

Het milieurecht en de verdeling van schaarse publieke rechten

Naar een effectievere bescherming van het milieu?

Jaap van Rijn van Alkemade¹

Hoewel het milieurecht in toenemende mate grenzen stelt aan de mogelijkheden voor het bestuur om toestemming te verlenen voor milieubelastende projecten of activiteiten, kan op dit moment nog niet worden gezegd dat milieuvergunningen en emissierechten daadwerkelijk schaarse publieke rechten zijn. In de praktijk bestaat vooral aandacht voor de vraag hoe binnen de grenzen van het Europese milieurecht zo veel mogelijk ruimte gecreëerd kan worden voor ruimtelijke ontwikkelingen. Hoewel dit streven vanuit economisch perspectief begrijpelijk is, is het vanuit milieuperspectief beslist niet ideaal. Door een combinatie van een programmatische en een marktconforme aanpak, zoals in de Verenigde Staten kan het milieurecht nadrukkelijker in het teken van de verdeling van schaarse publieke rechten komen te staan.

Een van de grootste uitdagingen van deze tijd wordt gevormd door het mondiale klimaatprobleem. Op internationaal niveau bestaat consensus over de noodzaak om een halt toe te roepen aan de overbelasting van het ecosysteem. Op EU-niveau heeft deze consensus zich inmiddels vertaald in juridisch bindende resultaatsverplichtingen om de uitstoot van broeikasgassen te verminderen, lucht-, water- en bodemverontreiniging tegen te gaan en de natuur te beschermen. In dit essay staat de – wetenschappelijk en maatschappelijk relevante – vraag centraal of deze ontwikkeling tot gevolg heeft dat bepaalde besluitvorming in het milieurecht gekarakteriseerd kan worden als besluitvorming over de verdeling van schaarse publieke rechten. Dit zijn rechten die op basis van het publiekrecht worden verleend en waarnaar de vraag groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod. Gekeken wordt naar twee publieke rechten: milieuvergunningen en emissierechten (par. 1). Het blijkt dat beide publieke rechten niet werkelijk schaars zijn (par. 2). Dit roept de

vraag op naar de effectiviteit van het milieurecht (par. 3). Geconcludeerd wordt dat het milieurecht, teneinde de Europese milieudoelstellingen te behalen, meer zou moeten inzetten op een marktconforme aanpak (par. 4).

1. Milieu-ruimteconflicten op de snijvlakken van milieu, ruimtelijke ordening en economie

Het milieurecht staat steeds meer in het teken van de regulering van schaarste.² Sinds de Club van Rome in de jaren zeventig van de vorige eeuw voor het eerst de noodklok heeft geluid over de mogelijk catastrofale gevolgen van een ongeremde groei van de wereldbevolking voor natuur en milieu,³ beoogt een omvangrijk corpus aan (inter)nationale en Europese milieuwetgeving het ecosysteem te beschermen en klimaatverandering tegen te gaan. Terwijl het wetenschappelijk bewijs voor klimaatverandering en onze bijdrage daaraan zich opstapelt,⁴ gaat deze milieuwetgeving steeds vaker uit van concrete en meetbare resultaatsverplichtingen om de uitstoot van broeikasgassen te verminderen, lucht-, water- en bodemverontreiniging tegen te gaan en de natuur te beschermen. Zogenoemde 'emissieplafonds' en 'grenswaarden' drukken met behulp van concrete getallen uit hoeveel milieuvervuiling op een bepaald moment op een bepaalde plaats maximaal toelaatbaar is.⁵ Aldus wordt er een grens gesteld aan de totale hoeveelheid 'immissies'; de opname van milieuverontreinigende stoffen in lucht,

Emissieplafonds en milieukwaliteitseisen doen een vorm van (potentiële) schaarste ontstaan

water of bodem.⁶ Tegelijkertijd doen emissieplafonds en milieukwaliteitseisen een vorm van (potentiële) schaarste ontstaan: door hun werking is de uitvoering van projecten of activiteiten die invloed (kunnen) hebben op het milieu in beginsel afhankelijk van de beschikbaarheid van voldoende 'milieugebruiksruimte'.⁷

In het kleine, dichtbevolkte Nederland lijkt deze milieugebruiksruimte steeds vaker ook daadwerkelijk schaars te zijn. Dit levert sinds enkele jaren steeds meer spanningen op met de doelstellingen van het ruimtelijk bestuursrecht: het mogelijk maken van nieuwe ontwikkelingen zoals de aanleg van snelwegen, industrieterreinen, woonwijken en dergelijke.⁸ Regelmatig lopen zij vertraging op omdat omwonenden of milieuorganisaties bij de bestuursrechter klagen dat voor de projecten in kwestie onvoldoende milieugebruiksruimte beschikbaar is. Dergelijke geschillen zijn door De Roo treffend gekarakteriseerd als 'milieu-ruimteconflicten'.⁹ Een zeer actueel voorbeeld van een dergelijk conflict vormt de momenteel hoogoplopende, juridische strijd over de vergunningverlening voor drie nieuwe kolencentrales.¹⁰ Een belangrijke vraag die de partijen in dit geschil (met als appellanten o.a. Greenpeace en Stichting Natuur en Milieu) verdeeld houdt, is of het nationale emissieplafond voor zwaveldioxide uit de NEC-richtlijn¹¹ de bouw van deze drie centrales toelaat.¹² Voor de Afdeling staat namelijk vast dat Nederland dit plafond, mede als gevolg van de bouw van deze drie centrales, momenteel dreigt te overschrijden.

Hoewel de term 'milieu-ruimteconflict' van oorsprong is gereserveerd voor bepaalde geschillen op het grensvlak tussen milieu en ruimtelijke ordening, meen ik dat zij ook geschikt is als aanduiding voor een categorie geschillen op een ander snijvlak, namelijk dat van milieu en economie. Gedoeld wordt op geschillen over de verdeling van zogenoemde 'verhandelbare emissierechten'.¹³ Emissierechten zijn 'milieugebruiksrechten'. Eén emissierecht geeft de houder het overdraagbare recht

om gedurende een bepaalde periode een emissie van één ton kooldioxide-equivalent in de lucht te veroorzaken (art. 1.1 lid 1 Wm). Bedrijven die zijn onderworpen aan het systeem van handel in emissierechten (*cap-and-trade*) hebben emissierechten nodig om hun jaarlijkse uitstoot te 'dekken'. Over hun initiële toedeling (aan het begin van een handelsperiode) kunnen gemakkelijk geschillen ontstaan.¹⁴

De conclusie is onontkoombaar: milieuvergunningen zijn publieke rechten die alleen *in abstracto* schaars zijn

2. Milieu-ruimteconflicten: geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten?

De zojuist beschreven milieu-ruimteconflicten vertonen interessante raakvlakken met geschillen over de verdeling van zogenoemde 'schaarse publieke rechten'. Schaarse publieke rechten zijn rechten die op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden verleend en waarvan de vraag groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod.¹⁵ Zij komen op verschillende rechtsterreinen voor.¹⁶ Enkele voorbeelden zijn de frequentievergunning (Telecommunicatiewet), de openbaarvervoer-concessie (Wet openbaar vervoer 2000), de vrijstelling van het verbod op zondagsopenstelling (Winkeltijdenwet), de kansspelvergunning (Wet op de kansspelen) en de cultuursubsidie (Wet op het specifiek cultuurbeleid). De verdeling van deze (en andere) op het eerste

Auteur

1. Mr. J.M.J. van Rijn van Alkemade is als onderwijs- en onderzoekmedewerker verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Hij werkt aan een proefschrift over rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten. Met dank aan prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

Noten

2. F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen. Enkele beschouwingen over de toekomst van het omgevingsrecht* (afscheidsrede UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2010; VROM-raad, *Dynamiek in gebiedsgericht milieubeleid. Ontwikkelen door herschikken*, Den Haag 2009; F.J. van Ommeren,

Schaarse vergunningen (oratie VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 70-71.

3. Rapport van de Club van Rome, *Grenzen aan de groei*, Utrecht: Spectrum 1973.

4. R.K. Pachouri e.a. (red.), *Climate Change 2007* (vierde klimaatrapport van het IPCC), Cambridge: Cambridge University Press 2007.

5. Emissieplafonds stellen een numerieke grens aan de jaarlijkse uitstoot van milieuvervuilende stoffen vanuit een bepaalde bron. Grenswaarden stellen een 'concentratieplafond' in; een numeriek maximum aan de totale concentratie van een bepaalde stof in de lucht, het water of de bodem. Zie nader: L.A.J. Spaans, *Milieukwaliteitsnormstelling. Over de wijze van milieukwaliteitsnormstelling binnen de democratische rechtsstaat* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

6. L.A.J. Spaans & F.C.M.A. Michiels, *De waarde(n) van milieukwaliteitsnormen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000,

p. 16.

7. VROM-raad 2009, p. 16: 'Met de term milieugebruiksruimte [wordt] die ruimte bedoeld die gebruikt kan worden totdat de heersende norm wordt overschreden. Zolang de norm niet is overschreden resteert een bepaald deel van de totale milieugebruiksruimte voor eventuele additionele milieubelastende activiteiten'.

8. Koeman 2010, p. 6-10; VROM-raad 2009.

9. G. de Roo, *Planning per se, planning per saldo. Over conflicten, complexiteit en besluitvorming in de milieuplaning* (diss. Groningen), Den Haag: Sdu 1999.

10. F.M. Fleurke & A. Trouwborst, 'Kolencentrales, robuuste verbindingen en EU-milieurichtlijnen: balanceren tussen nationale en Europese doelstellingen', *TO* 2011, p. 95-103.

11. Richtlijn 2001/81/EG.

12. ABRvS 29 april 2009, *LJN* BI2681, *LJN* BI2684, *LJN* BI2680; HvJ EU 16 december

2010, gevoegde zaken nr. C-165/09 t/m

C-167/09, *JM* 2010, 38, m.nt. Douma (concl. A-G Kokott); HvJ EU 26 mei 2011, gevoegde zaken nr. C-165/09 t/m

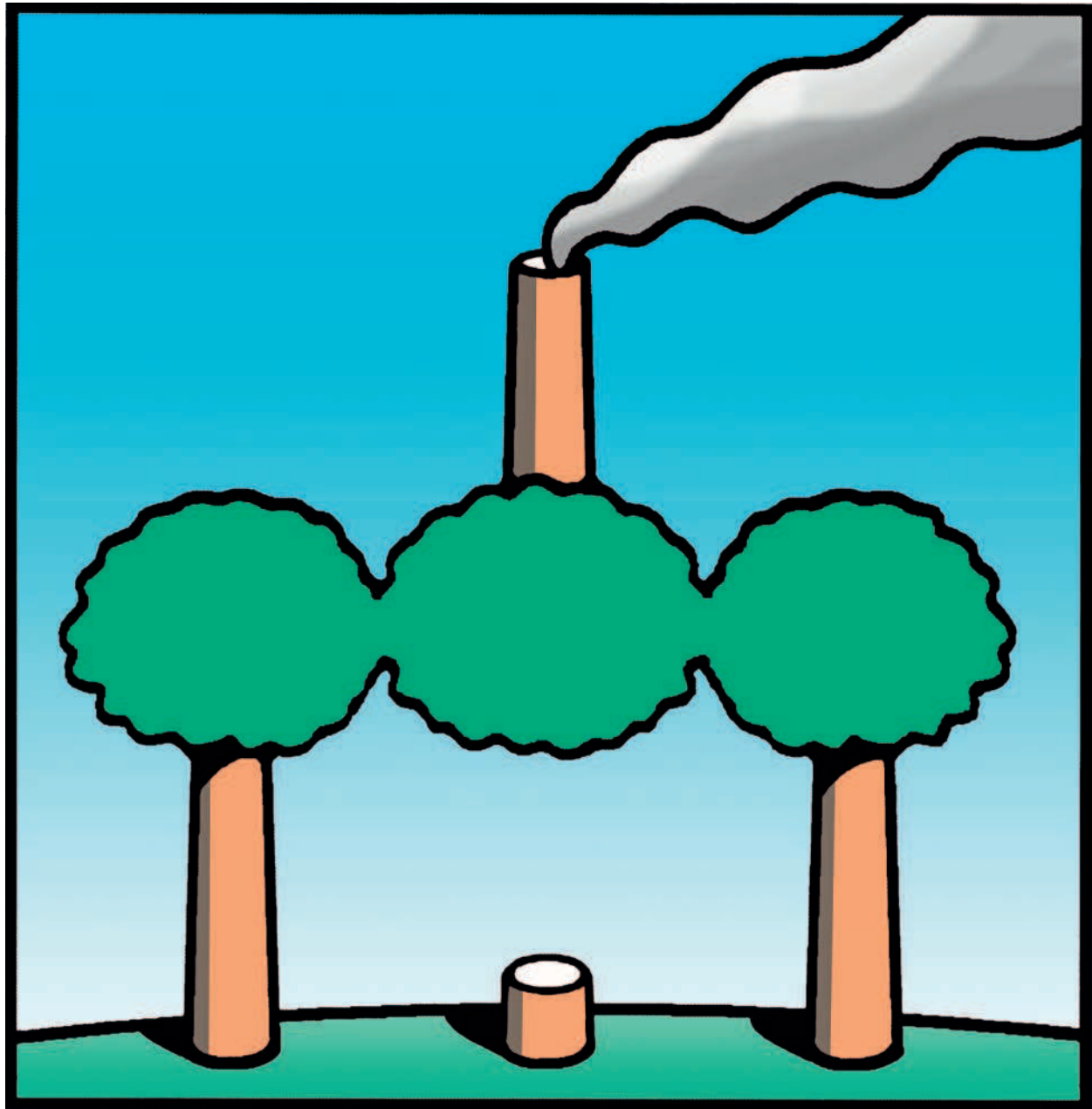
C-167/09, *JM* 2011, 77, m.nt. Douma.

13. R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten. Juridische aspecten van emissiehandel voor CO₂ in Nederland en de Europese Unie*. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005.

14. Zie voor een voorbeeld: P. van Aardene & M. Mehilal, 'Emissiehandel op het snijvlak van milieu en economie. Een nadere beschouwing van de windfall-profitskorting', in: W.Th. Braams, A.B. van Rijn & M.W. Scheltema (red.), *Klimaat en recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 201-218.

15. C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 180-182.

16. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011.



gezicht zeer verschillende rechten, blijkt in de praktijk een aantal gemeenschappelijke vragen op te roepen, onder andere naar de rechtsnormen die gelden voor het 'maximeren' en verdelen van publieke rechten, naar de (soms dubieuze) betrokkenheid van marktpartijen en andere belanghebbenden bij het verdeelproces, naar de (vaak beperkte) mogelijkheden voor nieuwkomers om een schaars publiek recht te bemachtigen en *last but not least* naar de rechtsbescherming van partijen die bij een verdeling buiten de boot (dreigen te) vallen.¹⁷

De vraag is nu, of milieu-ruimteconflicten zoals beschreven in de inleiding, als geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten kunnen worden getypeerd. Deze vraag is in de eerste plaats wetenschappelijk interessant: het antwoord leert ons iets over het bereik en de toepassingsmogelijkheden van het, momenteel nog in de kinderschoenen staande, algemene leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten. Ten tweede heeft de vraag

ook een duidelijke maatschappelijke relevantie: zoals later nog zal blijken, is zij namelijk nauw verbonden met de vraag naar de effectiviteit van het milieurecht (par. 3).

2.1 Geschillen over milieuvergunningen

Het eerste voorbeeld uit de inleiding betrof het veelbesproken geschil over de bouw van drie kolencentrales. Voor de oprichting en ingebruikname van een kolencentrale is onder andere een milieuvergunning vereist.¹⁸ Kan deze vergunning schaars zijn? Die vraag laat zich niet eenvoudig beantwoorden. De milieuvergunning is in ieder geval een publiek recht, want zij wordt op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid verleend (art. 2.1 lid 1 onderdeel e Wabo). Van belang is verder dat in een milieuvergunning emissiegrenswaarden moeten worden opgenomen als uit de vergunde inrichting 'aanmerkelijke hoeveelheden stoffen kunnen vrijkomen die (...) nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken' (art. 5.5 lid

De introductie van emissierechten, vaak benoemd als een toonbeeld van de ‘economisering van het bestuursrecht’ vormt tot nu toe eerder een voorbeeld van falende marktwerking

2 Bor). In feite wordt de vergunninghouder dan een gemitereerde hoeveelheid milieugebruiksruimte toegekend. Deze milieugebruiksruimte vormt de *beperking* waaronder de milieuvergunning wordt verleend. Als voor de vastgestelde emissiegrenswaarde tevens een nationaal emissieplafond op basis van de NEC-richtlijn geldt, dan is de vergunde milieugebruiksruimte tegelijkertijd een (potentieel) schaars publiek recht. De milieuvergunning is in dat opzicht vergelijkbaar met de frequentievergunning, die onder beperking van een bepaalde hoeveelheid frequentieruimte wordt verleend.¹⁹

Althans, in theorie. In de procedures over de drie kolencentrales heeft de ABRvS enkele prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Aanleiding voor het stellen van deze vragen was de vaststelling destijds dat Nederland het nationale emissieplafond voor zwaveldioxide dreigt te overschrijden (par. 1).²⁰ Dit riep bij de Afdeling onder meer de vraag op of een lidstaat in het geval van een (dreigende) overschrijding van een emissieplafond verplicht is om een aangevraagde milieuvergunning te weigeren of daar nadere voorschriften of beperkingen aan te verbinden. Van belang is dat de vraag van de Afdeling en het antwoord van het Hof zien op een door de richtlijn ingestelde overgangperiode, die afliep op 31 december 2010.

In zijn uitspraak benadrukt het Hof het ‘programmatische karakter’ van de NEC-richtlijn.²¹ Het overweegt dat de nationale emissieplafonds ex art. 4 NEC-richtlijn ‘doelstellingen’ vormen ‘die uiterlijk op 31 december 2010 moeten zijn bereikt’. Bij het verwezenlijken van deze doelstellingen komt de lidstaten een ‘grote speelruimte’ toe (r.o. 75). Art. 4 NEC-richtlijn schrijft de lidstaten geen ‘specifieke maatregelen of beleidsopties’ voor en is als zodanig ‘onvoldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk’ om vóór 31 december 2010 rechtstreekse werking te kunnen hebben (r.o. 98). Gelet op het voorgaande, zijn de lidstaten gedurende de overgangperiode tot eind 2010 niet verplicht om een milieuvergunning ‘te weigeren of te beperken’ als door vergunningverlening het emissieplafond (verder) zou worden overschreden. In dat laatste geval zijn de lidstaten ook niet gehouden om ‘specifieke compenserende maatregelen’ te nemen om deze (verdere) overschrijding weer ongedaan te maken (r.o. 105).²² De nationale emissieplafonds uit de NEC-richtlijn werken dus, in

ieder geval gedurende de overgangperiode, niet zoals ‘echte’ plafonds, die, als zij bereikt zijn, fungeren als een imperatieve weigeringsgrond voor nieuwe aanvragen.²³ De conclusie is onontkoombaar: milieuvergunningen zijn publieke rechten die – volgens de laatste stand van de Hof-jurisprudentie althans – alleen *in abstracto* schaars zijn.

Daarmee is overigens nog niet gezegd dat de weg nu vrij is voor de drie kolencentrales. Het Hof overweegt namelijk ook dat de vergunningverlening de doelstellingen van de richtlijn niet ‘ernstig in gevaar’ mag brengen. Of dit het geval is, moet de nationale rechter per aangevochten besluit om een vergunning te verlenen controleren (r.o. 91). Ook kunnen de milieuorganisaties zich beroepen op art. 6 NEC-richtlijn, waarin de verplichting voor de lidstaten is neergelegd om programma’s voor een geleidelijke reductie van zwavel- en stikstofdioxide op te stellen en zo nodig bij te werken en te herzien. De rechter moet in dat geval toetsen of deze programma’s ‘geschikt zijn om de emissies van de bedoelde verontreinigende stoffen te beperken, zodat uiterlijk eind 2010 aan de nationale plafonds wordt voldaan’ (r.o. 104).

Een interessante vraag tot slot is wat de status van de nationale emissieplafonds is, nu de overgangperiode is afgelopen. Fungeren de emissieplafonds in geval van overschrijding nu wel als een imperatieve weigeringsgrond voor nieuwe aanvragen voor een milieuvergunning? De uitspraak biedt op dit punt weinig houvast. Niettemin zijn er enige aanwijzingen dat nu de overgangperiode is afgelopen, een strenger regime geldt. Zo karakteriseert het Hof de overgangperiode als een periode waarin de lidstaten de emissieplafonds *nog* niet in acht hoeven te nemen (r.o. 80). Ook is de verklaring van het Hof dat art. 4 NEC-richtlijn geen rechtstreekse werking heeft temporeel beperkt tot 31 december 2010 (r.o. 98). Dat lijkt te impliceren dat als de emissieplafonds nu nog steeds worden overschreden, milieuorganisaties zich wél rechtstreeks op deze bepaling kunnen beroepen. Nadere jurisprudentie zal een eind aan deze rechtsonzekerheid moeten maken.

2.2 Geschillen over emissierechten

Het tweede voorbeeld dat in de inleiding ter sprake kwam, betrof een geschil over de toewijzing van emissie-

17. F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolsinkel, ‘Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben’, *NJB* 2011/1470, p. 1858-1866.

18. Inmiddels heet deze vergunning de ‘omgevingsvergunning voor een inrichting’. In dit pre-essay gebruik de oude, beter leesbare aanduiding ‘milieuvergunning’.

Overigens is in bedoelde procedures nog het oude recht van toepassing en gaat het dus om een Wm-vergunning.

19. Zie CBB 3 maart 2006, *LJN* AV3464, r.o. 7.2.1. Een belangrijk verschil is natuurlijk wel dat frequentieruimte van nature schaars is, terwijl milieugebruiksruimte ‘kunstmatig’ schaars is.

20. ABRvS 29 april 2009, *LJN* BI2681, r.o.

2.11.1.

21. HvJ EU 26 mei 2011, *supra*.

22. Deze verwerping van de plicht tot compensatie staat overigens haaks op de huidige ontwikkeling van het Nederlandse milieurecht, waarin de compensatieverplichting juist steeds meer centraal komt te staan. Vgl. H.D. Tolsma, ‘Naar meer flexibiliteit in het omgevingsrecht: het compensa-

tiebeginsel centraal?’, *TO* 2011, p. 44-51.

23. Voor het subsidieplafond volgt dit uit art. 4:25 lid 2 Awb. Voor het vergunningenplafond volgt dit uit vaste jurisprudentie. Zie bijv. CBB 7 juli 2011, *LJN* BR5448 en *LJN* BR5449; ABRvS 14 maart 2007, *AB* 2007/212, m.nt. J.H. Jans.

rechten. Zijn emissierechten schaarse publieke rechten? Deze vraag lijkt ogenschijnlijk eenvoudig te beantwoorden. Emissierechten zijn 'publieke rechten'; zij worden namelijk op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid verleend (art. 16.29 Wm). Hun aanbod wordt gemaximeerd door een nationaal emissierechtenplafond (art. 16.29 lid 1 onderdeel a Wm). Als de vraag naar emissierechten groter is dan het aanbod, dan zijn zij dus schaars. Van daadwerkelijke schaarste blijkt tot op heden echter nog nauwelijks sprake. Dat komt doordat veel lidstaten (ook Nederland) hun eigen industrie hebben beschermd door deze (te) veel emissierechten toe te kennen.²⁴ Het voorspelbare gevolg was een ineenstorting van de markt. Op het dieptepunt in mei 2007 kostte een emissierecht nog maar € 0,50 per stuk.²⁵ De introductie van emissierechten, vaak benoemd als een toonbeeld van de 'economisering van het bestuursrecht',²⁶ vormt tot nu toe eerder een voorbeeld van falende marktwerking.²⁷ In de praktijk zijn emissierechten publieke rechten die vooralsnog vooral *potentieel* schaars zijn.

Het disfunctioneren van de emissiehandel heeft inmiddels tot een ingrijpende aanpassing van de richtlijn geleid.²⁸ Een belangrijke verandering is dat er vanaf 2013 één emissieplafond komt voor de gehele EU, dat jaarlijks wordt verlaagd. Naar verwachting zullen emissierechten hierdoor schaarser worden. Verder zal het overgrote deel van de emissierechten bij uitgifte worden geveild.²⁹ Ook valt de luchtvaartsector per 1 januari 2012 onder het systeem.³⁰

2.3 Tussenconclusie

De slotsom is duidelijk: schaarste is een relatief begrip in het milieurecht. Vooralsnog fungeren de nationale emissieplafonds niet werkelijk als plafonds en zijn emissierechten niet werkelijk schaars. Dat betekent dat milieuruimteconflicten momenteel niet als geschillen over de verdeling van *schaarse* publieke rechten kunnen worden beschouwd. Daarmee is echter niet gezegd dat dit leerstuk geen relevantie heeft voor het milieurecht. Milieuvergunningen en emissierechten zijn in aanleg schaarse publieke rechten. Wellicht zullen zij in de toekomst daadwerkelijk schaars worden. Zo is het beslist niet ondenkbaar dat, als Nederland de emissieplafonds uit de NEC-richtlijn blijft overschrijden, het Hof de teugels strakker zal gaan aantrekken. Verder zal de vraag naar emissierechten na 2013 waarschijnlijk toenemen. Het ziet er naar uit dat het thema 'verdeling van schaarse publieke rechten' in de (nabije) toekomst een prominente(re) rol zal gaan spelen in het milieurecht.³¹ Bovendien roept de constatering dat schaarste in het milieurecht een relatief begrip is een zeer wezenlijke vervolgvraag op, namelijk naar de effectiviteit van het milieurecht.³² Kan het milieu effectief worden beschermd als het recht om te vervuilen geen absolute grens kent (milieuvergunningen) of overvloedig beschikbaar is (emissierechten)?

3. Schaarse publieke rechten en de effectiviteit van het milieurecht

Vanuit milieuperspectief vormt de combinatie van een disfunctionerende emissiehandel en nationale emissieplafonds die door de bouw van kolencentrales doorbroken mogen worden een zorgwekkende situatie. Het behalen

De realiteit is dat milieudoelstellingen altijd moeten concurreren met economische belangen

van de internationale en Europese klimaatdoelstellingen lijkt bij deze stand van zaken zeker niet gegarandeerd. De vraag rijst of het milieurecht gebaat zou zijn bij de introductie van 'echte' schaarse publieke rechten. Is het wenselijk dat emissierechten daadwerkelijk schaars worden en dat de nationale emissieplafonds als ondoorbreekbare plafonds gaan functioneren? Een positief antwoord ligt voor de hand als het gaat om emissierechten (par. 3.1), maar voor milieuvergunningen ligt dat lastiger (par. 3.2).

3.1 Emissierechten: mag het ietsje minder zijn?

Door een systeem van handel in emissierechten in het leven te roepen, heeft de Europese milieuwetgever er bewust voor gekozen om het uitstoten van broeikasgassen voor een bepaalde categorie bedrijven tot een schaars publiek recht te maken. Aangezien zij hun emissies zelf moeten monitoren en registreren (art. 16.12 lid 1 Wm), brengt emissiehandel voor de deelnemende bedrijven, naast extra financiële lasten, niet geringe administratieve lasten met zich mee. Des te pijnlijker dus, dat de bijdrage van emissiehandel aan het verminderen van het broeikas-effect vooralsnog beperkt is. Hopelijk wordt de voorspelling dat emissierechten na 2013 schaarser zullen worden, bewaarheid.

3.2 Schaarse milieuvergunningen: een wenkend perspectief?

Anders dan met de Richtlijn handel in emissierechten, heeft de milieuwetgever met de NEC-richtlijn niet (specifiek) beoogd om schaarse publieke rechten te introduceren. De NEC-richtlijn kent zoals gezegd een programmatisch karakter en laat de lidstaten veel vrijheid bij het kiezen van de middelen om de door de richtlijn gestelde doelen te bereiken (par. 2). In ieder geval tot eind 2010 was Nederland niet verplicht om milieuvergunningen als schaarse publieke rechten te behandelen. Tegelijkertijd bestaan er, gegeven de grote vrijheid die de NEC-richtlijn de lidstaten laat, ook geen belemmeringen om dit wél te doen. Nederland *kan* de nationale emissieplafonds dus implementeren als ondoorbreekbare plafonds. Vanuit milieuperspectief valt een dergelijke 'nationale kop' op de NEC-richtlijn uiteraard toe te juichen. Met ondoorbreekbare plafonds is het halen van de Europese milieudoelstelling (voor Nederland) immers in principe gegarandeerd.

Daarmee is het pleit echter nog niet beslecht. De realiteit is namelijk dat milieudoelstellingen altijd moeten concurreren met economische belangen. Vanuit economisch perspectief is de afgelopen jaren stevige kritiek geuit op het hanteren van met name grenswaarden als ondoorbreekbare plafonds.³³ Kern van deze kritiek is dat ondoorbreekbare plafonds een maatschappelijk onaan-

vaardbare hinderpaal voor ruimtelijke ontwikkelingen vormen (par. 1).³⁴ De verplichting om vooraf aan te tonen dat een voorgenomen besluit niet zal leiden tot overschrijding van een plafond stelt het bestuur voor een moeilijke opgave. De hoeveelheid beschikbare en benodigde milieugebruiksruimte laat zich vooraf namelijk lastig inschatten.³⁵ Zo kan niet exact worden voorspeld hoe intensief een geplande weg zal worden gebruikt en heeft de mate van economische groei grote invloed op de totale hoeveelheid uitstoot in een jaar. Het gevolg is dure, complexe en kwetsbare besluitvorming, die door bestuursrechtelijke procedures al snel (jaren) vertraging kan oplepen, of zelfs onuitvoerbaar kan blijken.

Het antwoord van de wetgever op deze kritiek is de 'programmatische aanpak'.³⁶ In een programmatische aanpak kunnen projecten die leiden tot een (verdere) overschrijding van een grenswaarde of emissieplafond toch doorgang vinden, mits deze overschrijding later wordt gecompenseerd door maatregelen die er voor zorgen dat de milieukwaliteit per saldo ten minste gelijk blijft.³⁷ Plannen vormen in deze aanpak het centrale sturingsmechanisme. Geplande projecten en daar tegenover staande compensatiemaatregelen worden opgenomen in 'gebieds(ontwikkelings)plannen' of 'samenwerkingsprogramma's'. Een belangrijk voordeel van deze aanpak is dat het bestuur niet langer van geval tot geval hoeft te bezien of er voor een project voldoende milieugebruiksruimte beschikbaar is. Het hoeft in beginsel slechts te beoordelen of een gepland project binnen het vigerende plan past. Ruimtelijke besluitvorming wordt zo aanmerkelijk vereenvoudigd. De programmatische aanpak beantwoordt daarmee aan een begrijpelijk streven naar een flexibel en hanteerbaar milieurecht. Ook sluit deze aanpak goed aan op de NEC-richtlijn (par. 2.1).

Toch meen ik dat het milieurecht met de programmatische aanpak (nog) niet op de goede weg zit.³⁸ Een groot bezwaar is dat de milieukosten voor de milieubaat uitgaan. Reële milieuvervuiling wordt weggestreept tegen geplande milieuverbeterende maatregelen, die nog slechts op papier realiteit zijn. Welke risico's daaraan zijn verbonden, leert de ervaring met het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL), een bundeling gebiedsplanen gericht op het in 2015 bereiken van de Europese

grenswaarden voor luchtkwaliteit. Zo is de 'milieuwinst' van de in het NSL opgenomen maatregel van het rekeningrijden al ingeboekt, maar zijn de plannen voor rekeningrijden inmiddels weer van tafel.³⁹ Gevreesd moet worden dat de programmatische aanpak uitgaat van een ongerechtvaardigd vertrouwen in het bestaan van de politieke bereidheid om, als puntje bij paaltje komt, de geplande (impopulaire) milieumaatregelen daadwerkelijk uit te voeren. Dat maakt het van extra groot belang dat milieuorganisaties en andere belanghebbenden effectieve mogelijkheden hebben om bij de bestuursrechter te klagen over 'ondercompensatie' van in het NSL opgenomen projecten. Gaat het om het uitvoeren van NSL-projecten, dan bestaat er aan politieke bereidheid over het algemeen namelijk géén gebrek. De mogelijkheden om te klagen over 'ondercompensatie' zijn echter zeer beperkt.⁴⁰

Reële milieuvervuiling wordt weggestreept tegen geplande milieuverbeterende maatregelen

In een (zuiver) programmatische benadering dreigt flexibilisering van het milieurecht al met al ten koste te gaan van de effectieve bescherming van het milieu. Een terugkeer naar de rigide benadering waarin grenswaarden en emissieplafonds onder geen enkel beding mogen worden overschreden, lijkt vanwege de eerder genoemde bezwaren daartegen echter ook geen haalbare kaart. De milieuvergunning als (potentieel) schaarse vergunning vormt een onrealistisch streven. Hoe uit dit dilemma te geraken? Mijns inziens moet de oplossing worden gezocht in een meer marktconforme invulling van de programmatische aanpak. Deze elegante oplossing is enkele jaren geleden bepleit door Amorij en Peeters.⁴¹ In hun artikel bespreken zij het luchtkwaliteitsbeleid van de VS en gaan zij na in hoeverre het mogelijk en wenselijk is om dit beleid in te voeren in Nederland en de EU.

24. Europees handelssysteem voor CO₂-emissierechten. Implementatie in Nederland (rapport Algemene Rekenkamer), Kamerstukken II 2007/08, 31 252, nr. 1-2, p. 15.

25. Kamerstukken II 2007/08, 31 252, nr. 1-2, p. 12.

26. Zie voor dit vershijsel: R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 205.

27. Vgl. F. van der Zalm e.a., *Public interest in the implementation of the EU ETS in the Netherlands: stakeholder perspectives* (WRR Webpublicatie nr. 61), p. 19-20. Zie www.wrr.nl/content.jsp?objectid=5806.

28. Richtlijn 2009/29/EG.

29. Kamerstukken II 2010/11, 32 667, nr. 3, p. 11.

30. Richtlijn 2008/101/EG.

31. Vgl. Koeman 2010; VROM-Raad 2009.

32. Vgl. G.A. Biezeveld, *Onze ecologische voetafdruk: hoe het milieurecht kan helpen die te verkleinen* (oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2009; Peeters 2009; H. Somsen, 'Schuttingtaal in het milieurecht?', in: Y. Buruma (red.), *Op het rechte pad* (liber amicorum P.J.P. Tak), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 63-74.

33. De emissieplafonds uit de NEC-richtlijn hebben tot nu toe nog geen grote rol gespeeld in deze discussie. Vgl. Fleurke & Trouwborst 2011.

34. Zie bijv. Koeman 2010, p. 7-14; VROM-raad 2009, p. 37-40.

35. Dit probleem speelt niet bij 'echte' schaarse publieke rechten: het bestuur weet in dat geval precies hoeveel rechten reeds zijn uitgegeven en hoeveel rechten er nog beschikbaar zijn.

36. Tolsma 2011; Koeman 2010.

37. Ch.W. Backes, 'Het compensatiebeginsel in de compacte stad', in: M. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Het milieurecht van de compacte stad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 61-62.

38. Anders: Koeman 2010, p. 13.

39. VROM-Raad 2009, p. 34. Onlangs heeft de VNG namens de gemeenten een 'brandbrief' gestuurd naar staatssecretaris

Atsma, met daarin het klemmende verzoek om aanvullende rijksmaatregelen teneinde het wegvalLEN van rekeningrijden te compenseren. Gevreesd wordt dat anders in 2015 niet overal voldaan zal zijn aan de Europese grenswaarden voor luchtkwaliteit. Zie www.vng.nl/eCache/DEF/1/09/186.html.

40. W.J. Bosma, 'De betekenis van de programmatische aanpak van luchtkwaliteit voor de rol van de belanghebbende', *TO* 2008, p. 136-145.

41. S. Amorij & M. Peeters, 'Saldering en marktwerking in het luchtkwaliteitsbeleid van de VS: een inspiratiebron voor Nederland en de EU', *M&M* 2006, p. 285-290.

Het luchtkwaliteitsbeleid van de VS combineert een programmatische met een marktconforme aanpak. Voor verschillende luchtverontreinigende stoffen gelden grenswaarden. De deelstaten zijn verplicht om implementatieplannen op te stellen om deze grenswaarden te 'halen'. Om te voorkomen dat rigide grenswaarden een rem zetten op ruimtelijke ontwikkeling, is een systeem van handel in 'emissiereductiekredieten' in het leven geroepen. Bedrijven die met hun uitstoot onder een voor hen vastgestelde emissiegrenswaarde blijven, kunnen hun overschot aan milieugebruiksruimte laten registreren als emissiereductiekrediet. Dit krediet kunnen zij verkopen, of laten opslaan (*banking*) om later bijvoorbeeld een bedrijfsuitbreiding mogelijk te maken. Emissiereductiekredieten kunnen ook helpen bij het *terugdringen* van luchtvervuiling. Zo mogen in sommige gebieden nieuwe activiteiten alleen plaatsvinden als een nieuwe emissie bijvoorbeeld met een factor 1.3 wordt gecompenseerd ('overcompensatie').

De Amerikaanse gecombineerde benadering – hier in zeer kort bestek besproken – zou een verbetering kunnen betekenen ten opzichte van de nu zo populaire (zuiver) programmatische benadering. Een groot voordeel van de marktconforme aanpak is dat de 'de markt' bepaalt hoe en tegen welke prijs emissiereducties worden bereikt, in plaats van 'de politiek'.⁴² Zou het milieurecht overgaan op een gecombineerde aanpak, dan maken de grillen van politici gedeeltelijk plaats voor de (meer) zakelijke overwegingen, efficiëntie en creativiteit van op een vrije markt met elkaar concurrerende ondernemingen. Tegen de hier bepleite oplossingsrichting kan worden ingebracht dat versteviging van de programmatische aanpak eenvoudiger bereikt kan worden door het verbeteren van de rechtsbescherming. De vraag is echter of meer rechtsbescherming automatisch tot een strengere handhaving van het milieurecht leidt. Gewaakt moet worden voor al te overspannen verwachtingen van de mogelijkheden van de bestuursrechter om het bestuur inhoudelijk te corrigeren

als het gaat om (grote) projecten waarin al veel geld en politiek kapitaal is geïnvesteerd.⁴³

4. Conclusie

Hoewel het milieurecht in toenemende mate grenzen stelt aan de mogelijkheden voor het bestuur om toestemming te verlenen voor milieubelastende projecten of activiteiten, kan op dit moment nog niet worden gezegd dat milieuvergunningen en emissierechten *schaarse* publieke rechten zijn. Emissierechten zijn niet werkelijk schaars en de nationale emissieplafonds uit de NEC-richtlijn fungeren (vooralsnog) niet werkelijk als plafond. Het milieurecht bevindt zich in een overgangsfase, zo lijkt het. Op papier hebben emissie(rechten)plafonds een vorm van schaarste gecreëerd. Toch is de focus in het milieurecht tot nu toe nog maar weinig gericht op de vraag naar de juiste wijze van (her)verdeling van schaarse milieugebruiksruimte. In de praktijk bestaat vooral aandacht voor de vraag hoe binnen de grenzen van het Europese milieurecht zo veel mogelijk ruimte gecreëerd kan worden voor ruimtelijke ontwikkelingen. Hoewel dit streven naar flexibiliteit vanuit economisch perspectief begrijpelijk is en tot nu toe niet op de grenzen van de NEC-richtlijn stuit, is het vanuit milieuperspectief beslist niet ideaal. Een koerswijziging is geboden. Het combineren van een programmatische met een marktconforme aanpak lijkt een veelbelovende manier om tot een effectief en tegelijkertijd flexibel milieurecht te komen. Bredere inzet van de marktconforme aanpak zal ook een ander gevolg hebben. Het milieurecht zal nadrukkelijker in het teken van de verdeling van schaarse publieke rechten komen te staan. Ook in het milieurecht blijkt dit leerstuk duidelijke toepassingsmogelijkheden te hebben. ●

⁴². Vgl. Amorij & Peeters 2006, p. 289.

N.S.J. Koeman (red.), *Kansen in het omge-*

⁴³. Vgl. B.J. Schueler, 'Een kwarteeuw na Benthem', in: M.N. Boeve, R. Uylenburg &

vingsrecht, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 387-400.