegtuigen tot vliegvelden op bepaalde tijdstippen) en op heffingen voor emissies van vliegtuigmotoren op vliegveldniveau die gebaseerd zouden moeten zijn op de kosten van het beperken van de milieuschade door emissies van vliegtuigmotoren die duidelijk zijn aangetoond en rechtstreeks toegeschreven aan luchtvervoer. Beide partijen zeiden ook dat juridische verplichtingen op dit gebied, op internationaal, regionaal, nationaal of plaatselijk niveau, ook volledig moeten worden nageleefd. Voor de VS geldt als datum 5 oktober 2001 en voor de Europese Gemeenschap 28 maart 2002."

¹²⁴ Op 5 november 2002 wees het HvJ een serie arresten in inbreukprocedures (art. 258 VWEU) van de Commissie tegen het Verenigd Koninkrijk (C-466/98), Denemarken (C-467/98), Zweden (C-468/98), Finland (C-469/98), België (C-471/98), Luxemburg (C-472/98), Oostenrijk (C-475/98) en Duitsland (C-476/98). Later volgde een uitspraak tegen o.a. Nederland: HvJEU 24 april 2007, C-523/04, ECLI:EU:C:2007:244 (Commissie/Nederland). Zie voor een toelichting de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 23 mei 2008, *Kamerstukken I en II* 2007/08, 31 486, nr. 1; A.

¹²⁵ Deze bilaterale verdragen over verkeersrechten en daarmee samenhangende onderwerpen moeten niet worden verward met het Verdrag inzake het Open Luchtruim, gesloten te Helsinki op 24 maart 1992, *Trb.* 1993, 21 (Nederlandse vertaling) en in werking getreden op 1 januari 2002 (*Trb.* 2002, 2, onder G). Dit algemene Open Skies Verdrag bepaalt dat onder voorwaarden ongewapende luchtverkenning is toegestaan over het gehele grondgebied van de verdragstaten. Dit verdrag heeft voor de onderhavige zaak geen betekenis.

¹²⁶ Zie, ouder maar nog zeer lezenswaardig, A. Rosas, 'Mixed Union - Mixed Agreements', in: M. Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer Law International - 1998, p. 125-148 en, recenter, P.J. Kuijper in: *The Law of the European Union*, (eds. P.J. Kuijper a.o.), Kluwer Law International - 2018, par. 6 ('Mixed Agreements and mixed membership of international organizations'), p. 1248 e.v.

- 4.140 Door middel van een protocol¹²⁷ is het EU-VS Open Skies Verdrag per 5 mei 2022 gewijzigd.¹²⁸ Vanaf die datum luidt art. 15 ('Milieu'), voor zover hier relevant, als volgt:

"2 Wanneer een partij voorgestelde milieumaatregelen overweegt op regionaal, nationaal of lokaal niveau, dient zij de mogelijke nadelige gevolgen daarvan voor de uitoefening van de in deze Overeenkomst vervatte rechten te evalueren, en indien bedoelde maatregelen worden aangenomen, passende stappen te ondernemen om dergelijke nadelige gevolgen te verzachten. Op verzoek van een partij geeft de andere partij een beschrijving van deze evaluatie en van de verzachtende maatregelen.

3 Bij de vaststelling van milieumaatregelen moeten de door de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie in de bijlagen bij het Verdrag [van Chicago, A-G] vastgestelde milieunormen voor de luchtvaart worden gevolgd, tenzij mededeling is gedaan van verschillen. De partijen passen milieumaatregelen toe die van invloed zijn op de onder deze Overeenkomst vallende luchtdiensten overeenkomstig artikel 2 en artikel 3, lid 4, van deze Overeenkomst.

4 De partijen bevestigen nogmaals de verbintenis van de lidstaten en de Verenigde Staten van Amerika om het beginsel van de evenwichtige benadering toe te passen.

5 De volgende bepalingen zijn van toepassing met betrekking tot het opleggen van nieuwe verplichte geluidsgelateerde exploitatiebeperkingen op luchthavens met meer dan 50 000 bewegingen van civiele subsonische straalvliegtuigen per kalenderjaar:

- a. De bevoegde autoriteiten van een partij voorzien in de mogelijkheid om tijdens het besluitvormingsproces rekening te houden met de standpunten van belanghebbende partijen.
- b. Minstens 150 dagen vóór de inwerkingtreding van een nieuwe exploitatiebeperking wordt de andere partij daarvan in kennis gesteld. Op verzoek van die andere partij wordt haar onverwijld een schriftelijk verslag verstrekt waarin wordt uitgelegd waarom de exploitatiebeperking wordt opgelegd, welke milieudoelstellingen zijn vastgesteld voor de luchthaven en welke maatregelen in overweging zijn genomen om die doelstellingen te verwezenlijken. Het verslag bevat ook een beoordeling van de kosten en baten die waarschijnlijk verbonden zijn aan de diverse maatregelen die in overweging zijn genomen.
- c. Exploitatiebeperkingen mogen (i) niet discriminerend, (ii) niet restrictiever dan nodig is om de voor een specifieke luchthaven vastgestelde milieudoelstellingen te verwezenlijken, en (iii) niet arbitrair zijn."

- 4.141 In het memorandum van overleg dat bij het protocol is gevoegd, staat het volgende met betrekking tot het nieuwe art. 15 lid 4:

"15. Beide delegaties [bedoeld zijn: de EU-delegatie en de VS-delegatie; A-G] hebben opgemerkt dat de verwijzing naar een evenwichtige benadering in artikel 15, lid 4, verwijst naar Resolutie A35-5, die met eenparigheid van stemmen is goedgekeurd tijdens de 35ste algemene vergadering van de ICAO. De delegaties hebben benadrukt dat alle aspecten van het in die Resolutie vastgestelde beginsel van evenwichtige benadering relevant en belangrijk zijn, inclusief de erkenning dat "de wettelijke verplichtingen, bestaande overeenkomsten, geldende wetten en vastgestelde beleidsmaatregelen van staten een invloed kunnen hebben op de tenuitvoerlegging van de evenwichtige benadering door die staten".

16. Beide delegaties hebben benadrukt dat zij de toepassing van de door de ICAO opgestelde richtsnoeren inzake de evenwichtige benadering van vliegtuiggeluid (*Guidance on the Balanced Approach to Aircraft Noise*), die gepubliceerd zijn in ICAO-document 9829 (2de editie) ondersteunen."

¹²⁷ Protocol tot wijziging van de Luchtvervoersovereenkomst tussen de Verenigde Staten van Amerika en de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, te Brussel/Luxemburg, 24 juni 2010, *Trb.* 2010, 240 (onder B). Zie ook *PbEU* 2010, L 223, p. 3-19.

¹²⁸ *Trb.* 2022, 43.

- 4.142 Het EU-VS Open Skies Verdrag is namens de EU goedgekeurd bij Raadsbesluiten 2007/339 en 2010/465.¹²⁹ De bepalingen van dat verdrag vormen daarmee vanaf de inwerkingtreding daarvan een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie.¹³⁰ Nederland is dus langs twee wegen gebonden aan dit verdrag: als verdragspartij door de ratificatie ervan op nationaal niveau en als EU-lidstaat door de goedkeuringsbesluiten van de Raad.

Rechtstreekse werking bepalingen internationale verdragen

- 4.143 Nederland kent een monistisch stelsel. Daarin is de doorwerking van een regel van internationaal recht in belangrijke mate afhankelijk van de vraag of die regel rechtstreekse werking heeft. Art. 93 en 94 van de Grondwet bepalen:

"Artikel 93

Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.

Artikel 94

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties."

- 4.144 De vraag of een bepaling rechtstreeks werkt ('een ieder verbindend is') moet volgens de Hoge Raad als volgt worden beantwoord:¹³¹

"3.5.1 De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (Trb. 1972, 51, en 1985, 79). [...]

3.5.2 Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (vgl. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354).

3.5.3 Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking. (Vgl. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (SGP))"

¹²⁹ Besluit van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten van de Europese Unie van 25 april 2007, *PbEU* van 25 mei 2007, L 134, p. 1-3 en Besluit van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten van de Europese Unie van 24 juni 2010, *PbEU* van 25 augustus 2010, L 223, p. 1-2.

¹³⁰ HvJ (Grote Kamer) 21 december 2011, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864 (*Air Transport Association of America e.a.*), punt 79 (welke zaak ging over de uitbreiding van het Europese systeem voor CO₂-emissies (ETS) naar de luchtvaartsector), onder verwijzing naar HvJ 30 april 1974, 181/73, ECLI:EU:C:1974:41 (*Haegeman*), punt 5.

¹³¹ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12 m.nt. E.A. Alkema, AB 2015/21 m.nt. S. Philipsen & J.C. de Wit, JB 2014/224 m.nt. J.J.J. Sillen, AA 2015/305 m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/CAN, rookverbod*).

- 4.145 Voor internationale overeenkomsten die zijn gesloten door de Europese Unie geldt het volgende. Particulieren kunnen zich voor de rechter enkel op een bepaling uit zo'n overeenkomst beroepen als deze bepaling rechtstreekse werking heeft.¹³² Daarvan is sprake als de bepaling – gelet op de bewoordingen, en op het doel en de aard van de overeenkomst – een duidelijke en nauwkeurige verplichting bevat, waarvoor geen verdere handeling vereist is om de bepaling uit te voeren of om de bepaling te laten werken.¹³³ Een voorbeeld van zo'n duidelijke en nauwkeurige verplichting is art. 15 lid 3 van het EU-VS Open Skies Verdrag (waarvan de geldende versie is geciteerd in 4.140):¹³⁴

“95 De eerste zin van lid 3 van artikel 15 van de „Open Sky“-overeenkomst legt de overeenkomstsluitende partijen de verplichting op om de in de bijlagen bij het Verdrag van Chicago opgenomen milieunormen in acht te nemen, tenzij er mededeling is gedaan van verschillen. Dit laatste is geen voorwaarde voor de verplichting van de Unie om die normen in acht te nemen, maar een mogelijkheid van opheffing van die verplichting.

96 Deze zin is dus onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig [...].”

- 4.146 De rechtstreekse werking ziet dus op de verplichting om de in bijlagen bij het verdrag genoemde milieunormen in acht te nemen, wat niet noodzakelijkerwijs de verplichtingen zijn waarop luchtvaartmaatschappijen zich zullen willen beroepen. Hierna bespreek ik of de bepaling waar zij zich wel op beroepen, het huidige vierde lid van art. 15 waarin de toepassing van de *balanced approach* wordt bevestigd, rechtstreekse werking heeft.

4.3 Bespreking van de klachten

- Subonderdeel 4.1

- 4.147 Volgens IATA c.s. is onjuist het oordeel van het hof in rov. 4.22 dat het stoppen met anticiperend handhaven en het uitvoeren van een tijdelijk experiment ter voorbereiding van nadere regelgeving, geen evidente schending vormt van Annex 16 bij het Verdrag van Chicago en van art. 15 lid 4 van het EU-VS Open Skies Verdrag. Daartoe voert het middel vier klachten aan:

- Het hof heeft miskend dat de Staat Standard 5.1 en 5.2 van Annex 16 van het Verdrag van Chicago en art. 15 lid 4 van het EU-VS Open Skies Verdrag schendt door een exploitatiebeperking in te voeren zonder een geluidsprobleem (op de juiste wijze) te hebben vastgesteld en zonder de *balanced approach* te doorlopen.
- Het hof heeft ten onrechte niet het beroep van IATA c.s. op art. 18 van het EU-Canada Air Transport Agreement (hierna: **EU-Canada Verdrag**)¹³⁵ beoordeeld.
- Het hof heeft miskend dat genoemde verdragen geen mogelijkheid kennen om zonder het volgen van een *balanced approach*-procedure (i) al dan niet bij wijze van experiment een tijdelijke exploitatiebeperking door te voeren en (ii) dat op grond van

¹³² HvJ 12 december 1972, gevoegde zaken 21/72 t/m 24/72, ECLI:EU:C:1972:115 (*International Fruit Company*), punt 8.

¹³³ Vaste rechtspraak sinds HvJ 30 september 1987, 12/86, ECLI:EU:C:1987:400 (*Demirel*), punt 14 en HvJ 23 november 1999, C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574 (*Commissie/Portugal*), punt 42 e.v. (WTO-bepalingen hebben in beginsel geen rechtstreekse werking omdat zij berusten op het beginsel van wederkerigheid).

¹³⁴ HvJ (Grote Kamer) 21 december 2011, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, m.nt. W.T. Douma, *JOM* 2012/358 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Air Transport Association of America e.a.*). Zie ook B. Mayer in *CMLRev.* 2012 (49), p. 1113-1140.

¹³⁵ Art. 18 van dit verdrag heeft als titel 'Environment'

deze verdragen het stoppen met anticiperend handhaven moet worden gekwalificeerd als een exploitatiebeperking. Dat sprake is van een 'experiment van een jaar' kan niet een andere conclusie dragen.

- d. Voor zover het hof heeft verondersteld dat bij de vraag of de voorgenomen Experimenteerregeling een capaciteitsbeperking vormt niet moet worden uitgegaan van de capaciteit onder het NNHS c.q. de feitelijke operationele capaciteit, is dat oordeel onjuist om de redenen vermeld in subonderdeel 3.7.

4.148 De klachten onder a. en d. slagen om dezelfde redenen als subonderdelen 3.2 en 3.7, maar voegen daar niets wezenlijks aan toe.

4.149 De klacht onder b. faalt. In de procesinleiding zijn geen vindplaatsen gegeven van een beroep dat IATA c.s. zouden hebben gedaan op de in dit subonderdeel vermelde (specifieke) bepaling uit het EU-Canada Verdrag. Het hof noemt dit verdrag niet in het arrest en IATA c.s. wijzen alleen op passages waarin – mede gezien de presentatie als 'regelgevend kader' – geen beroep op deze specifieke bepaling is te lezen. Het gaat om de vindplaatsen genoemd in voetnoot 61 van de procesinleiding:

Zie: inleidende dagvaarding IATA en A4A c.s.:

"2 FEITEN EN REGELGEVEND KADER

[...]

2.2 Regelgevend kader voor maatregelen ter beperking van geluidsoverlast voor zover van belang voor dit geschil

2.2.1 Vrij luchtverkeer; Verdragen en EU-recht

[...]

20 De Luchtvervoersovereenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en Canada, anderzijds van 17 december 2009 ("**EU-Canada Air Transport Agreement**") (**Productie IATA 4**) bevat soortgelijke bepalingen. Zo volgt uit artikel 11 dat: [...] Ook artikel 13 bevestigt het principe van vrij luchtvaartverkeer: [...].

21 Zowel de EU-US Open Skies Agreement als de EU-Canada Air Transport Agreement onderkent het belang van milieubescherming en maakt mogelijk dat daartoe maatregelen worden getroffen, mits deze worden vastgesteld conform de standaarden en procedures van de ICAO, waaronder die inzake de Balanced Approach waar het gaat om geluidsoverlast.⁶

⁶ Zie artikel 15 EU-US Open Skies Agreement en artikel 18(5) EU-Canada Air Transport Agreement."

En: memorie van antwoord van IATA en A4A c.s.:

"2 DE FEITEN

2.1 Verdragen en Europese regelgeving

[...]

22. Zowel de EU-US Open Skies Agreement als de EU-Canada Air Transport Agreement onderkent het belang van milieubescherming en maakt mogelijk dat daartoe maatregelen worden

getroffen, mits deze worden vastgesteld conform de standaarden en procedures van de ICAO, waaronder die inzake de Balanced Approach waar het gaat om geluidsoverlast.¹⁵

¹⁵ Zie artikel 15 EU-US Open Skies Agreement en artikel 18(5) EU-Canada Air Transport Agreement.

[...]

3 DE GRIEVEN IN DEEL 1 VAN DE MVG: DE VOORGENOMEN REDUCTIE EN DE GELUIDSVERORDENING

3.5 Dient de rechter terughoudendheid te betrachten ten aanzien van het oordeel van de Staat dat de Geluidsverordening niet van toepassing is op spoor 1?

[...]

125. De Geluidsverordening is van toepassing op gevallen waarin de Staat beperkende maatregelen overweegt om de geluidsbelasting te beperken (geluidsgelateerde acties). Aan de verplichting om de bepalingen van de Geluidsverordening na te leven kan niet worden ontkomen door het standpunt in te nemen dat de beperkende maatregelen mede andere milieudoelen nastreven. Een andere opvatting zou de luchtvaartmaatschappijen en andere stakeholders van hun door het Europese recht beoogde bescherming beroven en in strijd zijn met de internationale verplichtingen van de Staat onder de Geluidsverordening, de EU-US Open Skies Agreement en de EU-Canada Air Transport Agreement."

- 4.150 In een (spoed)kortgeding als het onderhavige kan niet van het hof worden verwacht dat het deze passages expliciet in zijn overwegingen betreft, terwijl het hof de zorgen van Canada – (mede) gebaseerd op het EU-Canada Verdrag¹³⁶ – wel heeft geadresseerd in rov. 4.22, slot: "*Dat Canada haar zorg heeft geuit doet daaraan niet af.*" Voor zover in de procesinleiding de rechtsklacht moet worden gelezen dat het hof ambtshalve de bepaling in het EU-Canada Verdrag had moeten toepassen (zie repliek IATA c.s. onder 4.2), mist die klacht zijn doel gelet op dit impliciete oordeel van het hof.
- 4.151 Ook de klacht onder c. faalt. IATA c.s. doen klaarblijkelijk een beroep op de *balanced approach*, waar die is neergelegd in internationale instrumenten. Daargelaten dat IATA c.s. bij deze klacht geen belang hebben omdat, zoals hiervoor toegelicht, zij zich met succes kunnen beroepen op schending van de *balanced approach*-verplichtingen die voortvloeien uit de – rechtstreeks werkende – Geluidsverordening, faalt de klacht omdat de door het hof aangehaalde standaarden uit Annex 16 van het Verdrag van Chicago niet zijn neergelegd in rechtstreeks werkende bepalingen. Het hof laat dit weliswaar in het midden, maar dat betekent niet dat dit in cassatie vaststaat. Er is niet zoiets als een hypothetische *juridische* grondslag waarop de eiser in cassatie zich kan verlaten.¹³⁷ De juistheid van de betreffende stelling kan en zal zo nodig door de Hoge Raad worden beoordeeld.¹³⁸
- 4.152 Welnu, Standard 5.1 en 5.2 van Annex 16 bij het Verdrag van Chicago hebben geen directe werking. Standard 5.1 bevat een beschrijving van de *balanced approach*. Daaruit volgt niet

¹³⁶ Zie schriftelijke toelichting IATA c.s. 4.1.11 en 4.1.12: "*Zo valt te wijzen op wat Canada (onder meer) naar voren brengt over de verdragsverplichtingen: [...] "Limiting the number of aircraft movements would be inconsistent with the principle of an open capacity A[ir] transport] Agreement] (which Canada and the EU share)." onder verwijzing naar productie 27 IATA en A4A c.s., waarmee de consultatiereactie van Canada van 14 juni 2023 is overgelegd. Zie: https://www.internetconsultatie.nl/balanced_approach_schiphol/reactie/4d103394-c5ef-40ca-915a-baecca1a36b2.*

¹³⁷ A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/55.

¹³⁸ Zie bijv. HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4993, NJ 1985/867 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Holland/Korstanje I*). Zie ook schriftelijke toelichting Staat onder 5.9 e.v.

een verplichting voor de Staat waarop in rechte een beroep kan worden gedaan door IATA c.s. Standard 5.2 bevat wel een verplichting. Deze schrijft vrij vertaald voor dat een geluidsprobleem met studies en consultaties moet worden vastgesteld vóórdat bepaalde geluidsbeperkende maatregelen worden ingevoerd. Dit is evenwel geen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling die zonder meer als objectief recht kan worden toegepast. Er is een nadere uitwerking nodig om deze regel te kunnen toepassen. Hieraan kan overigens worden toegevoegd dat '*aircraft operating procedures for noise abatement*' niet kunnen worden gelijk gesteld aan een exploitatiebeperking als bedoeld door IATA c.s. Bedoeld zijn andere maatregelen, bijvoorbeeld met betrekking tot het gebruik van bepaalde banen of routes.¹³⁹

- 4.153 Het ontbreken van rechtstreekse werking van de standaarden uit Annex 16 van het Verdrag van Chicago is in lijn met (appendix C van) resolutie A33-7 van de ICAO-Vergadering waarmee (het concept van) de *Balanced Approach* in het leven werd geroepen. Deze tekst laat de uitwerking van regels over aan de partijen bij het verdrag :

Whereas the process for implementation and decisions between elements of the balanced approach is for Contracting States and it is ultimately the responsibility of individual States to develop appropriate solutions to the noise problems at their airports, with due regard to ICAO rules and policies;

Recognizing that in developing ICAO guidance on the application of the balanced approach to noise management, a degree of flexibility is required in order to accommodate local, national and regional differences;"

- 4.154 De totstandkomingsgeschiedenis van resolutie A33-7 laat ook zien dat de soevereiniteit van de verdragspartijen voorop blijft staan en dat flexibiliteit in dat kader van belang is:¹⁴⁰

"3.2 Detail versus flexibility. Although there is general agreement on the need for a balanced approach to noise management and for the Council to develop ICAO guidance to help States in this regard (Appendices C and E), views differed on the extent to which the balanced approach should be described in detail in the resolution. While some Representatives sought greater detail, some others expressed concerns regarding implications for States' sovereignty and emphasised the need for flexibility. The appended draft attempts to accommodate these opposing views. A similar problem arises regarding the concept of an "international framework" in connection with the balanced approach. While the resolution in itself constitutes such a framework, the appended draft avoids using the expression "international framework" because some Representatives were concerned that the expression has legally binding overtones."

- 4.155 Voor art. 15 lid 4 van het Open Skies Verdrag geldt hetzelfde. Dat is geen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling die zonder meer als objectief recht kan worden toegepast. Dit in tegenstelling tot lid 3 waarin de verdragspartijen zich committeren aan het volgen van de milieunormen uit het Verdrag van Chicago. In het vierde lid bevestigen partijen alleen 'de verbintenis' (andere taalversies: *the commitment, l'engagement, die Verpflichtung*) van de EU-lidstaten en de Verenigde Staten van Amerika om het beginsel van de evenwichtige benadering toe te passen. Dat is volgens het memorandum van uitleg bij het protocol waarmee deze bevestiging werd toegevoegd alleen een verwijzing naar resolutie A35-5 van de ICAO-Vergadering. Die resolutie bevat een (kleine) update van de hiervoor

¹³⁹ Dit volgt uit de ICAO Guidance on the balanced approach to aircraft noise management (doc 9829), hoofdstuk 6. Deze richtlijnen zijn in het geding gebracht door de Staat als productie 11 bij conclusie van antwoord.

¹⁴⁰ Updating of resolution A32-8: Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices relating to environmental protection, A33-WP/43, p. 3.

vermelde resolutie A33-7 op het punt van de balanced approach (appendix C).¹⁴¹ Zoals hiervoor al duidelijk is geworden, bevat deze resolutie geen bepalingen waaraan is beoogd rechtstreekse werking toe te kennen.

- Subonderdelen 4.2 t/m 4.5

- 4.156 Subonderdeel 4.2 bouwt voort op subonderdeel 3.8 en moet – nu die klacht mijns inziens faalt (zie 4.111) – eveneens faalen. Bovendien mist de klacht feitelijke grondslag. IATA c.s. klagen namelijk dat het oordeel dat het voorgeschreven beëindigen van het anticiperend handhaven geen geluidsgelateerde beperking vormt onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. Het hof overweegt dat echter niet in rov. 4.22.
- 4.157 Subonderdeel 4.3 klaagt dat voor zover het hof enige conclusie in rov. 4.22 baseert op de overweging dat mag worden aangenomen dat de Staat zich bewust is van zijn verantwoordelijkheden tegenover zijn verdragspartners en daarmee dus in een nader LVB rekening zal houden, dit oordeel onjuist of onbegrijpelijk is. Volgens IATA c.s. valt niet in te zien hoe deze bewustheid van de Staat relevant kan zijn voor het antwoord op de vraag of de Staat die verplichtingen schendt of dreigt te schenden.
- 4.158 Ook deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. De aangevallen passage moet zo worden gelezen dat het hof overweegt dat – anders dan bij een experiment voor een jaar, zie de eerste zin van rov. 4.22 – de Staat bij de definitieve aanpassing van het LVB 2008 wél met zijn verdragsrechtelijke verantwoordelijkheden rekening zal moeten houden. De conclusie dat geen sprake is van evidente verdragsschending, is hier dus niet op gebaseerd.
- 4.159 Met subonderdeel 4.4 klagen IATA c.s. dat het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven en het beginsel van hoor en wederhoor heeft miskend. Het gaat dan om het volgende oordeel uit rov. 4.22:

"[...] Intussen is algemeen geaccepteerd dat tijdelijke maatregelen die al dan niet in de luchtvaart zo nu en dan genomen worden (zoals in tijden van pandemie, natuurverschijnselen etc.) niet snel geïnterpreteerd dienen te worden als verdragsschendingen. Het stoppen met anticiperend handhaven en het uitvoeren van een tijdelijk experiment, vastgelegd in een Experimenteerregeling, ter voorbereiding van nadere regelgeving (een nieuw LVB) die de verdragen respecteert, kan dan ook niet geacht worden een evidente verdragsschending te zijn. [...]"

Geen van de partijen heeft hierop een beroep gedaan en voor zover het hof toch een dergelijke stellingname van de Staat heeft ontwaard, is dat volgens IATA c.s. onbegrijpelijk. Het hof had de partijen de gelegenheid moeten geven zich hierover uit te laten.

- 4.160 De klacht faalt. Van een ontoelaatbare verrassingsuitspraak is sprake als de rechter partijen niet of onvoldoende hoort over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan zijn beslissing en partijen aldus verrast met een beslissing waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeften te houden.¹⁴² Hier heeft het hof gebruik

¹⁴¹ Updating of resolution A33-7: Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices relating to environmental protection, A-35-WP/77 en A-35-WP/223; Report of the executive committee on agenda item 15, A35-WP/352, p. 11 en 15-18.

¹⁴² Van Mierlo/Lock, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 25 Rv, aant. 4. De auteurs verwijzen onder andere naar HR 17 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0358, *NJ* 2004/39 (*Lukan/Brokke*), rov. 3.3.

gemaakt van een analogie. Andere *tijdelijke* maatregelen worden niet snel geïnterpreteerd als verdragsschendingen, dus dat zal in het geval van een *tijdelijk* experiment gebaseerd op de voorgenomen Experimenteerregeling niet anders zijn. Het hof komt op deze basis met een aanvulling van het recht. Met deze aanvulling hadden IATA c.s. rekening moeten houden;¹⁴³ het ligt namelijk voor de hand dat naar de betekenis van het temporele karakter wordt gekeken als het gaat om een experiment. Dit ligt bovendien in het verlengde van het partijdebat, waarin door IATA c.s. zelf is gesteld dat het tijdelijke karakter van de regeling niet afdoet aan de toepasselijkheid van internationale regelgeving met betrekking tot de *balanced approach* (zie hiervoor 4.84 bij de bespreking van onderdeel 3.1, waar een deel wordt geciteerd van de inleidende dagvaarding onder 59, onder het kopje: "Spoor 1 is strijdig met EU-recht en internationaal recht").

- 4.161 IATA c.s. stellen in subonderdeel 4.5 de juistheid van het in het vorige subonderdeel bestreden oordeel aan de kaak en vinden het oordeel ook onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Dat (zeer) bijzondere omstandigheden, zoals natuurrampen en andere overmachtssituaties, nu en dan een tijdelijke beperking van het aantal vliegtuigbewegingen feitelijk noodzakelijk maken en in die zin zijn 'toegestaan', is een omstandigheid die niet kan dienen ter onderbouwing van het oordeel dat een staat weloverwogen met een (politieke) beleidsbeslissing de capaciteit van een luchthaven voor een periode van bijvoorbeeld een jaar zou mogen reduceren. Het zou althans niet zijn in te zien dat deze twee situaties op één lijn te stellen zijn.
- 4.162 De klacht faalt. *Ten eerste* klagen IATA c.s. dat het hof een (tijdelijke) capaciteitsreductie zou toestaan, terwijl het hof in het midden heeft gelaten of in dit geval daarvan sprake is omdat het dat niet kan bepalen (zie rov. 4.19 t.a.v. de Geluidsverordening en rov. 4.31). *Ten tweede* is de analogie die het hof maakt gebaseerd op de tijdelijkheid van de maatregelen die worden vergeleken. Dat IATA c.s. in deze klacht verschillen presenteert tussen die maatregelen, die er inderdaad zijn, maakt nog niet dat de analogie mank gaat. Dat het hof deze analogie maakt is daarmee niet onjuist of onbegrijpelijk, zeker niet omdat het hof in rov. 4.22 een *voorlopig oordeel* geeft over de vraag of sprake is van een onmiskenbare (dus: evidente) verdragsschending.
- 4.163 Verder bepleiten IATA c.s. dat het oordeel dat de voorgenomen Experimenteerregeling een 'tijdelijke' maatregel in de vorm van een capaciteitsreductie zou zijn, onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is in het licht van het betoog van IATA c.s. (zoals vermeld in subonderdelen 2.1i en 2.2) dat de voorgenomen Experimenteerregeling niet is bedoeld als experiment, maar als tussenstap naar of voorschot op een permanente reductie van het maximum aantal vliegtuigbewegingen.
- 4.164 Ook deze klacht faalt. Het betoog dat IATA c.s. aanhalen, is gehouden in de context van de vraag of de voorgenomen Experimenteerregeling kan worden gebaseerd op art. 8.23a Wlv. Specifiek wordt in subonderdeel 2.1i gesteld dat geen evaluatietermijn is opgenomen in de voorgenomen Experimenteerregeling en in subonderdeel 2.2 dat de voorgenomen Experimenteerregeling een oneigenlijk doel heeft. Dit gaat dus niet over de tijdelijkheid van

¹⁴³ Van Mierlo/Lock, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 19 Rv, aant. 7: "Partijen moeten er in beginsel op bedacht zijn dat de rechter ambtshalve rechtsgronden aanvult." De auteurs verwijzen naar HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3066, *RvdW* 2010/186 (*X/Staat*), rov. 3.3 (slot).

de maatregel en maakt daarom het oordeel van het hof, dat bovendien is gegeven in een ander kader, nog niet onbegrijpelijk.

- Subonderdelen 4.6 en 4.7

- 4.165 In deze subonderdelen schakelen IATA c.s. over naar andere bepalingen uit het EU-VS Open Skies Verdrag, waarvan zij ten overstaande van de voorzieningenrechter en het hof is gesteld dat de Staat deze heeft geschonden. Het gaat om de leden 2 en 5 van art. 15 ('Milieu'), hiervoor in 4.140 geciteerd.
- 4.166 Volgens subonderdeel 4.6 oordeelt het hof kennelijk en ten onrechte dat aan deze verplichtingen niet hoeft te worden voldaan bij het uitvoeren van een tijdelijk experiment en/of het stoppen met anticiperend handhaven. Ook miskent het hof hiermee dat aan deze verplichtingen moet worden voldaan bij iedere exploitatiebeperking. Voor zover het hof het voorgaande niet heeft miskend, is zijn oordeel subonderdeel 4.7 onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd in het licht van de stellingen van IATA c.s. over de schending van deze bepalingen.
- 4.167 Deze klachten falen. Zij stuiten af (i) op de vaststelling van het hof dat niet kan worden geoordeeld over de vraag of sprake is van een exploitatiebeperking bij het invoeren van de voorgenomen Experimenteerregeling (rov. 4.19 en 4.31) en (ii) op het feit dat de stellingen die IATA c.s. aanhalen als feitelijke grondslag voor deze klachten niet gaan over het stoppen met anticiperend handhaven, maar alleen over de voorgenomen Experimenteerregeling.

Slotsom onderdeel 4

- 4.168 In het licht van de slagende klachten van onderdeel 3 behoeft onderdeel 4 geen bespreking. Indien onderdeel 4 toch wordt besproken, dan slaagt alleen subonderdeel 1, onder a. en d. Deze slagende klachten voegen niets toe aan de slagende klachten in de subonderdelen 3.2 en 3.7. Alle overige klachten van onderdeel 4 falen.

Onderdeel 5 (algemene beginselen van behoorlijk bestuur)

5.1 De aangevallen overwegingen

- 4.169 Onderdeel 5 bestaat uit twaalf subonderdelen die elk als doelwit steeds (één of meer van) de volgende overwegingen hebben:

"4.24 IATA c.s. hebben aangevoerd dat de Staat met de voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend handhaven handelt in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, te weten het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir, het verbod van willekeur, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

4.25 Hiervoor (zie 4.14) is reeds overwogen dat er geen grond is voor het vergaande oordeel dat het vaststellen van een experimenteerregeling zoals de voorgenomen Experimenteerregeling voornamelijk voor een oneigenlijk doel zal worden gebruikt. Het beroep van IATA c.s. op de andere door hen genoemde beginselen van behoorlijk bestuur faalt eveneens. Het hof licht dat als volgt toe.

4.26 Met de voorgenomen maatregelen wordt in wezen teruggekomen op het in de jaren 2015-2022 gevoerde gedoogbeleid. Dat was, zoals terecht is aangevoerd, meer dan een 'gewoon' gedoogbeleid, daaraan lag immers uitgebreid overleg met allerlei belanghebbenden ten grondslag (Alderstafel). Ook aan een dergelijk beleid, in strijd met het geldende recht, kunnen belanghebbenden zoals de luchtvaartmaatschappijen slechts in zeer bijzondere omstandigheden het vertrouwen ontnemen dat dit voor onbepaalde tijd zal voortduren. Die zeer bijzondere omstandigheden ontbreken. Het was immers duidelijk, ook voor de luchtvaartmaatschappijen, dat de status van dat beleid, hoewel breed gedragen, onzeker was en dat het in werkelijkheid een illegale situatie in het leven riep die niet onbepikt kon voortduren. Niet alleen was in 2022 de voorgenomen wetgeving - met name het nieuwe LVB - niet tot stand gekomen, maar de minister heeft - hoewel hij tot (in ieder geval) eind 2021 vasthield aan de doelstelling van verankering van het NNHS - te kennen gegeven dat het (te) lang voortduren van het anticiperend handhaven rehtens niet houdbaar zou kunnen blijken en eind 2021 is in het regeerakkoord aangekondigd dat een brede herwaardering zou plaatsvinden met betrekking tot Schiphol.

4.27 De Staat heeft terecht gewezen op het rechtsstatelijk beginsel dat hij gehouden is geldende rechtsregels te handhaven, zeker als belanghebbenden dat wensen. Vast staat dat die beginselplicht gedurende een reeks van jaren niet is nagekomen door het effectueren van het anticiperend handhaven. Zoals hiervoor onder 4.26 is genoemd was die status quo, die volgens de luchtvaartmaatschappijen bestendigd dient te worden, het gevolg van uitgebreide onderhandelingen van de minister met belanghebbenden, onder het toezicht van het parlement, om tegemoet te komen aan de voor omwonenden onverwacht schadelijke gevolgen van het LVB 2008. De rechtvaardiging daarvan werd gevonden in de voorziene wijziging van de regels, te weten een wijziging van de Wlv en een daarop te baseren nieuw LVB, waarvan werd voorzien dat deze per saldo 500.000 vtb's per jaar mogelijk zouden maken. Dat perspectief is inmiddels gewijzigd. Die rechtvaardiging volstaat dus niet meer.

4.28 Dat neemt niet weg dat een behoorlijk handelende overheid niet zomaar kan stoppen met een reeds jaren gevoerd beleid. Dat IATA c.s. daarvan aanzienlijk nadeel kunnen ondervinden is immers aannemelijk. Toch staat ook dat niet in de weg aan de voorgenomen maatregelen. De Staat is immers, inmiddels, van plan om deze pas per 31 maart 2024 in te voeren. Tot dan wordt het huidige beleid van het gedogen van bepaalde overtredingen voortgezet. Die overgangperiode van negen maanden maakt de beëindiging voldoende evenwichtig, gegeven de complexe en tegenstrijdige betrokken belangen en de feitelijke situatie, en blijft binnen de grenzen van wat de Staat mag. De Staat heeft de verplichting alle belangen tegen elkaar af te wegen en heeft daarin beleidsvrijheid. Tegenover de belangen van IATA c.s. bij het voortduren van de status quo staan immers andere belangen, niet in de laatste plaats van de omwonenden. Daarbij weegt zwaar dat omwonenden nu geen beroep kunnen doen op rechtsbescherming via het bestuursrecht. In de gevallen waarin zij, via die weg, hebben geprobeerd handhaving van het geldend recht af te dwingen heeft de bestuursrechter immers, met een beroep op het bestaande beleid, die vorderingen afgewezen. Dat is een situatie die in een democratische rechtsstaat niet langer voort kan duren dan absoluut noodzakelijk als de legitimatie voor dat beleid (in de vorm van te voorziene legalisatie) is vervallen. De door de Staat genoemde periode tot 31 maart 2024 brengt voorts mee dat de luchtvaartmaatschappijen niet onevenredig benadeeld worden. Zij kunnen immers, tot op zekere hoogte, schadebeperkende maatregelen nemen. Bij deze stand van zaken zijn er dan ook onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen concluderen dat de luchtvaartmaatschappijen onevenredig zwaar worden getroffen door de voorgenomen maatregelen. Daarbij is in aanmerking genomen dat in voorkomend geval nadeelcompensatie aan de orde zou kunnen zijn."

- 4.170 Ik meen dat de zojuist weergegeven oordelen niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, niet onbegrijpelijk zijn en – zeker voor een (spoed) kort geding – voldoende zijn gemotiveerd. Per subonderdeel zal ik toelichten waarom ik die mening ben toegedaan.

5.2 Bespreking van de klachten

- 4.171 Anders dan IATA c.s. betogen (subonderdeel 5.1), heeft het hof waar nodig onderscheid gemaakt tussen de voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend

handhaven, en waar mogelijk dat niet gedaan, wat te begrijpen valt vanuit de in rov. 4.10 vastgestelde samenhang tussen deze maatregelen.

- 4.172 De klacht dat ten aanzien van het stoppen met anticiperend handhaven een beroep is gedaan op détournement de pouvoir althans misbruik van bevoegdheid (subonderdeel 5.2), mist feitelijke grondslag. Dit beroep lees ik althans niet terug in de door IATA c.s. aangehaalde passages uit de memorie van antwoord van TUI (aldus ook schriftelijke toelichting RSG onder 38). Sterker nog, net als de Staat (schriftelijke toelichting 6.13), lees ik daar eerder een beroep op misbruik van bevoegdheid in ten aanzien van enkel de voorgenomen Experimenteerregeling. Er staat:

"9.9 Dat het beëindigen van het anticiperend handhaven niet alleen in strijd is met de Geluidsverordening maar ook met de algemene beginsel van behoorlijk bestuur is evident. De voorbereiding is onzorgvuldig doordat de luchtvaartmaatschappijen niet eens zijn geconsulteerd. De belangen van TUI en de andere lease maatschappijen zijn niet in kaart gebracht laat staan meegewogen. De Voorgenomen [Experimenteerregeling] wordt gepresenteerd als een experiment maar daarvan is in werkelijkheid geen sprake."

- 4.173 Wel slaagt de klacht die is gericht tegen rov. 4.25, waar het hof het beroep van IATA c.s. op misbruik van bevoegdheid verwerpt. Deze klacht bouwt namelijk voort op de slagende klachten in subonderdeel 2.2 (zie hiervóór onder 4.39-4.41 mijn bespreking van die klachten). Daarom behoeft deze klacht geen nadere bespreking.
- 4.174 Het hof heeft niet de vorderingsgrondslag van IATA c.s. onbegrijpelijk uitgelegd (subonderdeel 5.3). Die grondslag is niet zo beperkt begrepen dat het bestaande gedoogbeleid (in dezelfde vorm) voor onbepaalde tijd in stand moet blijven, maar juist zo dat IATA c.s. betoogt dat maatregelen niet plotseling kunnen worden gewijzigd, dat IATA c.s. niet verrast mogen worden en dat zij zich moeten kunnen voorbereiden. Vandaar ook het oordeel dat ook voor IATA c.s. al langer duidelijk was dat een wijziging eraan zat te komen en dat het nog even duurt voordat het echt zover is. In cassatietermen betekent dit dat de feitelijke grondslag ontbreekt (aldus ook schriftelijke RSG onder 40).
- 4.175 In tegenstelling tot wat IATA c.s. bepleiten (subonderdeel 5.4), heeft het hof eerst beoordeeld of sprake kon zijn van gewekt vertrouwen (stap 1 van 3 in de beoordeling, volgens IATA c.s.). Dat is volgens het hof niet het geval, want een beleidswijziging zat er al aan te komen. Verder is gedogen een uitzondering op het beginsel dat geldende regels (moeten) worden gehandhaafd en een rechtvaardiging voor die uitzondering bestaat niet meer. Aan het verdere stappenplan van IATA c.s. wordt dus niet toegekomen. Dat is ook voldoende begrijpelijk in het licht van de door IATA c.s. in dit subonderdeel opgesomde stellingen, die *voor zover relevant voor de kwestie van gewekt vertrouwen*, in dat kader of elders in het arrest zijn geadresseerd. Deze stellingen zijn: (i) de toezegging van de Staat dat het NNHS (met een maximum van 500.000 vliegtuigbewegingen) wettelijk zou worden verankerd, (ii) het vertrouwen dat de Staat zich aan Geluidsverordening zou houden, en (iii) het belang van IATA c.s. bij gewekt vertrouwen, dat zwaarder weegt dan het belang van de omwonenden bij handhaving van de normen uit LVB 2008.
- 4.176 Het hof zou verder niet hebben ingezien dat het gedoogbeleid primair is ingegeven door het feit dat het LVB 2008 schadelijke gevolgen heeft voor omwonenden, aldus IATA c.s. in subonderdeel 5.5. Dit staat echter wel degelijk in rov. 4.27. Ook hier ontbreekt dus de

feitelijke grondslag van de klacht in het bestreden arrest. Verder is het oordeel van het hof dat het vooruitzicht op legalisatie is weggefallen voldoende en niet onbegrijpelijk gemotiveerd. IATA c.s. doen het – samengevat – voorkomen dat ze verbaasd zijn dat een (politieke) keuze wordt gemaakt om niet het NNHS wettelijk te verankeren. Het perspectief op legalisatie zou niet zijn weggefallen, maar zijn weggenomen. Het gaat er echter om: kon die keuze op deze wijze onder de gegeven omstandigheden nog wel worden gemaakt? Dat kernpunt heeft het hof geadresseerd, met inachtneming van de in het subonderdeel vermelde stellingen over gewekt vertrouwen dat geen plotselinge wijziging zou plaatsvinden en het gewicht van dat gestelde vertrouwen ten opzichte van de belangen van omwonenden.

- 4.177 Anders dan IATA c.s. in subonderdeel 5.6 betogen, heeft het hof (ook) voor het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van willekeur, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel voldoende duidelijk gemotiveerd waarom het stoppen met anticiperend handhaven daarmee niet in strijd is. Vertrouwen en rechtszekerheid worden met name in rov. 4.26-4.27 geadresseerd, zorgvuldigheid en evenredigheid in rov. 4.28 en dat geen sprake is van willekeur volgt uit rov. 4.26-4.28 tezamen (zie m.n. rov. 4.28, de Staat mag 'niet zomaar' stoppen met het beleid). Anders dan IATA c.s. lijken te verlangen, is een (schoolse) bespreking per ingeroepen beginsel niet noodzakelijk voor een begrijpelijke motivering.
- 4.178 De stellingen die IATA c.s. aanvoeren in subonderdeel 5.7 zijn óf irrelevant óf door het hof betrokken bij de beoordeling. Irrelevant zijn de stellingen onder a. en b., die ervan uitgaan dat geen samenhang bestaat tussen het stoppen met anticiperend handhaven en de voorgenomen Experimenteerregeling (die is er wel, zie rov. 4.10), en de stelling onder e. die als uitgangspunt heeft dat het hof het betoog van IATA c.s. zo heeft opgevat dat het anticiperend handhaven permanent moet worden voortgezet (dat is niet zo, zie hiervoor de bespreking van subonderdeel 5.3). Het hof heeft in rov. 4.26-4.27 verder wél uitgewerkt dat IATA c.s. niet konden vertrouwen op het voortduren van het gedoogbeleid (stelling onder c.). Voorts heeft het hof het gestelde (financiële) nadeel voor IATA c.s. wel degelijk meegewogen (rov. 4.28, aanzienlijk nadeel, maar niet onevenredig) en zeker niet alleen de hubfunctie van de luchthaven Schiphol afgewogen tegen de belangen van de omwonenden (stellingen onder d. en f.).
- 4.179 IATA c.s. betogen in subonderdeel 5.8 dat het hof in rov. 4.28 miskent dat omwonenden wel degelijk een beroep kunnen doen op rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Dat miskent het hof ook niet. In rov. 4.10 staat dat werd en wordt opgetreden tegen overschrijdingen van grenswaarden uit het LVB 2008 als dat geen gevolg is van strikt preferentieel baangebruik conform het NNHS. In rov. 4.28 doelt het hof op de gevallen waarin het NNHS wel wordt nageleefd en de grenswaarden worden overschreden.¹⁴⁴ Met de motiveringsklacht dat het hof had moeten meewegen dat het onevenredig is om het LVB 2008 te gaan handhaven omdat de omwonenden daar geen belang bij hebben, ziet IATA c.s. eraan voorbij dat het hof in rov. 4.28 de maatregelen (stoppen met anticiperend handhaven en de voorgenomen Experimenteerregeling) tezamen beoordeelt. Het hof overweegt overigens wel in het kader van de belangenafweging (rov. 4.33) dat de Staat vaart moet maken met het afronden van de *balanced approach*-procedure (spoor 2) omdat denkbaar is dat terugvallen op het LVB 2008 voor sommige (groepen van) omwonenden tot toename van overlast leidt.

¹⁴⁴ Aldus ook schriftelijke toelichting Staat onder 6.66

- 4.180 De oordelen in rov. 4.28 dat er een overgangperiode tot 31 maart 2024 is gekomen, dat dit de beëindiging van het gedoogbeleid evenwichtig maakt en dat dit IATA c.s. de mogelijkheid geeft om tot op zekere hoogte schadebeperkende maatregelen te nemen, worden aangevallen in subonderdeel 5.9. Hierbij gaan IATA c.s. uit van een lezing van rov. 4.28 volgens welke het hof heeft geoordeeld dat de keuze van de Staat om te stoppen met anticiperend handhaven 'toch' geen strijd oplevert met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omdat er een overgangstermijn waardoor de schade beperkt zou kunnen worden. Het hof zou miskennen dat het stoppen met anticiperend handhaven halverwege het gebruiksjaar zijn schaduw vooruitwerpt, omdat wordt gehandhaafd per vliegseizoen en IATA c.s. zich daarom al eerder aan het LVB 2008 zouden moeten gaan houden. De timing van de beëindiging zou operationele chaos veroorzaken en voor meer schade zorgen. Het hof had verder nader moeten motiveren waarom de schadebeperkende maatregelen voldoende substantieel zijn om relevant gewicht in de schaal te kunnen leggen.
- 4.181 De lezing die IATA c.s. geven van rov. 4.28 acht ik onjuist, omdat het hof *niet* op basis van de hier aangevallen oordelen *alsnog* het beroep op de algemene beginselen niet laat slagen. In rov. 4.28 wordt het handelen van de Staat getoetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. In dat kader oordeelt het hof dat de Staat, ondanks de aannemelijkheid van aanzienlijke schade voor IATA c.s., zorgvuldig (genoeg) handelt door de voorgenomen maatregelen (pas) op 31 maart, 2024 te laten ingaan. Het gaat dan om het stoppen met anticiperend handhaven en het ingaan van de Experimenteerregeling. De tijd die tot dan nog moet verstrijken (de overgangperiode) maakt de beëindiging van het gedoogbeleid voldoende evenwichtig gegeven de complexe en tegenstrijdige belangen en de feitelijke situatie. Dat het oordeel op dit punt dan toch nader zou moeten gemotiveerd valt moeilijk in te zien, waar nog bij komt dat het oordeel van het hof moet worden gelezen in de context van de voorafgaande overwegingen (rov. 4.26-4.27) dat een wijziging eraan zat te komen en dat het gedoogbeleid een uitzondering is op de regel dat geldende regels (moeten) worden gehandhaafd. De overgangperiode hoeft in zo'n situatie niet zo lang te zijn dat de schade maximaal kan worden beperkt, mede gezien het feit dat zo nodig nadeelcompensatie aan de orde zou kunnen komen. Op het voorgaande stuiten de klachten af.
- 4.182 De Staat heeft gesteld dat en op basis waarvan de mogelijkheid bestaat een verzoek tot nadeelcompensatie in te dienen.¹⁴⁵ Anders dan IATA c.s. in subonderdeel 5.10 poneren, heeft het hof de mogelijkheid dat nadeelcompensatie in voorkomend geval aan de orde zou kunnen zijn, kunnen meewegen. In dit (spoed) kort geding hoefde niet ook nog te worden uitgewerkt hoe waarschijnlijk het is dat nadeelcompensatie ook daadwerkelijk zal worden verkregen. Het betreft hier bovendien een ondersteunende omstandigheid die niet doorslaggevend is (de overige elementen in rov. 4.26-4.28 zijn zelfstandig dragend), zodat in zoverre belang bij de klachten tegen de slotzin van rov. 4.28 ontbreekt.
- 4.183 Omdat de klachten in subonderdelen 5.3 t/m 5.10 falen, kan ook de op die subonderdelen voortbouwende klacht in subonderdeel 5.11 niet slagen.

¹⁴⁵ Conclusie van antwoord Staat, onder 3.3.3: "[...] Daar komt nog bij dat artikel 8.31 Wlv de mogelijkheid biedt om verzoeken om nadeelcompensatie in te dienen in verband met de onevenredige schade die ontstaat door een LVB en de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur & Waterstaat 2019 is beschikbaar voor overige schadeoorzaken."

- 4.184 Tot slot subonderdeel 5.12. Dat bevat de klacht dat voor zover het oordeel in rov. 4.26-4.28 dat er geen strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ziet op de voorgenomen Experimenteerregeling, dit onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd gelet op een aantal door IATA c.s. naar voren gebrachte stellingen (opgesomd onder a t/m e). Deze stellingen betreft het hof ten onrechte niet (kenbaar) in zijn oordeelsvorming. Bovendien is het oordeel volgens IATA c.s. onjuist indien het hof deze stellingen niet van belang heeft geacht voor de toets aan de ingeroepen algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De stellingen die IATA c.s. opsommen zijn geen van alle aangevoerd als grondslag voor hun beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die stellingen gaan over doel en nut van de voorgenomen Experimenteerregeling, die met name zijn aangevoerd in het kader van het argument dat de regeling in strijd is met de Wlv. Op één in de procesinleiding opgenomen vindplaats wordt gesteld dat het gevoerde argument ook betekent dat sprake is van misbruik van bevoegdheid.¹⁴⁶ Op het beroep op misbruik van bevoegdheid is door het hof in rov. 4.25 gerespondeerd. De klachten stuiten op het voorgaande af.

5.3 Slotsom onderdeel 5

- 4.185 Alle klachten falen, met uitzondering van de voortbouwklacht in subonderdeel 5.2.

Onderdeel 6 (de vorderingen jegens RSG)

6.1 Inleiding

- 4.186 Onderdeel 6 ziet op een procesrechtelijke vraag, die verband houdt met het incidentele middel van RSG. Onderdeel 7 ziet op de door het hof gemaakte belangenafweging, welk onderdeel aansluit bij de zojuist besproken onderdelen 3 tot en met 5. Voor de overzichtelijkheid kies ik er niettemin voor de onderdelen te behandelen in de volgorde zoals aangehouden in de procesinleiding van IATA c.s. Ik ga nu dus in op de positie van RSG.

- 4.187 Met dit onderdeel richten IATA c.s. klachten tegen rov. 4.30. Deze overweging luidt:

"4.30 In hoger beroep hebben IATA c.s. bepleit dat het bestreden vonnis jegens RSG onherroepelijk is geworden en in zoverre dus onaantastbaar is. Dit betoogt slaagt niet. Weliswaar is RSG zelf niet in hoger beroep gekomen en is er geen sprake van een in processuele zin ondeelbare rechtsverhouding, maar aangezien de Staat RSG op de voet van artikel 118 Rv in het geding heeft geroepen is van een jegens RSG onherroepelijk vonnis geen sprake. Wel is juist dat voormelde oordelen van het hof consequenties dienen te hebben voor de veroordeling jegens RSG, omdat RSG zich te houden heeft aan de door de Staat vast te stellen regelingen."

6.2 Bespreking van de klachten

- 4.188 In subonderdeel 6.1 klagen IATA c.s. dat het oordeel in rov. 4.30 onjuist is. RSG was in eerste aanleg een processuele wederpartij van IATA c.s. en is in het eindvonnis jegens IATA

¹⁴⁶ Inleidende dagvaarding IATA en A4A c.s. onder 66 (citaat zonder voetnoot): "Bovendien is de Experimenteerregeling, in strijd met de strekking van art. 8.23a Wet Luchtvaart, niet bedoeld als tijdelijk experiment om bepaalde maatregelen eerst in de praktijk te testen. Uit alle communicatie van de Staat - zoals beslisnota's en Kamerbrieven - blijkt dat het doel van de Experimenteerregeling is om het aantal jaarlijkse vliegtuigbewegingen tot 460.000 te beperken, als 'tussenstap' naar een verdere reductie tot 440.000 (zie onder 50). In dit verband is ook tekenend dat geen evaluatietermijn is opgenomen. Dit betekent dat ook sprake is van misbruik van bevoegdheid, waarover hieronder nader."

c.s. veroordeeld. RSG is hiervan niet in hoger beroep gekomen. Hiermee heeft het vonnis in de rechtsverhouding tussen RSG en IATA c.s. kracht van gewijsde gekregen. Het processueel initiatief van de Staat (oproeping op de voet van art. 118 Rv) kan daaraan niets wijzigen bij afwezigheid van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. De Staat kon alleen de rechtsstrijd in appel openen tegen zijn processuele wederpartijen (IATA c.s.) voor zover er tegen de Staat ingestelde vorderingen in het geding waren. Dat de Staat op zichzelf een derde zoals RSG in het geding kan roepen, doet aan dit alles niet af.

- 4.189 In subonderdeel 6.2 betogen IATA c.s. dat ook de laatste zin van rov. 4.30 getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Een veroordelend dictum kan, bij gebreke van een daartegen door de veroordeelde partij gericht rechtsmiddel, slechts worden aangetast indien sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding en een rechtsmiddel is ingesteld door een partij bij die rechtsverhouding. Het hof heeft geoordeeld dat van 'dit laatste' (bedoeld zal zijn: een ondeelbare rechtsverhouding) geen sprake is.
- 4.190 De klachten slagen.
- 4.191 Een uitspraak heeft kracht van gewijsde als zij in hoogste instantie is gewezen of als daartegen geen hoger beroep meer kan worden ingesteld of, voor zover het een vonnis betreft, geen verzet meer kan worden gedaan, dus als de appel- respectievelijk verzettermijn is verstreken.¹⁴⁷ Voor 'kracht van gewijsde' wordt ook weleens de – in dit kader – ongelukkige (maar in internationaal verband niet ongebruikelijke) term 'onherroepelijk' gebruikt.¹⁴⁸ Dit doet het hof ook, terwijl IATA c.s. wel de term 'kracht van gewijsde' hebben gebruikt.¹⁴⁹ Evenals in een bodemprocedure kan een beslissing in kort geding kracht van gewijsde krijgen.¹⁵⁰ In meerpartijenprocedures krijgt een vonnis van de voorzieningenrechter kracht van gewijsde ten opzichte van de partij die niet heeft geappelleerd, ook als er andere partijen zijn die tegen de uitspraak wél hoger beroep hebben ingesteld.¹⁵¹
- 4.192 Het is mogelijk dat bij één inleidende dagvaarding tegen ieder van twee of meer gedaagden vorderingen worden ingesteld (subjectieve cumulatie). Behalve dat daarmee griffierechten kunnen worden uitgespaard, verkleint de eiser daarmee de kans op onverenigbare uitspraken.¹⁵² De vorderingen worden dan samen behandeld, maar de zaken tegen ieder van de gedaagden houden hun processuele zelfstandigheid.¹⁵³ De gedaagden zijn dus niet partij in elkaars zaak geworden door de keuze van eiser.¹⁵⁴ Een door een gedaagde ingesteld rechtsmiddel werkt *in beginsel* (zie hierna over de processueel ondeelbare

¹⁴⁷ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/115, waar ook wordt uitgewerkt onder welke voorwaarde berusting (art. 334 Rv) al op een eerder moment kan leiden tot kracht van gewijsde.

¹⁴⁸ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/114, waar wordt toegelicht dat dit suggereert dat de uitspraak niet meer vatbaar is voor het buitengewone rechtsmiddel 'herroeping'.

¹⁴⁹ MvA IATA en A4A c.s., punt 154 (slot) en MvA KLM c.s. onder 12.3.

¹⁵⁰ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/38.

¹⁵¹ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/117 met verwijzing naar HR 17 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5169, NJ 2000/353 (*Riva/Zannis*) en HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3637, NJ 2016/32 met red. aant. (*W./Maatschap S.*), rov. 3.5.

¹⁵² Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/28.

¹⁵³ HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1546, NJ 2023/208 m.nt. H.B. Krans, *JBP* 2021/5 m.nt. R.M. Andes & T. van Malssen (*ACT/Youngray c.s.*), rov. 3.3.

¹⁵⁴ Zie ook bijv. HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7414, NJ 2009/289 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Haas c.s./gemeente Lansingerland*), rov. 3.6 en HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1356, NJ 1995/609 m.nt. C.J.H. Brunner (*NN/ABP en Gemeente Amsterdam*), rov. 4.1.

rechtsverhouding) dan ook niet door in de verhouding tot zijn medegedaagden.¹⁵⁵ In appel verandert er niets aan de processuele zelfstandigheid van de vorderingen.

- 4.193 Indien niet alle gedaagden in appel gaan, wordt wel het verweer gevoerd dat de appellanten niet-ontvankelijk zijn omdat zij hun medestanders in het geding hadden moeten roepen - de *exceptio plurium litis consortium*.¹⁵⁶ Hiervoor is vereist dat de rechtsverhouding processueel ondeelbaar is, in die zin dat het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen luidt in dezelfde zin.¹⁵⁷ Van 'rechtens noodzakelijk' is alleen sprake als een rechterlijke uitspraak die niet alle bij de desbetreffende rechtsverhouding betrokkenen bindt, zou leiden tot rechtens onaanvaardbare, want door hun ongelijkheid onwerkbare, verhoudingen.¹⁵⁸ Dat van een ondeelbare rechtsverhouding sprake is, mag slechts worden aangenomen indien de aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen.¹⁵⁹ Te denken valt bijvoorbeeld aan de rechtsverhouding tussen deelgenoten in een gemeenschap.
- 4.194 In 2017 heeft de Hoge Raad een principiële uitspraak gewezen over de processueel ondeelbare rechtsverhouding,¹⁶⁰ waarvan ik de hier relevante overwegingen citeer:

"3.5.2 Iedere partij in een procedure over een processueel ondeelbare rechtsverhouding heeft in eerste aanleg het recht jegens alle andere bij die rechtsverhouding betrokken partijen een beslissing daaromtrent te vorderen, ongeacht wie de procedure heeft aangespannen en ongeacht tegen wie de bij dagvaarding ingestelde vordering zich richt. Voorts heeft ieder van hen het recht verweer te voeren tegen een vordering met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding, ongeacht door en tegen wie deze is ingesteld.

3.5.3 Tevens moet worden aanvaard dat na aanwending van een rechtsmiddel tegen een beslissing over een processueel ondeelbare rechtsverhouding, in volgende instanties tussen alle partijen kan worden voortgeprocedeerd op de wijze als hiervoor in 3.5.2 vermeld, ongeacht wie het rechtsmiddel heeft aangewend, met dien verstande dat, overeenkomstig art. 353 lid 1 Rv, een vordering niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld. Ook in volgende instanties heeft ieder van partijen het recht verweer te voeren tegen een vordering met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Voorts kan ieder van hen incidenteel beroep instellen.

3.5.4 De in kracht van gewijsde gegane beslissing van de rechter over een processueel ondeelbare rechtsverhouding heeft steeds jegens alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen gezag van gewijsde, zowel indien gewezen in eerste aanleg als indien gewezen in volgende instanties, en ongeacht door en tegen wie de vordering is ingesteld en ongeacht wie tegen de vordering verweer heeft gevoerd.

3.5.5 Met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding geldt dus, zoals volgt uit het hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 overwogene, een uitzondering op de regels van de

¹⁵⁵ HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1546, NJ 2023/208 m.nt. H.B. Krans, JBP 2021/5 m.nt. R.M. Andes & T. van Malssen (ACT/Youngray c.s.), rov. 3.4.

¹⁵⁶ Zie o.a. Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy uitgevers 2021, nr. 164 (p. 255).

¹⁵⁷ Zie bijv. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81, m.nt. H.B. Krans, JBP 2017/38 m.nt. S.L. Mineur (Erven Hoelas), rov. 3.4.

¹⁵⁸ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/47. In Snijders/Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009/107, wordt het als volgt uitgedrukt: "In de rechtspraak wordt hoogst zelden processuele ondeelbaarheid van de litigieuze rechtsverhouding aangenomen. Naar het zich laat aanzien, heeft de Hoge Raad er slechts oren naar als de werking of uitvoering van een rechterlijke uitspraak onvoldoende effectief is door de omstandigheid dat deze niet tussen alle bij de rechtsverhouding betrokken personen geldt."

¹⁵⁹ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/47 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/54.

¹⁶⁰ HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81, m.nt. H.B. Krans, JBP 2017/38 m.nt. S.L. Mineur (Erven Hoelas). Zie naar aanleiding van deze uitspraak: F.J.P. Lock, 'Samen thuis, samen uit. Nieuwe regels voor de processueel ondeelbare rechtsverhouding', *TvPP* 2017/4, p. 127-138.

dagvaardingsprocedure (i) dat (...) en (ii) dat een rechtsmiddel uitsluitend kan worden ingesteld tegen degene die in vorige instantie als wederpartij met betrekking tot de vordering is opgetreden (en dus niet tegen mede-eisers, mede-gedaagden, mede-appellanten of mede-geïntimeerden; (...)). Deze uitzondering wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat meer partijen bij de rechtsverhouding zijn betrokken en het wenselijk is dat ieder van hen in één en hetzelfde geding vorderingen met betrekking tot die rechtsverhouding kan instellen en verweer tegen zulke vorderingen kan voeren, en dat daadwerkelijk één beslissing over die rechtsverhouding voor alle daarbij betrokken partijen kan worden gegeven.

3.6.1 Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om, overeenkomstig het hiervoor in 3.4 overwogene, alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Ook dit geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel. (Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, rov. 3.4.3.)

3.6.2 (...).

3.6.3 Omdat, zoals hiervoor is overwogen, de op een rechtsmiddel te geven uitspraak voor alle partijen bij de processueel ondeelbare rechtsverhouding dient te gelden en in verband daarmee de hiervoor in 3.6.1 genoemde herstelkans dient te bestaan, krijgt een uitspraak in vorige instantie waartegen een rechtsmiddel is ingesteld, (ook) jegens de eventueel ten onrechte niet opgeroepen personen niet aanstonds kracht van gewijsde (vgl. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183, rov. 4.2.3). Wordt van die herstelkans geen gebruik gemaakt, dan gaat die uitspraak door niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel jegens alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in kracht van gewijsde."

- 4.195 Art. 118 Rv geeft regels voor de oproeping van derden in het geding. De derde kiest niet vrijwillig om mee te doen, vandaar dat dit ook wel 'gedwongen tussenkomst' wordt genoemd. Na een geslaagde oproeping wordt de derde partij in het geding.¹⁶¹
- 4.196 Uit deze juridische aanloop volgt dat het aangevallen oordeel van het hof onjuist is. In deze zaak zijn er twee inleidende dagvaardingen.¹⁶² In ieder van deze dagvaardingen zijn de Staat en RSG samen gedagvaard. In die dagvaardingen zijn gebods- en verbodsvorderingen ingesteld tegen de Staat en RSG afzonderlijk. De Staat en RSG hebben beiden verweer gevoerd, de vorderingen zijn gezamenlijk behandeld en de vorderingen zijn in één vonnis (grotendeels) toegewezen door de voorzieningenrechter. Alleen de Staat is in hoger beroep gegaan. Dit betekent in beginsel dat het vonnis kracht van gewijsde heeft gekregen ten opzichte van RSG. Omdat hier – volgens het hof – geen sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding, kan het hoger beroep van de Staat hieraan niets veranderen. De Staat was bij de voorzieningenrechter geen partij in de zaak tussen IATA c.s. en RSG. Dit wordt niet anders doordat de Staat (op de voet van art. 118 Rv) RSG bij spoedappeldagvaarding heeft opgeroepen. Dat heeft tot gevolg dat RSG partij is geworden in *het appel tussen de Staat en IATA c.s.* Anders dan de Staat betoogt (schriftelijke toelichting onder 7.6), wordt daarmee *niet in dezelfde zaak* een nieuwe uitspraak gedaan door het hof.

¹⁶¹ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 118 Rv, aant. 5 onder verwijzing naar M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 101, op zijn beurt verwijzend naar Reehuis, Slob & Rijpkema (red.), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Wijziging Rv, Wet RO en Fw 1992*, p. 19-20.

¹⁶² De Staat en RSG zijn op 6 maart 2023 gedagvaard zowel door IATA en A4A c.s. als door KLM c.s.

4.197 Dit laatste volgt ook uit het arrest in de zaak *De Haas c.s./gemeente Lansingerland*:¹⁶³

"3.6 [...] In de onderhavige procedure is sprake van subjectieve cumulatie, want de Staat, P.S.G.M. de Haas en A.G.P. de Haas zijn bij één dagvaarding gedagvaard ter zake van tegen elk van hen ingestelde, voor afzonderlijke berechting vatbare rechtsvorderingen tot onteigening. Die vorderingen zijn vanwege hun onderlinge samenhang in één procedure samengevoegd.

Deze samenvoeging ontnemt aan de desbetreffende afzonderlijke zaken niet hun zelfstandigheid (vgl. HR 21 november 2008, nr. C07/103, LJN: BF1032). Daarom is noch P.S.G.M. de Haas noch A.G.P. de Haas partij geworden in de door de Gemeente bij die dagvaarding tegen de Staat aanhangig gemaakte zaak (vgl. HR 29 april 1994, NJ 1995, 609; HR 4 mei 2007, NJ 2007, 274). Wel staat voor hen de weg van tussenkomst open om alsnog in die zaak partij te worden. Immers, ook in het geval van subjectieve cumulatie staat aan mede-eisers of medegedaagden, teneinde partij in (een van) de andere zaken te worden, de weg van voeging of tussenkomst in die andere zaak of zaken open, mits is voldaan aan de voorwaarden die daartoe door de wet worden gesteld."

4.198 Gelet op vorenstaande kon het hof niet het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigen voor zover dat is gewezen jegens RSG. Als dat wel zou kunnen, zou dat een doorkruising zijn van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen omdat de uitspraak van de voorzieningenrechter jegens RSG zou worden aangetast anders dan door een in de wet geregeld rechtsmiddel.¹⁶⁴

6.3 Slotom onderdeel 6

4.199 Het voorgaande betekent dat het bestreden arrest zal moeten worden vernietigd. De Hoge Raad zou de uitspraak van de voorzieningenrechter kunnen bekrachtigen voor zover deze is gewezen in de rechtsverhouding tussen IATA c.s. en RSG.

4.200 Dit alles wordt mogelijk anders indien tóch sprake zou zijn van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en het bestreden arrest op dat punt dus geen stand zou kunnen houden. Dat is het onderwerp van het incidenteel cassatiemiddel van RSG dat aan het slot van deze conclusie wordt besproken.

Onderdeel 7 (belangenafweging)

7.1 Aangevallen overwegingen

4.201 De klachten in dit onderdeel zijn gericht tegen rov. 4.33 en 4.34. Deze luiden:

"Belangenafweging

4.33 Een belangenafweging - die het hof uit moet voeren naar de toestand van dit moment, voor zover die valt vast te stellen - leidt niet tot een andere uitkomst. In dat verband verdient opmerking dat de Staat ook na 31 maart 2024 niet mag handhaven op overtreding van regels die niet in (de Wlv of) het LVB 2008 staan. Als dat toch gebeurt staat de gang naar de bestuursrechter voor elke

¹⁶³ Zie HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7414, NJ 2009/289 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Haas c.s./gemeente Lansingerland*).

¹⁶⁴ Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy uitgevers 2021, nr. 151, voetnoot 2 (p. 230): "[...] Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt ook mee dat in geval van subjectieve cumulatie van vorderingen (zonder dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding) een rechtsmiddel dat door of tegen één van de partijen is ingesteld, niet doorwerkt in de verhouding tot andere partijen door of tegen wie geen rechtsmiddel is ingesteld; zie bijvoorbeeld HR 2-10-2020, ECLI:NL:HR:2020:1546, JBP 2021/5 m.nt. T. van Malssen & R.M. Andes."

belanghebbende open. Datzelfde geldt als na 31 maart 2024 het overschrijden van de grenswaarden niet wordt gehandhaafd, ongeacht waardoor die overschrijding komt. Het is denkbaar dat dit terugvallen op het LVB 2008, waarvan vast staat dat het thans niet adequaat is en dat het niet voorziet in het strikt preferentieel baangebruik, voor sommige omwonenden tot een toename van de overlast leidt. Het hof gaat ervan uit dat de Staat, die zich dit realiseert, daadwerkelijk haast zal maken met het afronden van de *balanced approach* zodat zo snel mogelijk een nieuw LVB kan worden vastgesteld. Mocht die verwachting niet uitkomen staat uiteraard de weg naar de rechter, ook in kort geding, - weer - open. Er is nu echter onvoldoende aanleiding om daarop vooruit te lopen.

4.34 Uit de voorgaande overwegingen volgt voorts dat de ter terechtzitting geuite en toegelichte vrees van een aantal luchtvaartmaatschappijen, in het bijzonder de *leisure*-maatschappijen zoals TUI, easyJet en Corendon, dat zij ernstige schade zullen ondervinden vermoedelijk bewaarheid wordt. Dat is, in het kader van dit kort geding, echter niet voldoende om tot een andere belangenafweging te komen, ook niet in combinatie met andere belangen, al dan niet van derden, zoals het behoud van werkgelegenheid, de *hub*-functie en de passagiers. Daarbij is van belang dat het hier om een tijdelijke aanpak van een complex probleem gaat. Bij die afweging komt voorts aanzienlijk gewicht toe aan de belangen van de omwonenden. Daargelaten de precieze achterban van de Stichting en hetgeen hiervoor is overwogen over de nadelen van het terugvallen op het LVB 2008 acht het hof voldoende aannemelijk dat die belangen per saldo gediend zijn met vernietiging.

Voorts leidt de omstandigheid dat de voorzieningenrechter tot een andere beslissing kwam en dat dit vonnis de feitelijke situatie heeft verandert niet tot een andere afweging, gelet op enerzijds het uitgangspunt dat partijen op eigen risico handelen als zij een vonnis uitvoeren waartegen hoger beroep openstaat (en zelfs al loopt) en anderzijds de omstandigheid dat de Staat heeft medegedeeld niet op korte termijn te zullen stoppen met anticiperende handhaving."

- 4.202 Voordat ik de klachten bespreek, volgt een kort juridisch kader over de belangenafweging in kort geding moet maken.

7.2 Juridisch kader belangenafweging kort geding

- 4.203 De voorzieningenrechter moet bij het wijzen van een vonnis, en dus bij de toe- of afwijzing van een vordering, rekening houden met de (wederzijdse) belangen van partijen. Dit volgt al uit art. 254 lid 1 Rv:

"In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven."

- 4.204 Het is ook mogelijk belangen van derden in het oordeel te betrekken,¹⁶⁵ net als (uiteraard) het algemeen belang.¹⁶⁶ Dat een belangenafweging moet worden gemaakt, doet er niet aan af dat de voorzieningenrechter recht moet spreken en niet louter ordenend mag optreden.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Zie bijv. Van Nispen, in: *T&C Rv*, art. 254 Rv, aant. 1.e. (online bijgewerkt t/m 1 januari 2024) onder verwijzing naar HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2309, NJ 1997/437 (*Vervoersbond FNV/Streekvervoer Nederland*). Aldus ook: Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/138 en Schenk/Blaauw, *Het kort geding (A. Algemeen deel)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 14.

¹⁶⁶ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/138. Aldus ook X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 18 en Schenk/Blaauw, *Het kort geding (A. Algemeen deel)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 14 met een verwijzing naar HR 16 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5308, NJ 1975/74 m.nt. B. Wachter, *BR* 1973, p. 462 m.nt. P.A. Stein (*Strikke Trui*).

¹⁶⁷ Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/339 (p. 454) onder verwijzing naar o.a. E. Korthals Altes, 'Belangenafweging en doelmatigheidsoverwegingen in kort geding', in: *Kort geding en Toetsing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 1 e.v. en, meer recent, Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 66 (p. 84). Aldus ook: De Bruin, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 5 (online bijgewerkt t/m 2 september 2023) en Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/135. Zie over de discussie in de literatuur: X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 19-20.

Er moet een voorlopig oordeel over de rechtsverhouding worden gegeven aan de hand van de toepasselijke materiële rechtsregels.¹⁶⁸ Als uitgangspunt geldt dat de voorzieningenrechter zijn uitspraak dient te richten naar de waarschijnlijke uitkomst van de bodemprocedure.¹⁶⁹

- 4.205 De aard en de functie van het kort geding vergen dat de beslissing steeds *mede* gebaseerd kan worden op een afweging van belangen omdat beoordeeld moet worden of op korte termijn een voorlopige voorziening moet worden getroffen in een situatie waarin veelal nog niet of onvoldoende vaststaat en ook niet in het kort geding bindend kan worden vastgesteld welke de rechtsverhouding van de partijen is en welke rechten en verplichtingen daaruit voortvloeien.¹⁷⁰ Een belangenafweging kan ertoe leiden dat een aannemelijke vordering (toch) wordt afgewezen.¹⁷¹ Het kan echter ook zijn dat een niet-aannemelijke vordering (toch) wordt toegewezen.¹⁷² De voorzieningenrechter moet beoordelen of voldoende aannemelijk is geworden dat tussen de partijen een rechtsverhouding bestaat op grond waarvan de verwerende partij tot een prestatie is gehouden die een voorlopige veroordeling rechtvaardigt. Een belangenafweging kan daarbij de doorslag geven om de verwerende partij te veroordelen, ook al laat de beoordeling een bepaalde mate van twijfel over de verplichting daartoe.¹⁷³
- 4.206 In welke mate een belangenafweging een rol speelt bij de beslissing zal sterk afhankelijk zijn van de aard van het gevorderde, de mate van duidelijkheid omtrent de rechtsverhouding en de overige omstandigheden van het geval. In het algemeen geldt dat naarmate met meer zekerheid in kort geding kan worden vastgesteld dat een partij tot een geven, doen of nalaten is verplicht, het meer voor de hand ligt die partij daartoe ook te veroordelen.¹⁷⁴
- 4.207 Een belangenafweging is aan de voorzieningenrechter voorbehouden en kan in cassatie in principe niet op juistheid worden getoetst.¹⁷⁵ Dit is in lijn met de (meer algemene) regel dat een belangenafweging in cassatie als feitelijke beslissing pleegt te worden aangemerkt.¹⁷⁶ Aan de motivering van een kortgedingvonnis kunnen in het algemeen minder hoge eisen

¹⁶⁸ Zie uitgebreid: Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/131-132.

¹⁶⁹ Zie o.a. HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1705, NJ 1996/462 m.nt. D.W.F. Verkade (*Boehringer/Kiringen*), rov. 3.4 en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, NJ 2016/211 met red. aant. (*Astellas/Synthon*), rov. 3.7.1.

¹⁷⁰ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/135.

¹⁷¹ Zie bijv. HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly Clark*), rov. 3.4.

¹⁷² P. de Bruin, *Procederen in kort geding in vijf stappen*, Den Haag: Sdu 2019, p. 58.

¹⁷³ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/136 met een verwijzing ('vgl.') naar HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD3312, NJ 1991/559 (*Natco/Canadian Land c.s.*), rov. 4.2-4.3. Naar dit arrest wordt ook verwezen door Van Nispen, in: *T&C Rv*, art. 254 Rv, aant. 1.e. (online bijgewerkt t/m 1 januari 2024) en Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht 2024/12.1* (p. 327, voetnoot 3). Zie ook Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/137: "[...] De voorzieningenrechter die ondanks een bepaalde mate van onzekerheid over de rechtsverhouding mede op grond van een belangenafweging een veroordeling geeft, blijft daarmee binnen het rechtssysteem. Dat wordt alleen anders indien hij zuiver op grond van een belangenafweging een veroordeling zou geven zonder dat daarvoor in het objectieve recht een rechtsgrond bestaat of zonder dat hij zich erin heeft verdiept of die bestaat."

¹⁷⁴ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/137 en P. Zonderland, *Het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 19.

¹⁷⁵ HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0075, NJ 1991/308 (*Vereniging Geen Uitbreiding Vliegveld Beek/Staat*), rov. 3.2. Voorzichtiger geformuleerd ('in beginsel' en 'in de regel') is: HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly Clark*), rov. 3.4. Aldus ook: De Bruin, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 5 (online bijgewerkt t/m 2 september 2023).

¹⁷⁶ A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie 2019/68* en Asser/Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157.

gesteld worden (dan aan een uitspraak in een bodemprocedure)¹⁷⁷, en dit geldt ook voor de motivering van de belangenafweging in kort geding.¹⁷⁸

7.3 Bespreking van de klachten

- Subonderdeel 7.1

4.208 Volgens IATA c.s. heeft het hof bij de belangenafweging ten onrechte en/althans op onbegrijpelijke wijze geen (voldoende duidelijk) onderscheid gemaakt tussen de belangenafweging ten aanzien van enerzijds het stoppen met anticiperend handhaven en anderzijds het invoeren van de voorgenomen Experimenteerregeling. Deze afwegingen leiden niet per se tot dezelfde uitkomst, omdat de twee maatregelen losstaan van elkaar en een sterk verschillende impact hebben op onder meer de geluidshinder en het toegestane aantal vliegtuigbewegingen. Voor zover het oordeel van het hof is dat het in rov. 4.10 vastgestelde verband tussen het stoppen met anticiperend handhaven en de voorgenomen Experimenteerregeling maakt dat deze maatregelen in het kader van de belangenafweging tezamen kunnen worden beoordeeld, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting. Het vastgestelde verband doet aan het voorafgaande niet af.

4.209 De klachten falen. De rechtsklachten falen reeds omdat de belangenafweging zozeer verweven is met de feiten dat deze niet op juistheid kan worden getoetst. Verder geldt het volgende. Een afweging van belangen vindt steeds plaats in samenhang met een oordeel over de aannemelijkheid van een rechtsgrond voor de vorderingen.¹⁷⁹ Deze aannemelijkheid heeft het hof beoordeeld na de vooropstelling dat er tussen de voorgenomen Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend handhaven een verband bestaat (rov. 4.10) en dat de Staat met de voorgenomen Experimenteerregeling wil voorkomen dat moet worden teruggevallen op het LVB 2008 (rov. 4.7). Het hof gaat daarmee kennelijk ervan uit dat de maatregelen niet los van elkaar worden genomen. Het is dan niet onbegrijpelijk dat het hof bij de belangenafweging geen (kenbaar) onderscheid maakt tussen de beide maatregelen. Daar komt nog bij dat IATA c.s. ook niet aanduiden waar zij in de gedingstukken hebben betoogd dat het zou gaan om te onderscheiden belangen bij de verschillende maatregelen. Om aan een afweging van de belangen van partijen te kunnen toekomen, moeten deze wel gesteld en onderbouwd worden.¹⁸⁰ In cassatie wordt gesteld dat de maatregelen een verschillende impact hebben, maar daarmee is nog niet gezegd dat de belangen anders liggen.

- Subonderdeel 7.2

4.210 Het subonderdeel bevat een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.34. Dat oordeel zou onvoldoende (begrijpelijk) zijn gemotiveerd in het licht van stellingen die

¹⁷⁷ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/154.

¹⁷⁸ HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly Clark*), rov. 3.4. Zie hierover: W.A.M. van Schendel, 'Principes edelachtbare: enkele opmerkingen over belang in kort geding', in: W.A.M. van Schendel (red.), *Naar Ons Voorlopig Oordeel*, Nijmegen/Amsterdam: Ars Aequi Libri/Gerechtshof Amsterdam 2001, p. 52 (onder 5).

¹⁷⁹ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/135 formuleert het zo dat de belangenafweging complementair is en verwijst daarbij o.a. naar P. Zonderland, *Het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 18-19.

¹⁸⁰ De Bruin, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 5 (online bijgewerkt t/m 2 september 2023).

volgens IATA c.s. door het hof niet (kenbaar) in de beoordeling zijn betrokken en tot een ander oordeel hadden kunnen leiden. Het betreft de volgende stellingen:

- a. Handhaven van de normen uit het LVB 2008 leidt per saldo tot meer geluidsoverlast voor de omwonenden, zodat hun belangen niet gediend zijn met het stoppen met anticiperend handhaven. Het enkele feit dat de achterban van de Stichting gebaat is bij vernietiging, doet hieraan niet af. De Stichting vertegenwoordigt een klein en niet representatief deel van de omwonenden dat wél meer overlast ondervindt als gevolg van het anticiperend handhaven. In het licht van dit betoog is het oordeel van het hof in het bijzonder onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd omdat het geen onderscheid maakt tussen de uiteenlopende belangen van de verschillende bewonersgroepen. In het licht van dit betoog is voorts niet zonder meer begrijpelijk waarom het hof 'voldoende aannemelijk acht dat de bewonersbelangen per saldo gediend zijn met vernietiging'.
- b. Jarenlang is bij IATA c.s. door de Staat het vertrouwen gewekt dat het NNHS en het aantal van 500.000 vliegtuigbewegingen wettelijk zouden worden verankerd. IATA c.s. hebben hierop gerechtvaardigd vertrouwd en hier hun gedrag op afgestemd.
- c. IATA c.s. betogen niet dat het anticiperend handhaven voor onbepaalde tijd moet worden voortgezet, maar slechts totdat de *balanced approach* is doorlopen en een nieuw LVB is vastgesteld.
- d. Het stoppen met anticiperend handhaven, evenals de vaststelling van de voorgenomen Experimenteerregeling, heeft voor IATA c.s., hun medewerkers, klanten en passagiers *onomkeerbare*, ernstige gevolgen die niet meer in of na een bodemprocedure kunnen worden teruggedraaid.

4.211 Afgezien van het feit dat met deze klacht wordt getracht de Hoge Raad te verleiden om als derde feitelijke instantie op te treden¹⁸¹, faalt de klacht op grond van het volgende:

- ad a. Het hof heeft deze argumenten blijkens rov. 4.34 wel degelijk onder ogen gezien, maar geoordeeld dat het niettemin tóch voldoende aannemelijk is dat de belangen van de omwonenden per saldo gediend zijn met vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter. Dit punt is in de context van een (spoed)kortgeding voldoende geadresseerd en het oordeel is niet onbegrijpelijk, mede gezien het kader van de belangenafweging die vanuit de huidige situatie (*ex nunc*) wordt gemaakt¹⁸², wat geruime tijd is na feiten en omstandigheden waarnaar IATA c.s. bij het hof hebben verwezen ter adstructie van hun betoog (bijv. een rechterlijke uitspraak uit 2018¹⁸³).

¹⁸¹ De Hoge Raad is geen derde feitelijke instantie, zie bijv. A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/50. Het voorwerp van toetsing door de Hoge Raad is niet het geschil, maar de bestreden uitspraak.

¹⁸² Zie bijv. Schenk/Blaauw, *Het kort geding* (A. Algemeen deel), Deventer: Kluwer 2002, p. 15 en Van Nispen, in: *T&C Rv*, art. 254 Rv, aant. 1.d. (online bijgewerkt t/m 1 januari 2024).

¹⁸³ Rb. Noord-Holland 22 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9181. In deze uitspraak wordt bijvoorbeeld ervan uitgegaan dat eind 2019 een nieuw LVB zou worden geïntroduceerd op basis van een op dit moment nog steeds niet in werking getreden wet. Deze uitspraak wordt aangehaald in rov. 2.20 van het vonnis, zoals overgenomen als vaststaand feit door het hof (zie direct onder het kopje feiten van het bestreden arrest). Ook die uitspraak is dus onder ogen gezien door het hof.

ad b. De stelling dat IATA c.s. gerechtvaardigd mocht vertrouwen op het anticiperend handhaven is in rov. 4.26-4.27 met een uitgebreide motivering verworpen. Niet valt in te zien waarom deze stelling dan door het hof in de belangenafweging weer zou moeten worden meegenomen.

ad c. Dit betoog is onder ogen gezien en verworpen door het hof in rov. 4.28. Hiervoor geldt hetzelfde als voor de stelling onder b.

ad d. De onomkeerbare, ernstige gevolgen zijn door het hof onder ogen gezien en ook meegewogen in zowel het oordeel over de ingeroepen beginselen van behoorlijk bestuur (rov. 4.28, 'aanzienlijk nadeel aannemelijk') als in de belangenafweging (rov. 4.34, 'vermoedelijk ernstige schade', met een terugverwijzing naar de 'voorgaande overwegingen' als het gaat om de gestelde schade). Hiermee is deze stelling van IATA c.s. voldoende en kenbaar geadresseerd. Verder maakt deze stelling de afweging die het hof heeft gemaakt, niet onbegrijpelijk.

4.212 De procesinleiding bevat nog een zelfstandige klacht, op p. 40, onder e. Dat het zou gaan om de tijdelijke aanpak van een complex probleem maakt de belangenafweging van het hof evenmin voldoende begrijpelijk gemotiveerd, aldus IATA c.s. De vraag die in deze procedure voorligt is immers relatief eenvoudig: moet de *balanced approach*-procedure worden doorlopen voor de Experimenteerregeling en het stoppen met anticiperend handhaven? Zo het al zou gaan om de aanpak van een complex probleem dan zou dat het hof verder juist tot een zorgvuldigere beoordeling van de voorgenomen maatregelen hebben moeten leiden. De complexiteit van het vraagstuk kan hoe dan ook geen vrijbrief vormen om de *balanced approach*-procedure niet te doorlopen, omdat het doel daarvan juist is om op een zorgvuldige wijze deze complexe belangenafweging uit te voeren.

4.213 De klacht faalt omdat IATA c.s. ervan uitgaan dat het hof de complexiteit van het probleem aangrijpt om de belangenafweging in het nadeel van IATA c.s. te laten uitvallen. Dat doet het hof niet; het is eerder andersom: omdat het een complex probleem is, komt het hof toe aan de belangenafweging die alsnog kan leiden tot toewijzing van de vorderingen. Het is de *tijdelijkheid* van de oplossing van dat complexe probleem die het hof in het nadeel van IATA c.s. meeweegt.

- Subonderdeel 7.3

4.214 Dit subonderdeel is gekant tegen rov. 4.33. Het gaat om het oordeel dat (i) vaststaat dat het LVB 2008 thans niet adequaat is en dat het voor een deel van de omwonenden tot een toename van de overlast leidt, dat (ii) het hof ervan uitgaat dat de Staat – die zich dit realiseert – daadwerkelijk haast zal maken met het vaststellen van een nieuw LVB, en dat (iii) indien die verwachting niet mocht uitkomen, de weg naar de rechter weer openstaat.

4.215 Dit is onbegrijpelijk volgens IATA c.s. Het hof erkent dat de normen in het LVB 2008 thans niet adequaat zijn en dat handhaving daarvan daarom eigenlijk ook ongewenst is. Toch staat het hof het stoppen met anticiperend handhaven toe *in de hoop* dat de Staat snel genoeg een nieuw dan wel adequaat LVB zal vaststellen. Het ligt juist ter beoordeling voor óf de Staat in de overbruggingsperiode (totdat een nieuw LVB is vastgesteld) mag stoppen met anticiperend handhaven. Het is verder juist aan het hof om duidelijkheid te bieden of het in

de overbruggingsperiode is toegestaan om sec te stoppen met anticiperend handhaven, en niet om voor dit geval partijen opnieuw te dwingen om naar de rechter te gaan.

- 4.216 De klacht faalt. Ten eerste heeft het hof meer dan hoop dat de Staat haast zal maken met een nieuw LVB vaststellen. Het heeft de verwachting dat de Staat dit zal doen. Ten tweede oordeelt het hof, anders dan de klacht veronderstelt, over een oplossing voor de tussenperiode (vgl. rov. 4.34, 'het gaat hier om een tijdelijke aanpak'). Ten derde is dit een (snel)kortgeding. Wezenlijk voor het kort geding is dat een voorlopige voorziening wordt gegeven in de omstandigheden zoals die zich op dat moment voordoen. Die omstandigheden kunnen veranderen waardoor er aanleiding kan zijn in een volgend kort geding alsnog een voorlopige voorziening te treffen die eerder was afgewezen of een eerder getroffen voorlopige voorziening op te heffen of te vervangen voor een andere.¹⁸⁴ Het oordeel is niet onbegrijpelijk.

- Subonderdeel 7.4

- 4.217 Het oordeel van het hof in rov. 4.33 en 4.34 is ook onvoldoende begrijpelijk, aldus IATA c.s., omdat het hof niet specifiek motiveert waarom, gelet op alle af te wegen belangen, het is toegestaan om de voorgenomen Experimenteerregeling in te voeren. Dit oordeel is onbegrijpelijk in het licht van de essentiële stellingen zijdens IATA c.s. (verwezen wordt naar subonderdelen 5.11-5.12) ertoe strekkende dat deze keuze onevenredig is.
- 4.218 Ook deze klacht faalt. IATA c.s. leggen niet uit waarom deze stellingen in deze context essentieel zijn. Daartoe zijn zij in beginsel wel gehouden. Dat kan anders zijn als direct duidelijk is waar het essentiële karakter in gelegen is, maar dat is het (voor mij althans) in dit geval niet. Zoals ook de Staat laat optekenen in de schriftelijke toelichting onder 8.9, zie ik in subonderdelen 5.11-5.12 geen essentiële stellingen over onevenredige gevolgen van de Experimenteerregeling.

7.4 Slotsom onderdeel 7

- 4.219 Alle klachten van dit onderdeel falen.
- 4.220 Thans resteert nog het incidenteel cassatieberoep van RSG.

5. Bespreking van het middel in het incidenteel cassatieberoep

Inleiding

- 5.1 De voorwaarde waaronder het incidenteel cassatieberoep door RSG is ingesteld is vervuld. Deze is namelijk dat onderdeel 6 van het principale cassatiemiddel tot vernietiging van het arrest leidt (verweerschrift, tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, p. 4 onderaan). Ik verwijz naar de bespreking van onderdeel 6.
- 5.2 De klachten van RSG richten zich tegen rov. 4.30 (geciteerd in 4.187) en het daarin vervatte oordeel dat geen sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding.

¹⁸⁴ Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2024/39.

Bespreking van de klachten

- 5.3 Volgens RSG getuigt voornoemd oordeel van een onjuiste rechtsopvatting en is het onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd.
- 5.4 RSG wijst erop dat zij in hoger beroep heeft aangevoerd dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding (memorie van antwoord onder 48), omdat het rechtens noodzakelijk is dat alle beslissingen jegens de Staat en RSG ten aanzien van het vaststellen van de capaciteit en de operatie van Schiphol in dezelfde zin luiden. In de pleitnota heeft RSG het volgende gesteld (citaat zonder voetnoot):
- "In ieder geval kan de uitkomst van deze procedure niet zijn dat het hoger beroep van de Staat slaagt, maar de veroordelingen jegens Schiphol overeind blijven. De Staat zou dan in de praktijk niet kunnen bewerkstelligen wat zij met dit hoger beroep wenst te bereiken. En Schiphol komt dan in een rechtvacuüm terecht. Zij wordt dan gedwongen om ofwel het Vonnis, ofwel de wet, te schenden. Dat is onverenigbaar, en leidt tot problemen bij de executie van het arrest. Het is dus rechtens noodzakelijk dat de beslissing ten aanzien van de Staat en Schiphol – voor zover die raken aan het vaststellen van de capaciteit en de operatie van Schiphol – in dezelfde zin luiden. Er is in die zin sprake van een processueel ondeelbare rechtsverhouding."
- 5.5 Het heeft voor de Staat geen nut om regelgeving uit te vaardigen als RSG die naast zich neer mag/moet leggen. In de rechtsverhouding die ziet op de capaciteitsdeclaratie (zoals beïnvloed door de voorgenomen Experimenteerregeling), is het niet mogelijk dat de Staat de Experimenteerregeling mag uitvaardigen, terwijl het RSG (op grond van het vonnis in eerste aanleg of anderszins) is verboden diezelfde Experimenteerregeling in acht te nemen bij het vaststellen van de capaciteitsdeclaratie. Het hof heeft dus miskend dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, althans, zonder nadere motivering valt niet in te zien waarom in de bijzondere omstandigheden van het geval (zoals aangevoerd) van een processueel ondeelbare rechtsverhouding geen sprake is.
- 5.6 Daargelaten of het betoog van RSG inhoudelijk juist is (zie daarover 5.8), heeft zij bij het slagen van de klachten naar mijn mening geen belang. De jegens RSG door de voorzieningenrechter uitgesproken verboden luiden namelijk:

"5. De beslissing

De voorzieningenrechter

[...]

5.3. verbiedt RSG om bij enige in de toekomst te verrichten capaciteitsdeclaratie (CapDec) voor het gebruiksjaar november 2023 tot en met oktober 2024 gevolg te geven aan enige onder 5.1 bedoelde handeling of maatregel vanwege de Staat;

[...]

5.7. verbiedt RSG in haar capaciteitsdeclaratie voor winterseizoen 2023-2024 een verlaagd aantal toegestane vliegtuigbewegingen en/of te alloceren slots te declareren, middels een planningslimiet en/of operationele limiet of anderszins, in verband met:

- a. de voorgenomen regeling van de minister dan wel een regeling die daar substantieel op lijkt, die naar verwachting binnenkort zal worden vastgesteld en waarmee de capaciteit

van de luchthaven met ingang van winterseizoen 2023-2024 naar verwachting zal worden beperkt tot 460.000 vliegtuigbewegingen per gebruiksjaar; of

b. een verzoek van de minister om alvast rekening te houden met de hierboven bedoelde regeling, vooruitlopend op de inwerkingtreding daarvan; of

c. het door de Minister kenbaar gemaakte voornemen het aantal vliegtuigbewegingen op de luchthaven met ingang van het winterseizoen 2023-2024 te (willen) beperken;

[...]."

- 5.7 De beslissing van de voorzieningenrechter heeft dus een bepaalde temporele reikwijdte; het gaat om de capaciteitsdeclaraties voor het winterseizoen 2023-2024 en het zomerseizoen 2024 (dat loopt tot en met oktober 2024). Deze capaciteitsdeclaraties heeft RSG echter al uitgevaardigd *zonder* dat rekening is gehouden met de voorgenomen Experimenteerregeling of met het stoppen met anticiperend handhaven. Dit blijkt uit rov. 3.22 van het bestreden arrest en hetgeen door IATA c.s. is aangevoerd in schriftelijke toelichting onder 0.1.2¹⁸⁵, waarnaar wordt verwezen in die schriftelijke toelichting onder 7.2.4 (in fine). Dit blijkt ook uit hetgeen door RSG zelf is aangevoerd in haar dupliek principaal/replik incidenteel onder 4, waar zij gewag maakt van een eendaags te versturen addendum op de capaciteitsdeclaratie van 28 september 2023. De capaciteitsdeclaratie voor het zomerseizoen 2024 is in december 2023 aangepast naar aanleiding van het opschorten van het experiment en het herintroduceren van het anticiperend handhaven door de Minister (zie 3.15 en 3.16). Wat er ook zij van de rechtsverhouding tussen RSG en de Staat (ondeelbaar of niet), de door de voorzieningenrechter jegens RSG uitgevaardigde verboden zijn daarmee niet langer relevant. Vernietiging van het bestreden arrest en het daarmee 'herleven' van het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter, staat daarom niet in de weg aan het naleven door RSG van door de Staat uit te vaardigen regelgeving.
- 5.8 Dit een en ander volgt weliswaar uit ontwikkelingen die zich na het bestreden arrest hebben voorgedaan (in zoverre is sprake van feitelijke nova), maar voor de beoordeling van de vraag of belang bestaat bij een cassatieberoep kan de Hoge Raad daar acht op slaan.¹⁸⁶ Art. 419 lid 2 Rv heeft uitsluitend betrekking op de feitelijke grondslag voor de middelen en het verweer daartegen. Die bepaling ziet niet op de vraag of als gevolg van een nieuwe ontwikkeling het belang bij een klacht is weggefallen.¹⁸⁷
- 5.9 Ten overvloede merk ik nog op dat naar mijn mening dat *geen sprake* is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Het criterium daarvoor is dat het *rechtens noodzakelijk* is dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen luidt in dezelfde zin. Dat is het geval als uiteenlopende beslissingen zouden leiden tot rechtens onaanvaardbare, want door hun ongelijkheid onwerkbaar, verhoudingen.¹⁸⁸ Die situatie doet zich hier niet voor omdat de Staat de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een capaciteitsdeclaratie heeft geattribueerd

¹⁸⁵ Met een verwijzing naar de brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 14 november 2023, *Kamerstukken II* 2023/24, 29 665, nr. 488, reeds genoemd in 3.15.

¹⁸⁶ A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/58 met in voetnoot 48 onder meer een verwijzing naar HR 6 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7412, NJ 2009/417 m.nt. Ch. Gielen (*Scimed/Medinol, dilatatie ballonkatheter*), rov. 4.3.2.

¹⁸⁷ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/277 (aan het einde), met een verwijzing naar HR 2 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7029, NJ 1978/149 (*Schmidt/Staat*).

¹⁸⁸ A-G Snijders in punt 3.8 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:1007) vóór HR 1 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:495, NJ 2022/151, heeft dit als volgt verwoord: "[...] Het gaat erom of een niet tussen alle betrokkenen gewezen uitspraak 'een rechtens in beginsel onhanteerbare situatie' veroorzaakt. [...]"

aan RSG. Die aanwijzing van RSG kan ook weer worden ingetrokken. Dat is weliswaar niet aan de orde (en naar ik zou menen ook niet wenselijk), maar mogelijk is het op zichzelf wel. RSG is overigens pas in 2019 aangewezen om de capaciteitsdeclaratie vast te stellen. Daarmee is het niet *noodzakelijk* dat de beslissingen jegens de Staat hetzelfde luiden als die jegens RSG.

- 5.10 Aan het einde van het middel (p. 9, onder b.) is nog de volgende klacht opgenomen. Voor zover het hof in rov. 4.30 heeft geoordeeld dat geen rechtsmiddel is ingesteld jegens RSG, is dat oordeel onbegrijpelijk en onjuist. Nu sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, mocht de Staat als appellant medegedaagde RSG niet alleen op de voet van art. 118 Rv oproepen maar ook (mee)dagvaarden in hoger beroep. De Staat heeft dit ook gedaan (zie de toelichting in de spoedappeldagvaarding, de ingesprongen tekst onder 1.1).
- 5.11 Deze klacht faalt wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 4.30 niet geoordeeld dat geen rechtsmiddel is ingesteld tegen RSG. Verder is de (veronder)stelling van RSG dat sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding onjuist (zie zojuist), zodat de Staat medegedaagde RSG niet *kon* dagvaarden in hoger beroep (wat mogelijk mede verklaart waarom is gekozen RSG op de voet van art. 118 Rv in het geding te roepen).

Slotsom incidenteel cassatieberoep

- 5.12 Uit het voorgaande volgt dat de door RSG aangevoerde klachten falen bij gebrek aan belang. Voor bekrachtiging van de uitspraak van de voorzieningenrechter voor zover gewezen tussen IATA c.s. en RSG (zie 4.199) bestaat in die omstandigheden geen aanleiding.

6. Conclusie

De conclusie strekt:

- in het principaal cassatieberoep van IATA c.s. tot vernietiging van het bestreden arrest van het hof Amsterdam van 7 juli 2023 en tot verwijzing van de zaak naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing;
- in het incidenteel cassatieberoep van RSG tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

23/03380

Ondertekening Conclusie P.G.

ECLI:NL:PHR:2024:377

Handtekeningen

Drijber, mr. B.J.

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'B.J. Drijber', enclosed within a faint, irregular circular or oval shape.