

De stempel van de meester

Complexe besluitvorming
in het bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2013

Mr. J.C.B.M. van Beuningen ML,

drs. J. van Bergenhenegouwen,

mr. O. Kwast en mr. E.M.N. Noordover

11

De stempel van de meester
Complexe besluitvorming in het bestuursrecht

Jonge VAR-reeks

II

De stempel van de meester

Complexe besluitvorming in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

Mr. J.C.B.M. van Beuningen ML

Drs. J. van Bergenhenegouwen

Mr. O. Kwast

Mr. E.M.N. Noordover

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

op 30 november 2012

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2013

© 2013 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-767-9
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Ten geleide	7
Energiewetgeving in transitie Mr. J.C.B.M. van Beuningen ML en Drs. J. van Bergenhenegouwen	9
Complexe besluitvorming in het omgevingsrecht en het onbehagen over projectbesluitvorming Mr. O. Kwast	59
Een duiding van complexe besluitvorming en een voorstel voor de beoordeling van complicerende factoren Mr. E.M.N. Noordover	99
Verslag Jonge VAR: Complexe besluitvorming M.W. Holtkamp	149

“Eenvoud is niet het kenmerk van de beginner. Het is de duur bevochten stempel van de meester.”

Godfried Bomans

Ten geleide

Op 30 november 2012 vond ten kantore van AKD advocaten en notarissen met uitzicht op de skyline van Rotterdam de elfde bijeenkomst van de Jonge VAR plaats. Het onderwerp was dit jaar ‘Complexe besluitvorming’, geïnspireerd op de VAR-jaarvergadering van 1998, die hetzelfde onderwerp kende. Waar de preadviezen van 1998 alleen een omgevingsrechtelijke focus kenden, gaan de preadviezen van dit jaar over verschillende rechtsgebieden.

Jan van Beuningen en Jeroen van Bergenhenegouwen (Ministerie van Economische Zaken) beschrijven in hun preadvies het project STROOM waarvan zij beiden projectleider zijn. Dit project heeft tot doel de herziening van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet meer gestroomlijnd te laten verlopen door de verschillende betrokken private en publieke partijen ‘probleemeigenaar’ te laten zijn. Olaf Kwast (AKD) kiest evenals de preadviseurs in 1998 een omgevingsrechtelijk onderwerp en onderzoekt wat de mogelijkheden zijn ‘het project’ als juridisch concept (in de zin van de Awb) aan te merken. Erwin Noordover (Stibbe) bekijkt het onderwerp op een meer abstract niveau en onderzoekt onder andere of een definitie valt te geven van complexe besluitvorming en doet een voorstel voor de beoordeling van complicerende factoren.

De middag van de Jonge VAR is (traditioneel) weer goed bezocht en het onderwerp heeft de nodige discussie losgemaakt. Het verslag van de middag is verzorgd door Merel Holtkamp, student Legal Research Master Universiteit Utrecht, en biedt een goed inzicht in het verloop van de middag.

Het VAR-bestuur dankt de vier preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inzet.

Ben Schueler,
Voorzitter VAR

Energiewetgeving in transitie

Mr. J.C.B.M. van Beuningen ML en Drs. J. van Bergenhenegouwen*

1	Complexe besluitvorming en de energiewetgeving	11
2	Totstandkoming Elektriciteitswet 1998 en Gaswet: ‘markt waar mogelijk, overheid waar nodig’	13
3	Na de invoering van de twee wetten: de bakstenen	17
4	De tweede richtlijnen en de I&I-wet: overheidssturing omwille van de consument	21
5	De splitsing van de energiebedrijven en daarna: relaties verder onder druk	25
6	Beschouwing	27
7	De negatieve spiraal nader geduid	31
8	Oplossingsrichtingen door middel van wetgeving; wat is bruikbaar aan bruikbare rechtsorde?	37
9	Effectief overheidsbeleid bij complexe vraagstukken; de energietransitie	41
10	Instrumentarium energietransitie	45
10.1	Inrichting van de wet	45
10.2	Het wetgevingsproces	48

* Jan van Beuningen en Jeroen van Bergenhenegouwen zijn werkzaam bij het Ministerie van Economische Zaken en samen projectleider van de herziening van de Gas- en Elektriciteitswet (STROOM). Zij volgen een *master of public administration* aan de Nederlandse School voor het Openbaar Bestuur. Het advies is geschreven op persoonlijke titel. Zij zijn dank verschuldigd aan Paul Frissen, Roel In 't Veld, Olaf Kwast, Peter Aubert, Erik ten Elshof, Dennis de Kok, Jelle van Oosterom, Arthur Liebrecht en Jon Eikelenstam en in het bijzonder aan Ernst-Paul Nas, Birgitta Westgren, Marijke Bootsman en Cor van Beuningen. Jan van Beuningen is bezig aan rechtsfilosofisch promotieonderzoek over dit onderwerp aan de Rijksuniversiteit Groningen, promotor Pauline Westerman.

ii	Conclusie	53
	Literatuur	57

I Complexe besluitvorming en de energiewetgeving

Nog maar twee decennia geleden was de energievoorziening in Nederland volledig in handen van de overheid. De Gasunie en nutsbedrijven waren verantwoordelijk voor voldoende aanbod tegen een redelijke prijs. Maar sindsdien is er veel veranderd. Rond 1995 werd ‘marktwerking’ het leidende principe in het energiebeleid, een wending waarbij Brussel een grote rol speelde. Een aantal energiebedrijven werd geprivatiseerd en er werd een energiemarkt geschapen. In 1998 verscheen een nieuwe Elektriciteitswet en in 2000 de Gaswet, waarvan de onderliggende filosofie samengevat kan worden in de slagzin ‘*de markt waar mogelijk, de overheid waar nodig*’.

De liberalisering van de energieproductie en -levering was een omvangrijke en ingrijpende operatie, met navenante economische, juridische, maatschappelijke en politieke risico’s. Om deze omwenteling vorm te geven en de risico’s zoveel mogelijk te beperken, is dit proces vergezeld gegaan van intensieve overheidssturing.

In dit preadvies zal, ten eerste, in de paragrafen twee tot en met vijf, het proces van liberalisering worden beschreven en nader worden geanalyseerd. Welke actoren spelen een rol, hoe verhouden ze zich tot elkaar, welke processen worden in gang gezet en welke uitkomsten gegenereerd? Daarbij zullen politieke, bestuurlijke, economische, juridische en maatschappelijke aspecten aan de orde komen en zoveel mogelijk in samenhang worden beschouwd.

Kernpunt in deze analyse zal zijn dat door de noodzakelijke verticale sturing voor het creëren van een markt in de eerste, delicate fase van de liberalisering, een relatiepatroon tussen de overheid en de (deels *nieuwe*) actoren in de energiesector is gevestigd dat zich in de periode daarna heeft bestendigd en verdiept (paragraaf 6). Dit relatiepatroon, gekenmerkt door wederzijds wantrouwen, verhindert dat zicht zou kunnen ontstaan op een nieuw gedeeld belang of een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Het onderliggende proces kan begrepen worden als een spiraal van verticale sturing, reflexiviteit en afnemend *commitment* en probleemoplossend vermogen bij de *stakeholders* – met nog meer verticale sturing als onvermijdelijke uitkomst. Eén resultaat daarvan is complexe en gedetailleerde wet- en regelgeving. Complexiteit zou dan te begrijpen zijn als gecondenseerd wantrouwen. In paragraaf 7 wordt dieper ingegaan op deze negatieve spiraal.

Een helder en scherp inzicht in dit proces is belangrijk omdat de energiesector (te begrijpen als de configuratie van *stakeholders* in brede zin) opnieuw voor een grote

omwenteling staat: de energietransitie. Steeds nadrukkelijker groeit het besef dat het gevestigde relatiepatroon en de uitputtende verdediging van deelbelangen deze transitie in de weg staan (SER 2012).

De nieuwe uitdagingen in het energiebeleid waaronder de energietransitie vereisen een relatiepatroon waarin partijen samenwerken, ieder vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid, bij het realiseren van gedeelde doelstellingen. Hoe kan de overheid haar verantwoordelijkheid voor een duurzame energievoorziening waarmaken in samenwerking met de *stakeholders* uit de energiesector en de samenleving? In dit preadvies doen wij, ten tweede, voorstellen hoe de overgang naar een nieuw relatiepatroon gemaakt zou kunnen worden, waarbij deels aangesloten wordt bij ideeën uit de nota Bruikbare rechtsorde (Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9). De aangekondigde herziening van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet kan onder de juiste procescondities een middel zijn om die ambitie te ondersteunen. Dit zal in de paragrafen 8 tot en 10 worden behandeld.

2 Totstandkoming Elektriciteitswet 1998 en Gaswet: ‘markt waar mogelijk, overheid waar nodig’

Voor de liberalisering was de energievoorziening een verantwoordelijkheid van gemeenten en provincies die gedurende vele decennia eigen elektriciteitsbedrijven hadden. Vanaf de jaren zeventig werd een proces van schaalvergroting en verzelfstandiging ingezet. De energiebedrijven werden ondergebracht in vennootschappen en kwamen daarmee meer op afstand te staan van gemeenten en provincies die aandeelhouder werden. De bedrijven werkten samen in de N.V. Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) die vlak na de oorlog was opgericht. In 1986 werd op instigatie van de Minister van Economische Zaken een overeenkomst van samenwerking gesloten tussen de afzonderlijke elektriciteitsproductiebedrijven en de SEP, met als inzet de herstructurering van de energiesector. De schaalvergroting schreed voort en er ontstonden vier productiebedrijven – EPON, EPZ, EZH en UNA – die voor de planning van de productie en het transport samenwerkten in hun *joint venture* de SEP.

In 1989 trad een nieuwe Elektriciteitswet in werking die, in de woorden van oud-secretaris-generaal Geelhoed, ‘de resultante was van de wens van EZ om meer bevoegdheden te krijgen tot centrale sturing, en het verlangen van de “sector” om toch vooral baas in eigen huis te blijven’ (geciteerd in De Jong 2005, p. 444). De wet verankerde een model van aanbodsturing waarbij de energievoorziening door middel van Elektriciteitsplannen en Plannen voor de Gasafzet werd gestuurd en beoordeeld. Echter, kort na de totstandkoming van deze wet werd begin jaren negentig in Brussel een vraaggestuurd en op marktwerking gebaseerd model uitgewerkt. Kerngedachte hiervan was het scheppen van een Europese vrije markt voor energie. Dat zou voordelen opleveren in de vorm van toegenomen concurrentie, een verbeterende efficiëntie, lagere prijzen en kwalitatief betere dienstverlening. De baten hiervan zouden ten goede komen aan de consument.

Eind 1993 bleek dat de Elektriciteitswet 1989 geen passend kader zou blijven bieden, gelet op de Europese ontwikkelingen. Alle bij de Nederlandse energiesector betrokken partijen leken zich te realiseren dat het roer om moest. De opkomst van decentrale productie door WKK-warmtekrachtkoppelingssystemen zette het in de wet opgenomen gesloten systeem van productie en afzet verder onder druk.

In 1995 kwam onder minister Wijers de Derde Energienota uit. Hierin werden twee sporen uitgezet. Ten eerste moest de energiehuishouding verduurzaamd worden. Daartoe werd ingezet op energiebesparing en als doel werd gesteld dat in 2020

10% van de energieproductie duurzaam zou zijn. Ten tweede werd onder het motto ‘een markt waar mogelijk, een overheid waar nodig’ de verwachte structuurwijzing in de energievoorziening aangekondigd. Deze structuurwijziging vormde een sleutelstuk in de MDW-operaties (marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit) gericht op meer marktwerking in onder andere de nutssectoren.

Onderdeel van de Derde Energienota was het pleidooi voor de oprichting van een grootschalig productiebedrijf (het GPB), waarin de vier productiebedrijven zouden fuseren tot één; een keuze die in het licht van een Europese markt te billijk viel, maar die gelet op de toen nog voornamelijk nationaal begrensde relevante markt niet zonder uitdagingen was.

De uitwerking van de Derde Energienota, de notitie ‘Stroomlijnen, naar een markt voor elektriciteit’, werd in juli 1996 aan de Tweede Kamer aangeboden en werd ook met de sector indringend besproken. De gevestigde marktpartijen wilden hun positie beschermen; nieuwe partijen wilden juist een positie verwerven. Tegelijkertijd zag EZ zich geconfronteerd met grote, nieuwe vragen: voor welke publieke belangen moest het blijven staan, hoe ging het om met de grotere invloed van Brussel en hoe moest het omgaan met ingewikkelde kwesties als het eigendom van de bedrijven en – vooral – met investeringen die in de SEP-tijd van een gesloten markt waren gedaan, maar die in een open marktsituatie niet rendabel zouden zijn, de zogenoemde ‘bakstenen’?

Tegen deze achtergrond vond intensief overleg plaats met en tussen de bedrijven die het beoogde GPB zouden moeten vormen. De bedrijven konden het evenwel niet eens worden over de condities voor de fusie. Daardoor stokte het overleg met de overheid over de wijze waarop het GPB gevormd zou kunnen worden. Die omstandigheid beïnvloedde vervolgens het verdere verloop van het liberaliseringsproces.

Dat proces was gegeven de Europese regelgeving niet vrijblijvend. De opdracht was helder: liberaliseren. De indertijd betrokken wetgevingsjurist, Nico Florijn, merkt hierover op: ‘Eerst moesten de liberaliseringplannen op het ministerie doordacht worden, voordat ze aan anderen voorgelegd konden worden. Zolang dat aan de gang was, was er weinig overleg met de buitenwacht, onder het motto dat je een broedende kip niet moet storen. Nadat de plannen waren geformuleerd door de ambtenaren en door hen van verschillende kanten waren gezien, was er voor anderen weinig meer mogelijk om de plannen fundamenteel te veranderen, tenzij zij met eigen, uitgewerkte plannen zouden komen’ (Van Klink e.a. 2000, p. 213).

Een tweede reden om het contact met de sector beperkt te houden werd als volgt geformuleerd: ‘Met de kalkoen onderhandel je niet over het kerstdiner’ (Stoter 2003).

De opstelling van EZ werd ook gelegitimeerd door het handelen van de sector zelf – zowel van de oude garde als van de nieuwe marktpartijen – die hun eigen belangen voorop stelden en het moeilijk vonden om een gesprek te voeren met als basis en inzet een gedeeld publiek belang. De parallel aan het liberaliseringsproces gestrande poging van overheid en bedrijven om in de vorm van het GPB tot

één krachtige Nederlandse speler op de energiemarkt te komen speelde hierbij ook een rol.

Politiek was in Europa de keuze voor marktwerking gemaakt en ook in het departement werd met enthousiasme en voortvarendheid gewerkt aan de uitwerking van de liberaliseringsplannen. Een jaar na de Derde Energienota zag – na zes jaar onderhandelen – Richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt van elektriciteit het licht. De aardgasrichtlijn liet nog twee jaar langer op zich wachten; op 22 juni 1998 verscheen Richtlijn 98/30/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne aardgasmarkt. Ter implementatie van beide richtlijnen en naar aanleiding van de nieuwe beleidsinzichten ten aanzien van de marktwerking in de elektriciteitsvoorziening kwamen in Nederland in 1998 de Elektriciteitswet 1998 en in 2000 de Gaswet tot stand.

3 Na de invoering van de twee wetten: de bakstenen

De Gas- en Elektriciteitswet bieden een kader voor de wenselijk geachte organisatie en ordening op de energiemarkten, waarbij de overheid in beginsel een beperkte rol zou moeten spelen. Productie en levering werden zo min mogelijk gereguleerd en een set regels voor het netbeheer moest de vrije markt ondersteunen. Maar het uitgangspunt van ‘een markt waar mogelijk, een overheid waar nodig’ werd tijdens de behandeling van de wetten in de Tweede Kamer, gerelativeerd in ‘geen markt zonder de sterke arm van de overheid’ (Kamerstukken II 1997/98, 24 525, nr. 25). Overheidsingrijpen werd om uiteenlopende redenen noodzakelijk geacht: de energiemarkt was een imperfecte, oligopolische markt; energie is een primaire levensbehoefte; de energiemarkt is een markt met zwakke consumenten die niet zonder meer afgesloten moeten kunnen worden van energie (sociaal belang); de opening van de markt zorgde ervoor dat niet-rendabele investeringen aan de oppervlakte kwamen die moesten worden gedekt (de bakstenen); en ten slotte een politiek-conjuncturele reden: het breed ingezette nieuwe liberaliseringsbeleid zou tot mislukken gedoemd zijn als zich bij het openstellen van de energiemarkt al majeuze problemen zouden voordoen.

In het energiebeleid werden in het verlengde van de liberaliseringsrichtlijnen twee sporen bewandeld. Het eerste spoor is dat van het streven naar een energiemarkt van vrije mededinging voor productie en levering, gezien als de meest effectieve en efficiënte weg om vitale belangen te behartigen. De overheid beperkt haar rol tot die van marktmeester die toeziet op vrije mededinging en op transparante marktcondities en die monopolistische functies reguleert zoals die van de monopolioïde netbeheerder (non-discriminatoire toegang tot de netten) en het daarvoor benodigde toezicht. Op het tweede spoor worden allerlei vormen van ‘marktfalen’ gesignaleerd die motieven geven voor de overheid om te interveniëren. Deze twee sporen kunnen interfereren. In de mate dat de overheid actief intervenueert in de energiemarkt anders dan om open mededingingscondities te bevorderen, kan hij het proces van marktwerking beperken.

De eerste wijzigingswet op de Elektriciteitswet 1998 diende zich – als wel vaker bij stelselwijzigingen – snel aan. In de oorspronkelijke wet was voorzien in een algemene maatregel van bestuur waarin nadere regels zouden worden vastgesteld ten aanzien van het netbeheer en de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers, zoals regels met betrekking tot het vaststellen van de tariefstructuren, de voorwaarden en de tarieven voor het netbeheer. Het ontwerp van die algemene maatregel van bestuur werd aan de beide kamers der Staten-Generaal voorgehangen, maar de Tweede Kamer deelde mee dat de in het ontwerp geregelde

onderwerpen bij wet dienden te worden geregeld (*Kamerstukken II 1998/99* 26 303, nr. 3). Daarbij speelde een rol dat in toenemende mate het besef doordrong van het ingrijpende karakter van de liberalisering van de energiemarkt, gebaseerd op dat moment op een eerste generatie globaal geformuleerde Europese richtlijnen.

Dit wetsvoorstel regelde voorts de afwikkeling van de bakstenen, de niet-marktconforme verplichtingen die in het verleden waren ontstaan binnen de elektriciteitsproductiesector. EZ had zich bereid getoond mee te delen in die kosten, waarbij die kosten aanvankelijk geplaatst werden in het kader van het beoogde GPB. De gedachte hierachter was dat een deel van die kosten gedekt zou kunnen worden uit de efficiencyverbetering die via het GPB gerealiseerd zou worden (*Kamerstukken II 1998/99*, 25 097, nr. 22). Het GPB plan strandde in maart 1998 echter, toen bleek dat de partijen het niet eens konden worden over hun relatieve positie in het nieuw te vormen bedrijf. Voor toenmalig minister Wijers gold: 'Als het GPB niet tot stand komt zullen de bedrijven dekking van deze (niet marktconforme) kosten op een andere wijze moeten zien te realiseren'. De overheid zou daar in meer beperkte mate in bijdragen (*Kamerstukken II 1998/99*, 25 097, nr. 22). De relatie met de sector kwam hierdoor onder druk te staan, want een 'zachte landing' van de bakstenen was hiermee van de baan.

Met het aantreden van het tweede kabinet-Kok in augustus 1998 veranderde deze situatie enigszins. De productiebedrijven gingen met de nieuw aangetreden minister Jorritsma in onderhandeling over de afwikkeling van deze kosten en op 16 oktober 1998 werd overeenstemming op hoofdlijnen bereikt. Onderdeel hiervan was dat de productiebedrijven onderling de verdeling moesten regelen van de verplichtingen aangaande de kolenvergassingscentrale in Buggenum, de stadsverwarmingscontracten, de aanleg van een kabelverbinding met Noorwegen, een aantal elektriciteitsimportcontracten met Frankrijk, Duitsland en Noorwegen en het gasimportcontract met Noorwegen (*Kamerstukken II 1998/99*, 25 097, nr. 24), en dat de overheid zou bijdragen in het niet-marktconforme deel van die kosten. De energiesector raamde deze kosten op 17 miljard gulden bij een gemiddelde elektriciteitsprijs van 5ct/kWh (*energie.nl*, 1998). Deze afspraken vonden via een nota van wijziging hun beslag in het wijzigingsvoorstel. De Eerste Kamer verzocht tijdens de behandeling om een nader advies van de Raad van State en een advies van een commissie van wijzen; de betreffende artikelen traden vooralsnog niet in werking.

De commissie die door EZ werd ingesteld, onder leiding van oud-Shell-directeur Herkströter, presenteerde op 10 november 1999 het advies, een 'Salomonsoordeel' (NRC 2000), inzake de onderlinge verdeling van de bakstenen. Kern van het advies waren een verdeelsleutel tussen de producenten voor de kosten van de 'bakstenen' en een beperkte financiële compensatie van de overheid voor verplichtingen van de sector inzake de kolenvergassingsinstallatie in Buggenum en de stadsverwarmingscontracten. In deze twee gevallen ging het om door de overheid gestimuleerde investeringen. De compensatie zou beperkt moeten blijven tot 1,3 miljard gulden. Dit was veel minder dan door Jorritsma met de producenten overeen was gekomen, dus zowel de Tweede Kamer als EZ omarmde opgelucht het advies; de sector zag zich genoodzaakt een groter deel van de verliezen af te dekken.

Dit advies werd verwerkt in de volgende grote wetwijziging, de Overgangswet elektriciteitsproductiesector (de OEPS), die in augustus 2000 aan de Tweede Kamer werd aangeboden. De debatten over de wet vonden plaats in een gespannen sfeer. Voor bijvoorbeeld chemiebedrijven en aluminiumsmelters maakte (en maakt) de elektriciteitsrekening een groot deel uit van de bedrijfskosten. De VEMW, waarin deze grootverbruikers zijn verenigd, was dan ook bang dat haar leden niet of onvoldoende konden profiteren van de liberalisering door de onrendabele contracten die via een opslag op de netwerktarieven zouden worden verdisconteerd. Aan de andere kant kon de SEP haar verliezen op de onrendabele investeringen maar moeilijk afdekken. Uiteindelijk werd de wet eind 2000 aangenomen. Van belang voor de besluitvorming over deze wet was dat inmiddels drie van de vier productiebedrijven verkocht waren aan grote buitenlandse partijen: UNA aan Reliant, EZH aan E.ON en EPON aan Electrabel. Zodoende ontstond via de nieuwe aandeelhouders liquiditeit bij de producenten om de afwikkeling van de bakstenen te financieren, hetgeen de spanning enigszins reduceerde.

De OEPS bepaalde dat de tegemoetkoming aan de SEP zou worden gedekt door een toeslag op de netwerktarieven die verschuldigd zijn door afnemers van elektriciteit. De Europese Commissie stemde in met een tegemoetkoming, maar kon zich niet vinden in de financieringssystematiek. Daarom werd een reparatiewet op de OEPS aangekondigd waarbij de kosten zouden worden gedekt uit de algemene middelen (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 250, nr. 50). Dit reparatievoorstel werd – zoals vele wijzigingswetten – enthousiast geamendeerd en door zeven nota's van wijziging aangepast (*Kamerstukken 28 174*). 'Het werd daardoor, en ook als gevolg van een voortdurende interveniërende Tweede Kamer, één grote wetgevende grabbelton. Toen deze wet medio 2003 eindelijk de Eerste Kamer haalde, had de Senaat sterke aarzelingen om haar te laten passeren.' (De Jong 2005, p. 179).

Samenvattend kan worden gesteld dat de eerste fase van opening en ordening van de markt een proces van polarisering was, waarin de verantwoordelijkheid voor een goede regeling van een publiek belang steeds exclusiever bij EZ kwam te liggen, met als spiegelbeeld de marktpartijen die zich gelegitimeerd achtten om met inzet van alle middelen in overwegende mate hun eigenbelang te dienen. Dat kwam tot uitdrukking in de wijze waarop het wetgevingsinstrument door partijen werd ingezet. Illustratief daarvoor was de moeizame wijze waarop door bedrijven de ontvlechting van enerzijds de transportfunctie en anderzijds de productie- en leveringsfuncties werd doorgevoerd. Die functiescheiding was van meet af een centraal element van de Europese liberaliseringsrichtlijnen. Onderliggend is een – begrijpelijk maar op termijn averechts werkend – relatiepatroon gegroeid waarin partijen steeds meer tegenover elkaar kwamen te staan en zij steeds vaster hun stellingen konden betrekken; een relatiepatroon dat zich kenmerkte door verticale sturing, het afschuiven van verantwoordelijkheid en toenemend wantrouwen.

4 De tweede richtlijnen en de I&I-wet: overheidssturing omwille van de consument

Met de eerste richtlijnen (96/92/EG en 98/30/EG) en de uitvoering daarvan in Nederlandse wetgeving was een begin gemaakt met de vorming van een interne, vrije energiemarkt. Op nationaal niveau kwam vanaf 2000, met het oprichten van het Platform Versnelling Energieliberalisering, de liberalisering op stoom. De markt werd in een drietrapsraket – en sneller dan de Europese regels voorschreven – geliberaliseerd: de markt voor groene stroom ging open in juli 2001, die voor middelgrote bedrijven en instellingen in januari 2002, en in juli 2004 werd ook de markt voor consumenten en kleine zakelijke gebruikers geopend. Dit proces verliep niet vlekkeloos. Al snel bleek dat zowel de energiebedrijven als de overheid de uitvoerings- en overgangsproblemen hadden onderschat, vooral waar het ging om de procedures en de systemen.

Ook in andere Europese landen ging de marktopening niet zonder slag of stoot. Belangrijke reden daarvoor was dat de eerste richtlijnen weinig heldere keuzes maakten voor een echte systeemverschuiving. Op 23 en 24 maart 2000 werd daarom op de Europese top in Lissabon gevraagd om een snelle voltooiing van de interne energiemarkten. De Europese Raad meende dat de Richtlijnen 96/92/EG en 98/30/EG een belangrijke bijdrage hadden geleverd aan de totstandkoming van de markt, maar dat verschillende zaken beter geregeld moesten worden teneinde de markt goed te kunnen laten functioneren. Daarbij ging het met name om de *unbundling*, de juridische loskoppeling van netbeheer en leveranciers; om een beter gereguleerde toegang tot de netten, waarbij de transport- en distributietarieven vooraf werden vastgesteld; en om de versterking van de positie van de consument. Op Europees niveau werden zaken steeds gedetailleerder vorm gegeven, wat zijn weerslag vindt in de nationale wetgeving.

Op 26 juni 2003 werden nieuwe richtlijnen gepubliceerd waarin deze beleidsdoelen waren opgenomen: Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (hierna: Richtlijn 2003/54/EG) en Richtlijn 2003/55/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor gas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG (hierna: Richtlijn 2003/55/EG). Deze richtlijnen dienden vóór 1 juli 2004 te zijn geïmplementeerd, met uitzondering van de juridische ontvlechting van de netbeheerders. Hiervoor werd de termijn drie jaar opgeschort.

In de Gas- en Elektriciteitswet werden de twee energierichtlijnen en de daarmee samenhangende nieuwe beleidsinzichten geïmplementeerd door middel van de zogenoemde implementatie en interventiewet (hierna: de I&I-wet). Er werd geen geheel nieuwe wet gemaakt, maar aan de bestaande wetten werden omvangrijke passages toegevoegd. Belangrijk element was het versterken van de positie van consumenten op de geliberaliseerde EU-markt voor elektriciteit en gas (*Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 3*). Het werd een weinig overzichtelijk wetgevingsproces met amendementen gevoerd door deelbelangen, gericht op ingrijpen in de markt, versterking van de bevoegdheden van de NMa en extra maatregelen om de positie van consumenten zeker te stellen in de markt die nu ook voor hen op korte termijn geopend zou worden.

Het amendement van Crone c.s. kan dienen als illustratie van dit ‘paniekvoetbal’. Dit amendement beoogde oneerlijke, misleidende en agressieve handelspraktijken tegen te gaan. Het onduidelijke, haastig geschreven amendement had voor het overgrote deel geen enkele relatie met de energiemarkt. Zo bevatte het een bepaling met het verbod om een ‘piramidesysteem op te zetten of te promoten waarbij de afnemer tegen betaling kans maakt op een vergoeding die eerder voortkomt uit het aanbrengen van nieuwe afnemers in het systeem dan uit de levering of het transport van gas’. In de toelichting werd daarover opgemerkt dat de in dit amendement opgenomen bepalingen ontleend waren aan de bijlage van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, die in Europa nog in behandeling was. De indieners wilden hier niet op wachten: ‘Aangezien het moment van marktopening echter zeer snel nadert, achten de indieners het wenselijk, ook in het belang van een goed verlopend transitieproces, om deze bepalingen nu al van kracht te laten zijn. Hiermee wordt ook aangesloten bij het uitgangspunt van de regering van in transitiesectoren, waaronder de energiesector, aanvullend beleid nodig is om marktwerking in goede banen te leiden.’ (*Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 61*).

Dit voorbeeld illustreert overigens niet alleen het chaotisch verloop van het wetgevingsproces. Ook spreekt eruit een visie op de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en bedrijven. Een probleem tussen bedrijf en consument is geen probleem tussen bedrijf en consument, maar een probleem dat door de politiek moet worden ‘opgelost’.

Het oplossen van een probleem door de politiek kan ook leiden tot extra complexiteit. Het oorspronkelijke I&I-wetsvoorstel voorzag bijvoorbeeld in een vereenvoudiging van de procedure ter vaststelling van de tariefstructuren en voorwaarden voor elektriciteit (de elektriciteitscodes). Daartoe was een artikel opgenomen dat de Minister van Economische Zaken in staat stelde om door middel van een ministeriële regeling invloed uit te oefenen op de codes die door de NMa zouden worden vastgesteld. Deze ministeriële regeling zou ter consultatie worden voorgelegd aan de netbeheerders, de representatieve organisaties en aan de NMa. Zo zou een tijdrovende stap uit het proces kunnen worden geëlimineerd. Artikel 33 zou komen te vervallen. ‘Dit artikel schrijft voor dat over de tariefstructuren en voorwaarden door de netbeheerder overleg wordt gevoerd met de representatieve organisaties.’ (*Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 3*).

Tijdens de behandeling werd een amendement ingediend door Hessels c.s. dat deze ministeriële regeling in stand liet maar een voorhangprocedure introduceerde en dat in plaats van de procedure te vereenvoudigen een extra stap toevoegde – teneinde de representatieve organisaties een eigen, aparte plek in het proces te geven. Daarbij werd de rechtsbescherming verzwaard, door te bepalen dat representatieve organisaties altijd belanghebbende zijn bij besluiten genomen op grond van de Elektriciteitswet 1998. De toelichting had nauwelijks betrekking op al deze aanpassingen, maar stelde – ten onrechte – dat in het wetsvoorstel ‘het in de praktijk goed werkende systeem van gereguleerde toegang verlaten werd en werd vervangen door een vorm van onderhandelde toegang. (...) Aangezien het systeem van gereguleerde toegang tot elektriciteitsnetten naar tevredenheid van alle betrokken partijen (netbeheerders, representatieve organisaties en afnemers) functioneert wordt het bestaande systeem van gereguleerde toegang onverkort in de Elektriciteitswet 1998 gehandhaafd.’ (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 372, nr. 59).

Dit systeem – dus inclusief aanpassingen en extra stappen en procedures – werd in een volgend amendement in zijn totaliteit in de Gaswet geamendeerd, met de volgende toelichting: ‘Het systeem van gereguleerde toegang tot elektriciteitsnetten heeft zich in de praktijk bewezen als een goed werkend en door alle betrokken partijen als wenselijk ervaren systeem. Daarnaast biedt een systeem van gereguleerde toegang tot gasnetten de kleinverbruikers de beste bescherming tegen onredelijke voorwaarden en tarieven. Het in de Elektriciteitswet 1998 neergelegde systeem wordt om deze redenen ook ingevoerd in de Gaswet.’ (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 372, nr. 59).

Hier ligt de bron van veel onduidelijkheid, juridische procedures en geschillen in de jaren daarna. Een deel van de complexiteit van het huidige codeproces is terug te voeren op deze amendementen.

5 De splitsing van de energiebedrijven en daarna: relaties verder onder druk

Direct volgend op de I&I-wet werd in 2004 het splitsingstraject aangekondigd. Hiermee werd de verhouding tussen de actoren opnieuw op scherp gezet; de liberalisering was nog niet voltooid of de bedrijven moesten worden opgesplitst. In een beleidsbrief zette toenmalig minister Brinkhorst zijn visie op de toekomstige structuur van de Nederlandse energiemarkt uiteen: 'Ik voorzie in Europa op de middellange termijn een tendens naar verdere internationalisatie. De Nederlandse energiebedrijven zullen op den duur deel gaan uitmaken van internationale ondernemingen die met elkaar concurreren op de Europese markt. Ook vindt een proces van concentratie op de Europese markt plaats. De Nederlandse markt is beter af in dit proces van internationalisering en concentratie in Europa als het netwerk een geheel onafhankelijke rol vervult. Via dit onafhankelijke netwerk kunnen diverse internationale ondernemingen dan concurreren om de gunsten van de Nederlandse afnemer.' (Kamerstukken II 2003/04, 28 982, nr. 18). De redenering was dus dat splitsing nodig was om de markt zijn werk te kunnen laten doen, ten voordele van de Nederlandse consument. Met deze argumentatie loodste minister Brinkhorst het wetsvoorstel door de Tweede Kamer, waar het in mei 2006 werd aangenomen.

Gaandeweg de uitvoering van het beleidstraject ging de stemming in Europa en ook in Nederland echter om. Deze omslag werd ingegeven, ten eerste, door het fenomeen van de *new scarcities*: een explosief stijgende vraag naar energie, mineralen en voedsel, vooral uit de opkomende economieën, met navenant sterke prijsstijgingen voor deze goederen. De energieschaarste (feitelijk, maar vooral ook in de collectieve verbeelding) leidde tot een vrij plotselinge politieke herdefinitie van het belang van dit goed. Wereldleiders wezen op de risico's van het opkomende *energienationalisme* – en wakkerden het zo aan. Energie was niet alleen meer een economisch goed, maar ook een strategische *asset*; een zaak die het landsbelang raakt. Energievoorziening werd gherdefinieerd als een politieke *Chefsache*, iets wat dus niet alleen aan de markt kon worden overgelaten.

Intussen had in Nederland het oranjegevoel een krachtige impuls gekregen door de eerdere fusie van KLM en Air France (in 2004) en de dreigende verkoop van ABN-Amro, eind 2006. In reactie op de geplande overname van de bank door een consortium werd door bedrijfsleven en maatschappelijk middenveld met een beschuldigende vinger gewezen naar de politiek. Bestuurders als Rinnooy Kan en Wientjes vonden dat de politiek had moeten ingrijpen om ABN-Amro als

Nederlandse financiële instelling te behouden. Nederland deed zijn bedrijven in de uitverkoop, vitale sectoren kwamen in buitenlandse handen, en de politiek stond erbij en keek ernaar (*de Volkskrant* 2007).

De *new scarcities* en het oranjegevoel zorgden voor een omslag in het beleidsdenken. Waar dat denken eerst beheerst werd door marktwerking, een terugtrekkende staat en internationalisering, werd het conceptuele apparaat nu aangevuld met termen en beelden zoals re-politisering, energienationalisme en protectionisme. Deze omslag vond ook zijn weerslag in het splitsingsproces. Waar de splitsing eerst voornamelijk gericht was op het mogelijk maken van marktwerking in de energiesector – en de wet ook nog gewoon splitsingswet werd genoemd – werd de focus nu verlegd naar het belang van een net dat in handen blijft van de overheid. De wet kreeg ook een nieuwe, hierbij passende naam: Wet onafhankelijk netbeheer (Won). Het middel *splitsing* werd niet langer vooral gekoppeld aan het doel *marktwerking*, maar werd nu ook ingezet om een ander doel te verwezenlijken: het in nationale handen houden van de netten.

Deze *reframing* rechtvaardigde verdere en diepgaandere overheidsbemoeienis. En ze vergrootte ook de politieke haalbaarheid van de Won: eind 2006 werd het voorstel, na lange discussie, ook door de Eerste Kamer aanvaard. Maar tegen die tijd was het veiligstellen van het netbeheer in Nederlandse handen allang niet meer genoeg. Het splitsingstraject werd gekenmerkt door intense oppositie. EZ werd ervan beticht star vast te houden aan oud beleidsdenken, met als gevolg dat Nederlandse energiebedrijven in de uitverkoop gingen en nationale belangen werden verkwaanseld.

Gesteund door deze veranderde beeldvorming spanden drie energiebedrijven (Essent, Eneco en Delta) een civiele zaak aan waarin werd gevorderd dat het groepsverbod – het hart van de Won dat bepaalt dat in een groep geen netbeheer enerzijds en productie en levering anderzijds verenigd mogen zijn – buiten toepassing werd verklaard. Het waren weliswaar energiebedrijven die tegen de Staat procedeerden, maar omdat deze bedrijven volledig in handen waren van gemeenten en provincies, betekende dit *de facto* dat gemeenten en provincies de Won buiten spel probeerden te zetten. Dit is bijzonder omdat de wetgever in formele zin splitsing noodzakelijk achtte juist in het algemeen belang. De procedure tegen de Nederlandse Staat loopt overigens nog steeds. Daarin heeft de Hoge Raad in een prejudiciële verwijzingsuitspraak inmiddels vastgesteld dat de in de Won voor regionale energiebedrijven neergelegde benadering spoort met de in de meest recente Europese derde energierichtlijnen voor nationale energiebedrijven neergelegde opties voor ontvlechting van productie-, transport- en leveringsfuncties.

6 Beschouwing

In de vorige hoofdstukken is geschetst hoe onder het motto ‘een markt waar mogelijk, een overheid waar nodig’ door middel van nieuwe wetgeving een energiemarkt geschapen werd. Om dit risicovolle proces in goede banen te leiden en publieke doelen als betaalbaarheid en betrouwbaarheid te borgen, was overheidssturing noodzakelijk. Die intensieve sturing heeft een relatiepatroon gevestigd tussen de overheid en de actoren in de energiesector dat gekenmerkt wordt door wederzijds wantrouwen. De these in dit preadvies is dat dit patroon, eenmaal gevestigd, een negatieve spiraal in gang zette van *meer* sturing door de overheid, *meer reflexief* gedrag door de sector en ook steeds *minder* probleemoplossend, zelfregulerend en organiserend vermogen in de sector, waardoor steeds nieuwe problemen ontstaan die *meer* overheidssturing noodzakelijk maken. In paragraaf 7 wordt hier dieper op ingegaan.

Het is alsof de partijen gevangen raken in een relatieloga waar ze zich lastig aan kunnen onttrekken. Als een van de partijen dan een initiatief zou ontplooiën dat een aanknopingspunt zou kunnen opleveren voor een ander patroon – één van samenwerking – dan wordt dat door de ander niet gesignaleerd of gewaardeerd, zoals hierna wordt geïllustreerd door middel van het wetsvoorstel marktmodel.

Direct na de volledige opening van de consumentenmarkt op 1 juli 2004 bleek de afwikkeling van administratieve processen rond afrekeningen, wisselingen (*switches*) en verhuizingen niet goed te verlopen, alle voorbereidingen en de regelingen in de I&I-wet ten spijt. Eind 2004 maakte de NMa met de energiebedrijven de afspraak dat zij begin 2005 met structurele oplossingen zouden komen. Op 15 januari 2005 plaatste NUON een advertentie in enkele landelijke dagbladen waarin het bedrijf zijn klanten excuses aanbood voor gemaakte fouten in de administratieve verwerking van verhuizingen. In de advertentie stelde NUON dat ook andere energiebedrijven dergelijke problemen hadden, en dat gewerkt werd aan een oplossing.

Maar op 18 januari 2005 al stuurde de minister een brief aan de Tweede Kamer, waarin hij aangaf dat hij de advertentie van NUON had aangegrepen om de afspraken met de energiebedrijven aan te scherpen. In overleg van de minister met de bestuursvoorzitters van NUON, Eneco, Essent en Delta hadden de laatsten toegezegd dat de problemen per 1 juli 2005 zouden zijn opgelost.

Deze brief zette een politiek en bestuurlijk proces in gang dat zijn eigen ijzere wetmatigheid heeft. Na verschillende onderzoeken door de NMa en overleg met de sector concludeerde de minister medio 2005 dat wetgeving noodzakelijk was: ‘Om de positie van de consument in de energiemarkt te verstevigen en zijn

vertrouwen in deze markt te herstellen, stel ik allereerst een aantal verbeteringen binnen het huidige systeem voor die op korte termijn geïmplementeerd kunnen worden en die er ook snel toe zullen leiden dat de dienstverlening aan de klant op het gewenste niveau gehandhaafd blijft. In tweede instantie zie ik, in samenspraak met EnergieNed, mogelijkheden voor een aantal meer structurele aanpassingen van de huidige inrichting van de markt. Dat betreft het leveranciersmodel, het capaciteitstarief en de ordening van de metermarkt.’ (Kamerstukken II 2005/06, 28 982, nr. 44).

De fouten in de administratieve processen van energieleveranciers en netbeheerders waren echter niet alleen een punt van zorg voor parlement en departement, maar vooral ook voor de bedrijven zelf. Al voordat de markt helemaal werd geopend, was – geïnspireerd door ervaringen uit het Verenigd Koninkrijk – door energiebedrijven een vereniging opgericht, het Contract Controle Protocol (hierna: CCP). Doelstelling van deze vereniging was de administratieve processen bij leveranciers en netbeheerders te verbeteren om zodoende de consument te behoeden voor dubbele contracten of het ontbreken van een contract.

De voorzitter van het CCP, Van Lier, merkte hier in april 2007 in een gesprek over op: ‘Op het moment dat een markt vrij wordt gegeven, weet je als grote speler dat je klanten gaat verliezen, dat kan niet anders. Toch is het ook jouw belang om switches goed te laten verlopen. Enerzijds zullen klanten eerder bij je terug komen als je ze fatsoenlijk hebt behandeld en ze netjes laat weggaan. Iemand die met problemen weg gaat, komt nooit meer terug. Anderzijds kosten foute switches het bedrijf veel geld. Er moeten afdelingen worden ingericht om deze foute switches en klachten te behandelen, soortgelijke afdelingen worden opgericht bij concullegas, daar zitten behoorlijke kosten.’ Daarom ging de sector zelf aan de slag. Van Lier: ‘Er kwam een statuut, een bestuur en leden. Als je lid wordt van de vereniging onderschrijf je het protocol, teken je het huishoudelijk reglement en betaal je contributie, daarmee krijg je stemrecht in de vereniging. Alleen leveranciers die ook daadwerkelijk klanten hebben, kunnen lid worden. Juist een week geleden is ook Oxxio lid geworden, en daarmee zijn nu alle leveranciers lid. Een echte mijlpaal voor de vereniging.’

Vanaf het moment dat alle leveranciers waren toegetreden tot het CCP verliepen de switches ook structureel beter, zo blijkt uit de *scorecards*. Een persbericht van de NMa uit maart 2008 meldt als volgt: ‘Zowel leveranciers als netbeheerders laten over het algemeen goede prestaties zien. De toezichthouder stelt dat 98 procent van de rekeningen binnen twee maanden na een verhuizing of switch moet zijn verstuurd. Voor de markt als geheel ligt het gemiddelde in dit kwartaal op alle indicatoren boven deze 98 procent.’

In dezelfde maand dat dit persbericht verscheen, diende de minister het wetsvoorstel Marktmodel in bij de Tweede Kamer. De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel nam veel tijd in beslag, met name omdat de inrichting van de metermarkt en de daaraan gekoppelde introductie van de *slimme meter* aanleiding gaven tot veel discussie. De wet werd uiteindelijk begin 2011 door de Eerste Kamer aangenomen. De in 2005 aangekondigde structurele aanpassingen van de markt zijn respectievelijk in werking getreden per 1 januari 2009 (capaciteitstarief) en per

1 januari 2012 (metermarkt); op 1 april 2013 zal het leveranciersmodel in werking treden.

Dit voorbeeld is zo treffend omdat hier gelijktijdig twee processen in gang werden gezet: één in de sector (oplossingen zoeken voor het probleem, interne procedures aanpassen, verbeteren, enzovoort) en één bij de overheid. Het proces aan overheidskant kent zijn eigen sequentiële dynamiek: onderzoeken, rapporten, debatten, moties, Kamerbrieven, reacties, wetgeving. Eenmaal in gang gezet lijkt het niet te stoppen. De politiek heeft zich het probleem toegeëigend; de minister heeft zich gecommitteerd; er zal een 'structurele' oplossing komen; en het gecreëerde wettelijke kader zorgt ervoor dat de overheid ook probleemeigenaar zal blijven. Het feit dat de sector zelf initiatieven ontplooidde, was niet meer van betekenis, zelfs niet toen bleek dat die zelfregulering hier het beoogde effect had. De energiebedrijven zagen het succesvolle initiatief van hun samenwerkingsverband doorkruist worden – hetgeen hun *commitment* om publieke doelen na te streven niet verhoogd zal hebben. Wat zullen ze zich voortaan druk maken; voor hen is het makkelijker om achterover te leunen en de overheid te wijzen op wat allemaal nog meer gedaan moet worden.

Uit een ander voorbeeld blijkt hoe deelbelangen tot het eind – in dit geval de Tweede Kamer – worden bevochten. In het kader van het Reparatiwetsvoorstel EZ (*Kamerstukken* 31 120) werd door Kamerlid Hessels in 2008 een amendement ingediend ten aanzien van aansluitingswerkzaamheden. In artikel 16, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 werd tot uitdrukking 'gebracht dat de in dit artikel bedoelde uitzondering op de exclusieve taken van netbeheerders niet alleen betrekking heeft op het maken van aansluitingen, maar ook op de overige in artikel 16c Elektriciteitswet 1998 bedoelde aansluitingswerkzaamheden, zoals onderhoud en het wegnemen van aansluitingen' (*Kamerstukken* II 2007/08, 31 120, nr. 12). De strekking van het amendement was dat anderen taken zouden kunnen verrichten die voorbehouden waren aan de netbeheerder.

Op het moment dat het amendement werd ingediend, liepen over de grens tussen aansluitingen en aansluitingswerkzaamheden verschillende bezwaarzaken die later nog bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in beroep werden behandeld (zie o.a. LjN BD5973 en LjN BJO715). Kamerlid Zijlstra was daarvan op de hoogte en zei in het debat dat hij 'verontrust raakte op het moment dat een amendement wordt ingediend tijdens de behandeling van een veegwet dat over een compleet andere situatie gaat. Als dat amendement oorspronkelijk ook nog in elkaar blijkt te zijn gedraaid door het advocatenbureau dat in de bezwaarprocedure een rol speelt, gaat bij mij het sein op rood'. De repliek van Hessels was dat hij zich afvroeg wat Zijlstra hiermee insinueerde en dat hij de amendementen altijd zelf maakte. Daarop zei Zijlstra: 'Ik heb niets geïnsinueerd. De heer Hessels is wel een beetje op de hoogte van IT. Als je kijkt bij de eigenschappen van een document, kun je precies zien waar het document oorspronkelijk is gemaakt. Het amendement is oorspronkelijk als Worddocument gemaakt door het genoemde advocatenbureau. Dat is voor ons een waarschuwingssein. Wij horen graag van de minister of wij dit goed of verkeerd zien.' (*Handelingen* II 2007/08, nr. 47, p. 37). Het amendement is uiteindelijk door Hessels ingetrokken.

Een derde voorbeeld ten slotte, betreffende de totstandkoming van besluiten rondom de tariefregulering, laat zien dat de geschetste negatieve spiraal zich ook in de uitvoering en inrichting van het toezicht manifesteert.

Rond de regulering van de netten spelen vele belangen, niet in de laatste plaats die van de afnemers van energie. Regulering van transportkosten is vanwege de monopoliepositie van de netbeheerders de enige bescherming tegen te hoge prijzen. De besluiten dienaangaande van de NMa worden door de verschillende belanghebbenden vaak aangevochten. Ook deze kwestie wordt onderdeel van – bepaald door en bepalend voor – de negatieve spiraalbeweging in de relatie tussen overheid en sector. In deze lijn signaleert de Rekenkamer: ‘De Energiekamer koos in 2000, toen zij de eerste methodebesluiten opstelde, voor een harde lijn om haar onafhankelijke positie te vestigen en te waarborgen. Die harde lijn bleek uit de geringe bereidheid tot overleg met de sector en de eenzijdigheid waarmee zij scherpe x-factoren aan de sector oplegde. Mede hierdoor ontstond een geladen verhouding tussen de Energiekamer en de netwerkbedrijven. De netwerkbedrijven gingen tegen vrijwel elk reguleringsbesluit in beroep. Toen het CBB in november 2002 in één van deze beroepsprocedures oordeelde dat de Energiekamer in de methodebesluiten haar eigen bevoegdheden ruimer had geïnterpreteerd dan de Elektriciteitswet toeliet, was de regulering volkomen vastgelopen.’ (*Kamerstukken II 2008/09, 31 901 nrs. 1-2, p. 13*).

Een aanvullende verklaring voor het grote aantal procedures zou kunnen zijn dat de tariefregulering in de beginperiode nog niet was uitgekristalliseerd; maar daartegenover staat dat ook nu nog een belangrijk deel van de interactie tussen de NMa en de sector bestaat uit de afwikkeling van bezwaar- en beroepszaken tegen de besluiten van de toezichthouder. De constatering van de Sociaal-Economische Raad in een onlangs uitgebracht ontwerpadvies, dat een van de kernproblemen in het Nederlandse energie- en klimaatbeleid de onvoldoende bestendigheid van het beleid is en dat onzekerheid ten aanzien van investeringsbeslissingen daarvan het gevolg is, is wat eenvoudig, want deze onbestendigheid dient tegen deze achtergrond te worden begrepen (SER 2012, p. 3).¹

¹ Op 8 november 2012 heeft het CBB overigens uitspraak gedaan in beroepen van de VEMW, Energie Nederland en Gas Transport Services (GTS), tegen de besluiten van de NMa voor de tariefregulering van de landelijk gasnetbeheerder voor de periode 2006-2013. De NMa kreeg op alle punten gelijk, waarmee nu voor het eerst de gastransporttarieven op basis van staande regulering kunnen worden vastgesteld.

7 De negatieve spiraal nader geduid

In de vorige paragrafen is verschillende keren gesproken over een negatieve spiraal van meer verticale sturing, reflexiviteit en afnemend *commitment* en probleemoplossend vermogen bij de *stakeholders*, waardoor nieuwe problemen ontstaan die weer om meer overheidssturing vragen; een spiraal die gekatalyseerd wordt door wantrouwen en strategisch gedrag. Deze spiraal heeft bijgedragen aan het ontstaan van een ingewikkeld wetgevingscomplex met overvloedige en gedetailleerde regelgeving. Inmiddels zijn de Gas- en Elektriciteitswet door ruim 30 verschillende wijzigingswetten aangepast en zijn op de Gas- en Elektriciteitswet 45 algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen gebaseerd. In deze paragrafen zal deze negatieve spiraal in algemene termen nader worden verklaard en uiteengezet.

Het beeld van een spiraalsgewijs verlopend proces tussen overheid en sector dient in twee opzichten nader te worden ingevuld. In feite zijn niet twee maar is een veelheid van actoren in dit proces betrokken. ‘De overheid’ staat onder andere voor de Tweede en Eerste Kamer en de daarin vertegenwoordigde politieke partijen, de minister, het departement en zijn ambtenaren, en de toezichthouder. ‘De sector’ bestaat onder andere uit bedrijven (die bovendien onderling verschillend zijn en opereren op verschillende markten) en hun organisaties, consumenten en hun organisaties, NGO’s die actief zijn op verschillende maatschappelijke terreinen, en in de praktijk ook de media.

Al deze actoren hanteren eigen handelings- en relatielogica’s, die – idealiter – elkaar completeren en in evenwicht houden. Het klassieke voorbeeld hiervan is de rolverdeling tussen overheid en burgers/bedrijven. De overheid is de hoeder van het publieke belang en installeert beleidssystemen en wettelijke kaders; burgers en bedrijven streven hun eigenbelang na en weten zich daarbij gebonden aan die regels en kaders van de overheid, die via democratische principes van *checks and balances* tot stand komen.

Voor alle actoren en hun specifieke handelingslogica’s geldt echter dat ze kunnen ontsporen en perverteren. De partijpolitieke logica kan verworden tot scoringsdrift en stemmenjacht; de politieke logica tot bemoeizucht en gulzigheid; de bureaucratische logica tot regeldrift en controlekramp; de marktlogica tot hebzucht, enzovoort. Trommel heeft het in dit verband treffend over *ziektebeelden* (Trommel 2009). Met deze configuratie van actoren en handelingslogica’s als achtergrond zullen enkele onderdelen van de negatieve spiraal nader worden uiteengezet.

1. Een probleem in de sector wordt – via de media – een probleem van de overheid/politiek

Het voorbeeld van het Marktmodel/CCP laat zien dat een probleem in de sector via de media snel een probleem van de politiek wordt. Natuurlijk bepaalt de politiek wat politiek is en waar het debat over gaat (Frissen 2007), maar zij wordt daarbij wel sterk beïnvloed door de media. In 't Veld noemt dit fenomeen in navolging van Castells mediapolitiek: 'De structurele verstrengeling van media en politiek bepaalt het gezicht van de democratie. De politici zijn immers structureel afhankelijk van de media om de kiezers te bereiken, en de media hangen aan de lippen van de politici ter wille van nieuwsproductie.' (In 't Veld 2010, p. 63). Maar ook los hiervan: de politiek heeft problemen-die-om-een-oplossing-vragen nodig om zichzelf te legitimeren. Problemen worden stelselmatig aan de samenleving onttrokken en door de politiek – en vervolgens door de bureaucratie, al dan niet in spanning – toegeëigend. In de termen van de WRR worden 'maatschappelijke belangen' omwille van de politiek tot 'publiek belang' gemaakt.

2. Problemen waar de politiek 'eigenaar' van is geworden, vragen om een oplossing

Problemen die door de politiek worden opgepakt vragen om een door de politiek geleverde oplossing; andere probleemoplossers en alternatieve oplossingen worden op voorhand uitgesloten. Via moties en vragen willen politici oplossingen zien voor de problemen; van hen wordt verwacht dat ze interveniëren, voor verbetering zorgen en het liefst een kwestie geheel van de agenda laten verdwijnen (Van der Steen 2010, p. 3). Hier speelt ook de politieke wens om resultaten te boeken: omwille van media-aandacht en kiezerssteun moeten problemen worden aangepakt en opgelost (In 't Veld 2010, p. 63). Het door de politiek hierbij gehanteerde frame is doorgaans: 'Er is leed, dus er moet iets gebeuren'. Dit frame herkennen we ook bij de vorming van energiewetgeving. In zijn oratie gaat Van Eeten in op de onmacht, die samenhangt met een dergelijk frame. Hij poneert de stelling dat wie zijn onmacht niet kan accepteren al snel neurotisch gedrag vertoont (Van Eeten 2010). Een politiek bedrijf dat zijn eigen onmacht niet kan erkennen en/of niet mag toegeven heeft volgens Van Eeten de neiging te gaan functioneren als gulzig, opdringerig, bemoeizuchtig en alomvattend: 'Zodra de verantwoordelijke bestuurder toezegt iets te doen, verschuift het debat naar de vraag of hij wel genoeg doet. Het antwoord op die vraag is zelden bevestigend, dat zou immers impliciet het leed bagatelliseren.' Dit leidt tot een patroon, dat er altijd meer gedaan moet worden, een patroon dat Trommel 'het gulzige bestuur' noemt (Trommel 2009).

Fatalisme, in de betekenis van terughoudendheid betrachten of zelfs niets doen, is in de politiek geen optie. Van Eeten noemt een aantal motieven die politici hanteren om niet *niet* te handelen: het zou moreel verdacht zijn, de burger zou het niet pikken, de media zouden het afstraffen en men is veroordeeld tot betekenisloosheid. Leed is immers politiek kapitaal, en stelt politici in staat om zich te engageren en profileren. Bovendien levert *wel-handelen* positieve aandacht van de media op, terwijl het risico van *niet-handelen* is dat geen of negatieve aandacht wordt gegenereerd. 'Kamerleden zelf realiseren zich vrijwel elke dag dat ze "verbijsterd", "geschokt" en "hoogst onaangenaam verrast" zijn.' (Van Eeten 2010).

3. Politieke besluitvorming en invloed daarop (lobby) leidt tot onvoorspelbaarheid en wantrouwen

De uitkomst van de behandeling van de oplossing in het parlement is onvoorspelbaar, omdat het politieke partijen moeite kost om op energiegebied een samenhangende visie uit te dragen, een ‘groot verhaal’, waarin verschillende programmapunten en plannen een plaats hebben en waarin heldere keuzes worden gemaakt. Dit heeft ook met complexiteit van het energievraagstuk te maken. Beleid dat na lang ambtelijk overleg met de sector tot stand is gekomen, kan daardoor via een gerichte lobby van een marktpartij met één deelbelang alsnog een andere richting worden gegeven. ‘Zodoende zijn de uitkomsten van het politieke debat, nog meer dan vroeger, de resultante van verschillende krachten die op een bepaald moment op volksvertegenwoordiging en openbaar bestuur inwerken.’ (Tjeenk Willink 2005). Het effect hiervan is dat het vertrouwen van de overige marktpartijen in het gehele proces wordt geschaad en zij zich van dezelfde middelen (lobby en amendementen) gaan bedienen, met meer onvoorspelbaarheid en wantrouwen als gevolg.

4. De Tweede Kamer vraagt de regering het probleem op te lossen; departementen zijn ingericht als – steeds efficiëntere – problem solvers

Via moties en vragen van de Tweede Kamer of via het regeerakkoord komen de problemen op de departementen terecht en worden onderdeel van de bureaucratische rationaliteit. Ideeën over *New public management* spelen in die rationaliteit nog steeds een dominante rol; een veelheid aan modellen en inzichten waarvan het bindende element is dat ze ten doel hebben organisaties binnen de overheid meer resultaatgericht, meer ondernemend en meer kostenbewust te laten opereren (Nelissen e.a. 2004). Willem Trommel stelt in zijn oratie dat dit *New public management*, overigens in eerste instantie een reactie op een teveel aan overheid, als uitwas een verschijningsvorm van het eerder genoemde gulzige bestuur is. Als gevolg van eroderend overheidsgezag en het wegebben van het zelfordenende vermogen en het sociaal kapitaal van de samenleving moet dat gezag steeds opnieuw worden verdiend via het realiseren van aansprekende, tastbare resultaten. Alles draait om heldere overheidsdoelen en vooral -resultaten: *outputlegitimiteit* (Trommel 2009).²

In deze lijn merkt Tjeenk Willink in het jaarverslag van de Raad van State uit 2005 op dat de laatste vijftig jaar de nadruk is gelegd op verbetering van de overheid als bedrijf (door management en beheer), de verzelfstandiging van publieke diensten (met noodzaak van verantwoording), de scheiding tussen beleid en uitvoering (met de noodzaak van toezicht) en de, in onze risicomaatschappij onvervulbare, wens om alle risico’s uit te sluiten (met toezicht op toezicht als gevolg). Er heeft zich een bureaucratisch-bedrijfsmatige logica geïnstalleerd, die alleen doorbroken kan worden door ‘bij de beleidsvorming meer voeling te houden met de uitvoeringspraktijk en aan de professionele logica meer gewicht toe te kennen. Dat is niets nieuws. Alleen het gebeurt niet. Het doorbreken van de bureaucratisch-bedrijfsmatige logica is riskant. Degenen die dat moeten doen, wetgever en bestuur, hebben zich van die logica afhankelijk gemaakt; de

2 Eerder in F. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford: Oxford University Press 1999.

professionele uitvoerders zijn ervan afhankelijk geraakt. Soms lijkt het wel of iedere (incidentele) misstand een nieuwe (algemene) norm, een verfijnder protocol of een scherper toezichtmodel oplevert. “Meer van hetzelfde”, waardoor de risico’s van fouten groter wordt in plaats van kleiner.’ (Tjeenk Willink 2005, p. 35)

5. *Verticale beleidsinterventies leiden tot beleidsaccumulatie en tot minder probleemoplossend vermogen bij de bestuurden*

Naarmate een beleidssysteem langer functioneert, heeft het de neiging afnemend effectief te worden en zelfs averechts te werken – te perverteren – als gevolg van de leerprocessen bij de bestuurden (reflexiviteit); de bestuurden zoeken de gaten en randen ervan op, gaan eromheen, schieten er gaten in of proberen de regels ten eigen voordele om te buigen of te manipuleren, *gaming the system*. De stereotiepe reactie van de zijde van beleidsmakers op afnemende effectiviteit ‘zal beleidsaccumulatie zijn bestaande uit de totstandkoming van meer beleid, meer gedetailleerde regels, meer controleprocedures’ (In ’t Veld 1989, p. 24). Maatregelen die het systeem nog een slag complexer en ondoorzichtiger maken; het resultaat is toenemende institutionele en organisatorische spaghetti, een alsmaar troebeler zicht, en dus een roep om nog meer toezicht (Trommel 2010, p. 11).

De verantwoordelijkheid voor de publieke belangen komt steeds exclusiever bij de overheid te liggen, en die ziet zich genoodzaakt om het net aan regels steeds omvattender en fijnmaziger te maken. Aan de andere kant, als spiegelbeeld daarvan, achten de bestuurden zich gelegitimeerd met inzet van alle middelen uitsluitend hun eigenbelang te dienen; de randen op te zoeken, te lobbyen en amendementen in te steken. Ze achten zich gelegitimeerd problemen niet als hun eigen probleem te zien en ontwikkelen daarom geen capaciteiten om misstanden en problemen (maar ook: kansen en mogelijkheden) tijdig te signaleren en daar een vruchtbaar vervolg aan te geven. Dat geldt voor de burgers/bedrijven afzonderlijk en ook voor de groep of sector als geheel. Problemen en geschillen leveren de motieven op voor interactie en samenwerking, en de grondstof voor het versterken van het probleemoplossend vermogen van de sector – ook omdat de eigen en betere oplossing ervan een concurrentievoordeel kan opleveren in de markt. Overheidsbemoediging is erop ingericht die problemen zo efficiënt mogelijk weg te nemen – en daarmee de motieven om samen aan de slag te gaan. De burgers/bedrijven laten zich dit aanleunen, hangen achterover en wijzen op zaken die de overheid ook nog moet regelen en oplossen. ‘In order to be viable, a society needs, in the words of Albert Hirschman, a steady diet of conflicts.’ (Van Gunsteren 1998).

6. *Minder probleemoplossend vermogen leidt tot meer problemen voor de toezichhouder*

Bovenstaande effecten van de beleidsinterventies – het opzoeken van de randen en het afnemen van probleemoplossend vermogen – slaan in eerste instantie neer bij de toezichthouder die de grenzen van het recht moet bewaken en problemen in de sector moet oplossen. De reactie van de toezichthouder op deze effecten is driedelig – en al deze reacties leiden tot meer wetgeving en nóg meer toezicht. Ten eerste tracht de toezichthouder de randen scherp te krijgen, zodat hij weet welke grenzen hij moet bewaken. Dit leidt tot verzoeken aan het ministerie om een wet op hoofdlijnen, met open normen, nader in te vullen. De kans om juridische procedures te winnen, wordt dan groter. Ten tweede zullen de toezichtslasten toenemen. Bij de totstandkoming van de Elektriciteitswet werd voor de

NMa uitgegaan van in totaal 15 fte; inmiddels gaat het inclusief het toezicht op de Gaswet om bijna 100 fte. Deze toename is met name het gevolg van een groeiend aantal wettelijk verplichte activiteiten, zoals de tariefregulering en de bezwaren en beroepen daarop, toegenomen monitoringstaken, uitbreiding van het toezicht rond consumentenbescherming, en de totstandkoming van de codes en de juridische procedures daaromtrent. In dit verband heeft ook de NMa gepleit voor minder beroepsprocedures, stabielere regulering en efficiëntere totstandkomingprocedures (FD 2010). Ten derde rapporteert een toezichthouder over de problemen die in de sector spelen en dit wordt via de media opgepakt door politici; de spiraal is rond.

Om de spiraal te doorbreken moeten we anders organiseren. Gevraagd is een overheid die aansluiting zoekt bij de nieuwe dynamiek van de netwerksamenleving, een overheid die bindend vermogen ontwikkelt. Want beweging van onderop in een complexe samenleving kan alleen effectief zijn als ze weerklank vindt, als ze resoneert in de wereld van instituties en overheden, als er wordt meebewogen (Van der Lans 2012). Dat wil overigens niet zeggen dat de overheid daarbinnen in geen geval verticaal sturend zou kunnen opereren – bijvoorbeeld als die helderheid door de sector wordt gevraagd. In een complexe netwerksamenleving gaat het om ‘het besturen van het onbestuurbare. Dat is alleen mogelijk als beleidsmakers een gepaste ruimte laten voor burgers: weten wanneer ze nodig zijn en wegblijven als dat niet het geval is.’ (WRR 2012).

8 Oplossingsrichtingen door middel van wetgeving; wat is bruikbaar aan bruikbare rechtsorde?

Bovenstaande spanning lag als gedachte ook achter de ideeën van toenmalig Minister van Justitie Donner, zoals verwoord in de nota *Bruikbare rechtsorde* (Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9). In deze paragraaf zal dat concept worden hernomen. Centraal in de nota staat het streven naar een andere verdeling van de verantwoordelijkheden tussen overheid en burgers. Het doel van het programma *Bruikbare rechtsorde* is wijzigingen in de wetgeving te bewerkstelligen die leiden tot bestendige stelsels, die ruimte bieden voor burgers, bedrijven en maatschappelijk instellingen voor de activiteiten die zij nodig achten en waarvoor zij verantwoordelijkheid nemen en dragen.

‘De rechtsorde moet bruikbaar zijn met het oog op de gewenste verhoudingen in de samenleving. In het verleden heeft de nadruk gelegen op de rechtszekerheid en de rechtsbescherming van de burger in het bijzonder in het verkeer met de overheid. Dat heeft geleid tot steeds gedetailleerdere wet- en regelgeving, waarin de samenleving soms dreigt vast te lopen. Vandaar dat gezocht wordt naar een andere opzet van wetgeving, of een andere inzet van regels, die meer ruimte schept om maatschappelijk vragen oplosbaar te maken zonder de noodzaak van een steeds fijnmaziger net van regels.’ Daarbij denkt Donner bijvoorbeeld aan ‘het scheppen van ruimte voor diversiteit en dynamiek, voor verschillen in de tijd en in de omstandigheden. Waar mogelijk moet wetgeving zodanig worden opgesteld en aangepast dat zij burgers de gelegenheid geeft om zo veel mogelijk zelf hun zaken te regelen en verantwoordelijkheid te dragen en het beter toesnijden van toezicht- en handavingsarrangementen en sanctie-instrumenten op de justitiabelen. Waar mogelijk zou horizontale verantwoording de plaats in moeten nemen van verticaal toezicht.’ (Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9).

Donner herkent het gevaar dat probleemoplossende interventies van de overheid in de samenleving een spiraalbeweging kunnen voeden, waarin de overheid zichzelf veroordeelt tot steeds meer wet- en regelgeving omdat haar interventies het effect hebben dat het probleemoplossende vermogen van de samenleving zelf verminderd wordt. Hij zoekt naar wet- en regelgeving die actoren in de samenleving aanzet zelf verantwoordelijkheid te nemen en te dragen, om zelf maatschappelijke vragen op te lossen en om horizontale verantwoordingsmechanismen te genereren zonder de noodzaak van een regelgevende en sanctionerende overheid. Niet het idee dat de overheid de problemen van de samenleving oplost moet voorop

staan, maar wet- en regelgeving moet – omgekeerd – instrumenteel zijn voor de vitaliteit, kracht en dynamiek van de samenleving.

Bruikbare rechtsorde biedt een goede aanzet voor de oplossingsrichting die hier beoogd wordt. Een punt van kritiek betreft echter de – impliciete – veronderstelling dat ruimte laten voor de verantwoordelijkheid van actoren hen ertoe zal aanzetten die verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk te nemen. Waarom zouden ze dat doen? Willen en kunnen ze dat wel?

‘Willen’, dat heeft te maken met engagement en ‘commitment’. Het is niet per definitie zo dat actoren in de samenleving genegen en bereid zouden zijn om verantwoordelijkheid (voor collectieve doelen of publieke taken) te nemen en te dragen alleen omdat hun daartoe de ruimte wordt gelaten. Misschien laten ze de verantwoordelijkheid daarvoor liever bij de overheid, zodat ze zichzelf kunnen concentreren op het behartigen van hun eigenbelang. De overheid heeft hun onverantwoordelijke houding in deze zelf ook bevorderd en gelegitimeerd, door de verantwoordelijkheid voor publieke doelen naar zich toe te trekken.

‘Kunnen’, dat heeft te maken met capaciteiten. Het gaat hier dan vooral om capaciteiten van organisatorische en morele aard, die nodig zijn om verantwoordelijkheid te dragen voor publieke doelen; sociaal kapitaal. Deze capaciteiten zijn niet vanzelfsprekend bij de betrokkenen in de samenleving aanwezig. Eerder zal het zó zijn dat die capaciteiten gebrekkig zijn, omdat zij niet ontstaan en geoefend worden, want een sturende en probleemoplossende overheid laat daarvoor aanleiding, ruimte noch noodzaak.

Zowel de wil als de capaciteit van burgers en organisaties om verantwoordelijkheid te nemen/dragen voor publieke belangen zal in de afgelopen jaren stelselmatig zijn verminderd; dat is juist de kern van de beschreven negatieve spiraal. Ruimte laten voor hun eigen verantwoordelijkheid en zomaar aan hen bevoegdheden overdragen is in deze situatie geen verantwoorde optie; het werkt dan ook niet, want men vult de geboden ruimte in met eigen deelbelangen en er vindt alleen een verschuiving van regels plaats. Dat is ook precies de kritiek die velen, zoals Westerman in ‘Een nieuwe stijl van reguleren’ (Westerman 2006), op de nota en de daaruit voortvloeiende concepten als doelregulering hebben gehad. Mede daardoor is bruikbare rechtsorde inmiddels weer naar de achtergrond verdwenen.

Waar het om gaat is dat die negatieve spiraalbeweging gestopt wordt, en dat een positieve spiraalbeweging wordt ingezet. Dat vereist inderdaad een omslag in het denken over beleid en wetgeving in de relatie tussen overheid en samenleving, zoals Donner die voorstaat. Vervolgens echter dreigt aporie: omdat wil en capaciteit om verantwoordelijkheid te nemen ontbreken, kunnen aan burgers ook geen bevoegdheden worden overgedragen (ze mógen ook niet); en omdat ze geen verantwoordelijkheid (uit-)oefenen, ontwikkelen zij niet de wil en de capaciteit – enzovoort.

Het in gang zetten van een positieve spiraalbeweging betekent daarom: signaleren en aansluiten bij initiatieven in de samenleving, betrokkenheid oproepen, vertrouwen herstellen en genereren, een beeld van een gedeeld ideaal (*purpose*) laten

groeien, verantwoordelijkheid delen, capaciteit laten groeien, om vervolgens meer verantwoordelijkheid te delen en bevoegdheden over te dragen. Naarmate burgers en hun verbanden meer verantwoordelijkheden kunnen en willen dragen, moeten ze ook steeds meer mogen, dus de bevoegdheden daarvoor verkrijgen. Dit is een delicaat en langdurig proces, maar het alternatief is niet minder dan een al-regelende overheid en een geparalyseerde samenleving.

9 Effectief overheidsbeleid bij complexe vraagstukken; de energietransitie

De verduurzaming van de energievoorziening wordt veelal in termen van een transitie beschreven. Het is een langetermijnontwikkeling met grootschalige elkaar beïnvloedende economische, ecologische, sociale en institutionele effecten. Er is niet één actor die eigenstandig tot een oplossende interventie kan komen; afstemming, coördinatie en samenwerking zijn geboden. De complexiteit ervan wordt versterkt door het mondiale karakter van het vraagstuk.

Het verduurzamingsvraagstuk – hier aangeduid als energietransitie – is te beschouwen als een voorbeeld van een *wicked problem*, dat wil zeggen een probleem dat niet eenduidig geformuleerd kan worden en waarop geen eenduidig antwoord mogelijk is. Omdat geen overeenstemming bestaat over de te honoreren waarden noch over de te gebruiken kennis moeten voor een bevredigende oplossing ‘de verschillende kennisgezichtspunten en de verschillende waardegezichtspunten worden samengesmolten’ (In ’t Veld 2010, p. 69). In dit opzicht onderscheidt deze omwenteling – van een fossiele naar een duurzame energiehuishouding – zich in sterke mate van de vorige omwenteling – die van een aanbod- naar een vraaggestuurde energievoorziening (liberalisering).

De spanning die een *wicked problem* met zich meebrengt, zien we ook terug in het energiebeleidsdebat, met zijn diversiteit aan actoren en de talrijke onzekerheden en dilemma’s. Zo verschillen de inzichten over de prioritering tussen de doelen betaalbaar, betrouwbaar en schoon, over het benodigde tempo van de transitie, over de oplossingen, over waarden en belangen bij die prioritering en oplossingen.

In de aanloop naar de laatste verkiezingen (september 2012) heeft een brede coalitie in de Tweede Kamer zich uitgesproken over de noodzaak van een meer richtinggevend (politiek) debat met maatschappelijke actoren over de energietransitie. In zijn recente ontwerpadvies over een energieakkoord voor duurzame groei signaleert de SER in dezelfde lijn dat in de energiesector ‘sprake is van veel deelbelangen, die het gezamenlijke, overstijgende maatschappelijke belang in ons land tot nu toe steeds in de weg hebben gestaan. Daardoor is er te weinig synergie tussen de vele initiatieven die momenteel in de samenleving plaatsvinden, de inspanningen van individuele bedrijven en het overheidsbeleid. Een nieuw elan vraagt om een gedeeld perspectief voor de lange termijn.’ (SER 2012, p. 3).

De SER signaleert dat beleidsdoelen niet of niet in voldoende mate gerealiseerd worden omdat een *sense of purpose* ontbreekt, een door betrokkenen gedeeld betekenisvol doel dat verder reikt dan ieders deelbelang. Al eerder merkte de Raad daarover op dat de transitieaanpak te weinig had opgeleverd door een teveel aan bureaucratie, verkokering en wispelturigheid. ‘De bestaande instituties zijn onvoldoende ingericht op het zoeken naar samenhangende duurzame oplossingen’ (SER 2010). Hij pleit daarom voor een breed gedragen Energieakkoord.

De zoektocht naar een overstijgend gemeenschappelijk belang kan echter niet los worden gezien van het ontstane relatiepatroon. Onderdeel en effect daarvan zijn gebrek aan vertrouwen; het ontbreken van een gedeelde *sense of purpose* waardoor partijen bereid zouden zijn om deelbelangen opzij te zetten of te *matchen* met een overstijgend gemeenschappelijk, publiek belang; en de geringe capaciteit (willen en kunnen) van de actoren in de sector om gezamenlijk problemen op te lossen en verantwoordelijkheid te dragen. Dat zijn allemaal zaken die niet bij fiat of per decreet kunnen worden geregeld. Het genereren van vertrouwen, het doen ontstaan van een collectieve *sense of purpose*, en van de wil en het vermogen om gezamenlijk verantwoordelijkheid te dragen – het zijn allemaal onderdelen van het proces dat we hierboven hebben aangeduid als het in gang zetten van een positieve spiraalbeweging. Dat is een langdurig en delicaat proces, waarvoor geen *quick fix* bestaat en dat ook geen *shortcuts* toelaat. Ruimte laten of bevoegdheden overdragen zonder dat relatiologica’s en capaciteiten mee-veranderen leidt – bijvoorbeeld – slechts tot extra mogelijkheden om deelbelangen te maximaliseren; en dan komt men al snel tot de conclusie dat zo’n systeem niet werkt – het lot van *Bruikbare rechtsorde*. Een ingewikkeld proces, ook omdat tijdens de verbouwing de winkel wel openblijft.

De energietransitie is een zaak van overheid, sector en samenleving. Dat betekent geenszins dat de rol van de overheid in het energiebeleid verwordt tot die van *backbencher*; een optreden dat meer overlaat aan maatschappelijke actoren moet juist buitengewoon krachtig zijn (Van der Steen e.a. 2010). De politiek moet heldere doelen stellen en hoofdlijnen uitzetten. In het nieuwe regeerakkoord is dat gebeurd: 16% duurzaam in 2020 en een koolstofvrije economie in 2050; vanuit het perspectief van het energiebeleid is de opgave deze doelen te realiseren in de context van een betaalbare en betrouwbare en schone energievoorziening. Het bestuur moet hiertoe kaders neerzetten en helderheid bieden waar dat nodig is. De toezichthouder als moderne marktmeester ziet toe op de mededinging in de energiemarkt en kan in dat verband direct ingrijpen en sanctioneren.

Tegelijkertijd zal de overheid – politiek, bestuur en toezichthouder – op coherente en consistente wijze de positieve spiraalbeweging tussen capaciteiten, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de sector en andere maatschappelijke actoren moeten genereren en voeden. Dat vereist de capaciteit om initiatieven in de samenleving te signaleren, te faciliteren en daarbij aan te sluiten; om bevoegdheden over te dragen naarmate de capaciteiten groeien om verantwoordelijkheden te dragen. Om gewenste maatschappelijke uitkomsten te realiseren zal de overheid zich richten op het *geleidelijk* mogelijk maken en versterken van maatschappelijke veerkracht en dynamiek; en gaandeweg ontstaan dan relatiepatronen

waarin partijen samenwerken, ieder vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid, bij het realiseren van gedeelde doelstellingen.³

In feite komt het erop neer dat de overheid *twee doelen* moet stellen. Het eerste doel is van materiële aard: een schone energiehuishouding en een koolstofvrije economie. Het tweede doel is van maatschappelijke aard: de wil, de bereidheid en de capaciteit van de sector en andere maatschappelijke actoren om die transitie mee te maken en te verduurzamen, inclusief de bijbehorende relatiepatronen en institutionele arrangementen. Dat zijn twee heel verschillende doelen, en het is goed om ze duidelijk te onderscheiden, juist om te beseffen dat het eerste doel niet (duurzaam) gerealiseerd kan worden zonder het tweede. Jaag je het eerste doel na zonder dit te beseffen, dan breng je schade toe die lastig te herstellen is.

De energietransitie moet een product zijn van – en gedragen worden door – toegenomen capaciteiten in sector en samenleving. En omgekeerd moet het (materiële) energietransitieproces het motief en het vehikel zijn om die capaciteiten in sector en samenleving te laten groeien. Het een behoeft het ander, en omgekeerd. Zo kan de overheid – uiteindelijk verantwoordelijk voor *system survival* – de energietransitie gebruiken als vehikel voor versterking van de sector in maatschappelijke en economische zin (een concurrerende, innovatieve en maatschappelijk-verantwoordelijke sector), als ook voor maatschappelijke vitalisering.⁴

Voor de wet- en regelgeving betekent het dat een wetssysteem zo moet worden ingericht en moet functioneren dat het zijn eigen domeinspecifieke functie vervult én tegelijkertijd de bestaans- en functioneringsvoorwaarden van overheid zowel als van sector en samenleving reproduceert. Dat stelt eisen aan de inrichting, het instrumentarium en het proces. In de volgende paragraaf worden enkele aspecten en onderdelen van de laatste twee besproken.

3 Het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II lijkt een vergelijkbaar paradigma tot uitdrukking te willen brengen: 'Een sterke economie heeft baat bij een hoge kwaliteit van dienstverlening door de overheid. Dat kan alleen als we vakmanschap meer ruimte en waardering geven. (...) Vertrouwen, ruimte en voldoende tijd zijn daarbij belangrijke randvoorwaarden. Niet toegeven aan de reflex om op elk incident te reageren met nieuwe regelgeving. Bewezen vakmanschap belonen met minder verantwoording en controle.'

4 Vergelijk de maatschappelijke en economische opbrengst van ons waterprobleem sinds de 13e eeuw; die reikt veel verder dan alleen maar droge voeten.

10 Instrumentarium energietransitie

Het doel is: een koolstofvrije energiehuishouding in 2050. Hieraan draagt EZ bij – naast inzet in Europa – met drie instrumenten: (1) subsidies en fiscale maatregelen, zoals de SDE+, de energiebelasting of de Energie Investeringsaftrek (EIA), (2) convenanten en afspraken, zoals een energieakkoord en (3) wetgeving.⁵ In het vervolg zullen wij ons richten op dat derde aspect: de wetgeving. Om de energietransitie te bereiken, moet de wetgeving ten eerste adaptief en flexibel zijn ten einde innovatie mogelijk maken; ten tweede moet de wetgeving kaderstellend zijn en op hoofdlijnen helderheid bieden; ten derde moet een proces in gang gezet worden van overdragen van bevoegdheden aan de sector naarmate verantwoordelijkheden waar worden gemaakt. In andere termen: we moeten leren *infaseren*, *consolideren* en *uitfaseren*; energiewetgeving ‘in transitie’. Dit vindt zijn weerslag in zowel de inrichting van de wet als in het wetgevingsproces.

10.1 Inrichting van de wet

Het startpunt is een heldere keuze in wat te regelen en wat niet, omdat de sector dat zelf kan of omdat daar, nu of op termijn, horizontale arrangementen en verantwoordingmechanismen – *checks and balances* – voor gegeneerd worden.

Infaseren

De vraagstukken van de energietransitie worden zowel in de probleemstelling als in de oplossingsrichtingen ter discussie gesteld. Beleid heeft daardoor tot op zekere hoogte een *trial-and-error* karakter. Wet- en regelgeving moet daarom voldoende ruimte bieden om veranderende opvattingen en nieuwe ontwikkelingen in snel tempo te kunnen borgen. Die flexibiliteit kan gevonden worden door gebruik te maken van experimenteerbepalingen die afwijkingen van het reguliere wettelijke kader mogelijk maken. In de hogere regeling moet dan worden bepaald op welke onderdelen van de hogere regeling de mogelijkheid tot afwijking betrekking

5 De inzet van vrijwel ieder instrument om de energietransitie mogelijk te maken zal leiden tot hogere tarieven. De SDE+ zal worden gefinancierd door een opslag op de energiebelasting; en leveranciersverplichting of bij- en meestook leidt tot hogere leveringstarieven; en decentrale opwekking tot meer investeringen in netwerken en dus tot hogere netwerkstarieven. Dit zal leiden tot hogere prijzen. Gelet op de uitkomsten van de *World energy outlook 2012*, waarin staat dat in Europa de prijs van gas al vijf keer hoger ligt dan in de VS en al acht keer hoger dan in Azië, zal de internationale concurrentiepositie door een transitie onder druk komen te staan. Anderzijds is Europa – nu al en op termijn nog meer – afhankelijk van fossiele brandstoffen uit het buitenland en is verduurzaming dus noodzakelijk. De spanning tussen concurrentiepositie en energietransitie zal – gevoed door de Europese crisis – een van de uitdagingen van het toekomstig beleid zijn.

heeft. In de experimentele regeling zelf moeten doel en functie worden geconcretiseerd en moet worden aangegeven op welke punten van de afwijkingsbevoegdheid gebruik is gemaakt. De flexibiliteit kan ook worden gevonden door op lager dan formeel wetsniveau ruimte te bieden om taken toe te delen, of anderszins ruimte te zoeken, dus zonder afwijking van de wet.

Beide mogelijkheden kunnen zonder al te grote structurele impact een maatschappelijk gewenste oplossing schragen, waarvan niet zeker is dat zij een doorslaggevend karakter heeft. De mogelijkheden moeten in de tijd worden gemaximeerd, zodat moet worden bekeken of de regel het gewenste effect heeft. Aan de hand daarvan zal een keuze moeten worden gemaakt of de regel een blijvend karakter moet krijgen en dus geconsolideerd moet worden.

Consolideren

De wetgeving voor elektriciteit en gas moet erop gericht zijn vragers en aanbieders op de markt keuzevrijheid te bieden binnen het raamwerk van de publieke doelen die met het energiebeleid worden nagestreefd. Heldere, consistente kaders moeten door de wet worden geboden teneinde onder andere investeringsbeslissingen te ondersteunen. Bestaande systemen, zoals die voor de inrichting van de netbeheerders, de tariefregulering, de codes en de consumentenbescherming moeten worden geoptimaliseerd en gestroomlijnd – onderling en met Europese wetgeving. Wetgeving moet zo worden ingericht dat deze enerzijds recht doet aan de noodzakelijke nationale specificiteit, maar anderzijds probleemloos toekomstig direct werkend Europees recht kan accommoderen.

De wet moet meer op hoofdlijnen worden geschreven, want beschrijft in de praktijk vaak zeer gedetailleerd op welke manier de publieke doelen moeten worden bereikt. Door wetgeving meer op hoofdlijnen te formuleren worden de mogelijkheden verruimd voor actoren om te kiezen op welke manier de in de wetten vastgelegde publieke doelen worden bereikt. Voor sommige onderdelen van de wet zullen overigens gedetailleerde bepalingen noodzakelijk blijven, zoals bij de grondslagen van de tariefregulering.

Om actoren effectief te kunnen aanspreken op hun eigen verantwoordelijkheid moet hun de ruimte en de bevoegdheid worden gegeven om zelf tot oplossingen te komen. Niet alleen voorkomt dit mogelijk schadelijke interferenties van verticale overheidsregulering op het probleemoplossend- en zelfregulerend vermogen van de energiesector, maar het verstevigt ook de relatie tussen consumenten en bedrijven. Dat is niet alleen in het belang van een adequate consumentenbescherming, maar brengt ook het streefbeeld dichterbij van gedeelde doelstellingen ten aanzien van de toekomst van het energiebeleid.

Een dergelijke benadering heeft ook betekenis voor het feitelijke toezicht door de toezichthouder. Niet de verantwoording aan de overheid staat centraal, maar de kunst om die problemen te signaleren en te laten oplossen door de sector, zonder daarbij alle verantwoordelijkheid naar de toezichthouder te trekken. Door te focussen op daar waar toegevoegde waarde is te leveren, verschuift de focus van rapportages en checklists naar de knelpunten die zich in het netwerk en in het beleid voordoen. Ook een concept als *high trust*, wat zoveel betekent dat de

toezichtlast afneemt zolang het vertrouwen niet wordt beschaamd, sluit hierop aan. Als het vertrouwen ten onrechte blijkt te zijn gegeven, dan wordt hard en snel ingegrepen: *high penalty*.

Uitfaseren

Het uitfaseren van wetgeving leidt tot minder regeldruk en tot minder lasten bij overheid en sector. Maar het belangrijkste doel van het uitfaseren van de wetgeving is doelrealiserende, probleemoplossende vermogens te ontwikkelen. Het is van belang om regels niet ineens weg te nemen, maar te kijken waar de bereidheid en de capaciteit aanwezig is om geleidelijk meer bevoegdheden neer te leggen. Daar waar de conclusie is dat bereidheid en capaciteit ontbreekt, moet een beweging in gang worden gezet om die te laten ontstaan. De volgende wetgevings-technieken liggen hiervoor in de rede:

- Een eerste mogelijkheid zijn ‘zorgplichten’ of ‘doelvoorschriften’ – concepten uit *Bruikbare rechtsorde*. Een zorgplichtbepaling is een algemeen geformuleerde gedragsnorm die een bepaalde verantwoordelijkheid van een actor markeert, maar niet dwingend voorschrijft hoe hij precies moet handelen om de verantwoordelijkheid in te vullen. Er zijn immers verschillende manieren waarop het door de zorgplicht beschermde belang kan worden bereikt. De bepaling laat de normadressaat dus gedragsalternatieven (*Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 19*). Bestaande regels die belangen beschermen die zich voor zorgplichten lenen en die op termijn door de sector kunnen worden beschermd, kunnen in zo’n plicht worden omgezet. De zorgplicht kan verdwijnen, indien het belang daadwerkelijk wordt beschermd. Een motief om een zorgplicht te gebruiken moet dus ook zijn dat – op termijn – het belang door de sector kan worden gediend; de zorgplicht als overgangsinstrument. Hiermee wordt voorkomen dat zorgplichten talloze nadere regelgevingcomplexen op lager niveau tot gevolg hebben. Daar past ook een ander, meer *ex-post*, toezicht bij, zonder rapportageverplichtingen.
- Een tweede mogelijkheid is door te werken met horizonbepalingen voor bestaande regels. ‘Een horizonclausule zorgt ervoor dat een wet, of delen daarvan, een tijdelijk karakter krijgen, maar met de nadrukkelijke bedoeling van het bewerkstelligen van een moment voor heroverweging met de mogelijkheid van verlenging.’ (Eijlander 2006). Door in de wet een termijn te schetsen waarbinnen een bepaling gaat vervallen en als voorwaarde te stellen dat de sector het belang dat met de bepaling wordt beschermd al heeft opgepakt. Zo kan, geconditioneerd, lerend vermogen worden ontwikkeld.⁶

6 Een goed voorbeeld hiervan zijn de specifieke bepalingen die voor energie rondom het consumentenbeleid zijn gemaakt. Een deel daarvan is vanwege de kenmerken (homogeniteit van het product, primaire levensbehoefte) van de energiemarkt verdedigbaar en bovendien veelal geborgd in Europese richtlijnen en verordeningen. De rest zou gaandeweg aan de markt kunnen worden overgelaten door samen met *stakeholders* te bezien of de zorg voor een adequate consumentenbescherming in een sector die in transitie is door consumenten en bedrijven zelf kan worden ingericht. Dat gebeurt al bij de vaststelling van algemene voorwaarden, of rond onderdelen van het afsluitbeleid.

- Een derde techniek is geconditioneerde zelfregulering. Dan wordt in de wet opgenomen dat bepaalde zaken door de sector geregeld moeten worden. In de mate dat de sector die verantwoordelijkheid waarmaakt, zal de overheid zich terugtrekken en de conditionering laten vervallen.
- Een vierde instrument is een wijziging van het toezichtsmodel; van ex-ante naar ex-post toezicht; van probleemvoorkomend naar probleemoplossend toezicht. Indien zich voor langere tijd geen problemen hebben voorgedaan, kan de wettelijke regel komen te vervallen.

10.2 Het wetgevingsproces

Doelen wetgevingsproces

Eerste doel van een wetgevingsproces is om te komen tot een solide en goed onderbouwde wet. Dit vraagt ruime inbreng van professionals uit de energiesector; zij beschikken over de vakmatige kennis en hebben inzicht in knelpunten en toekomstige ontwikkelingen in de sector.

Tweede doel is een wet die als leidend principe door alle *stakeholders* gedragen wordt: *a fair deal*. Daarvoor is het belangrijk het proces zó in te richten dat alle issues aan de orde komen én dat gedurende het proces het onderlinge begrip en vertrouwen – niet alleen tussen de overheid en de anderen, maar tussen alle *stakeholders* – groeien en daardoor ook het commitment van alle *stakeholders* aan de uitkomst. Voor elk van de partijen zal dan gelden dat hij inlevert op enkele punten die hij liever anders had gezien, omwille van de collectieve uitkomst: een wet die inderdaad duidelijker en eenvoudiger is, met minder regeldruk voor bedrijven en minder lasten voor de overheid, en die de transitie naar een schone, slimme en gevarieerde energiehuishouding optimaal ondersteunt. Het is van belang om het gegeven van ‘*a fair deal*’ tijdens de politieke behandeling te benadrukken want aanpassingen die gedurende de behandeling van het wetsvoorstel worden gedaan, kunnen van invloed zijn op de *fairness* die in het wetsvoorstel besloten ligt. Dit kan het commitment van de *stakeholders* ondermijnen.

Het vergroten van het onderling vertrouwen van de *stakeholders* en hun commitment aan een gedeelde uitkomst is echter niet alleen van belang voor de kwaliteit van en het draagvlak voor dit wetsvoorstel, maar ook voor het vervolg, het derde doel: het versterken van de drieslag tussen willen (commitment), kunnen (capaciteit) én mogen (bevoegdheid). Op korte termijn kan dat bijvoorbeeld betekenen dat mogelijkheden worden verruimd voor partijen om te kiezen op welke manier de in de wetten vastgelegde publieke doelen worden bereikt.⁷ Op langere termijn zal dat betekenen dat de rol van de overheid (politiek en bestuurlijk) verandert en

⁷ Immers, in de mate dat dit collectief van *stakeholders* in staat blijkt te zijn om niet alleen ieders eigenbelang maar ook publieke doelen adequaat te dienen, genereert ze publieke legitimiteit. Anders gezegd: voor het inleveren van individuele *degrees of freedom* worden de *stakeholders* beloond met ruimere collectieve *degrees of freedom*.

vermindert, ten gunste van meer vrijheid en verantwoordelijkheid van de sector – binnen (de te beïnvloeden) Europese kaders.

En dat brengt ons – in het verlengde hiervan – op een vierde doel: een andere, nieuwe relatieloga tussen sector en overheid (parlement, regering en toezichthouder) zorgt ook dat in samenspraak tussen die vier partijen kan worden gekeken naar de Europese kaders. Het Europese recht is immers niet alleen randvoorwaardelijk, maar ook ‘transactioneel’. Hiervoor is een omslag nodig in het denken, in de wederzijdse percepties, in de definitie van de verschillende rollen en verantwoordelijkheden tussen regering, parlement, toezichthouder en sector. De meest urgente denkomslag is die van onderling gesteggel over de manoeuvreerruimte die ons door Europa nog gelaten wordt naar samenwerking om als Nederland zo effectief mogelijk te opereren in Europa. Dat veronderstelt dat we weten wat in Brussel speelt, dat we weten wat op de agenda komt en dat we ook agendazettend worden en een gezamenlijk (tussen alle actoren) gedragen beeld hebben van de belangen die daarbij voor Nederland aan de orde zijn, van de doelen, resultaten en effecten die we nastreven, alsmede van de strategie en middelen die we hanteren.

Inrichting wetgevingsproces

Bij de inrichting van het proces moet aandacht worden besteed aan (1) de rol van de overheid in het proces en de manier waarop met de uitkomsten van dit proces wordt omgegaan (2) de reikwijdte en (3) de middelen die ten dienste staan aan de uitkomsten van het proces.

De rol van de overheid is primair gericht op het ordentelijk verloop van het proces, het leveren van kennis en middelen binnen door de overheid gestelde kaders. De rol van de overheid in termen van sturing op de uitkomsten van het proces is beperkt. Het ongestructureerde karakter van het probleem, de *wickedness*, staat immers in de weg van een vooraf helder vast te stellen probleemdefinitie en oplossingsrichting. De overheid kan vanuit haar kaderstellende rol wel richting geven aan het te bereiken doel, maar laat de manier waarop dat doel wordt bereikt ‘ontstaan’. Zij legt als het ware een denkbeeldig tafellaken in handen van de *stakeholders*, laat hen daaraan trekken en wederzijds ervaren welke tegenkrachten in het spel zijn. Hoe het tafellaken uiteindelijk op tafel komt te liggen is – binnen de kaders – van ondergeschikt belang. Zo leidt de opkomst van elektrisch vervoer in Nederland bijvoorbeeld tot vragen over de rolverdeling in de energiesector en of de ontwikkeling van elektrisch vervoer binnen de huidige wettelijke kaders past. Met de oprichting van het zogenoemde Formule E-team is bijvoorbeeld een aanzet gedaan om deze vragen in het netwerk van *stakeholders* te beantwoorden.

Het risico is dat een aldus bereikte uitkomst in het bestuurlijke of politieke domein nog drastisch wordt gewijzigd wat ten koste gaat van de bereidheid van actoren om een dergelijk proces nogmaals te doorlopen. Naast het belang om de *fairness* van een dergelijke uitkomst te benadrukken kan dit risico worden ondervangen door afspraken te maken tussen de *stakeholders*, bijvoorbeeld door af te spreken dat een resultaat in dat geval wordt heronderhandeld (De Bruijn 2011, p. 168), maar ook door alle relevante partijen gedurende het proces op de hoogte te houden van de voortgang. Dit betekent dat bestuurders, de verantwoordelijke minister, de

Staten-Generaal intensief betrokken moeten zijn bij het te volgen proces en tijdig geïnformeerd worden over voorgenomen beleidskeuzes.

Ten aanzien van de reikwijdte is het wenselijk om alle punten die de wetgeving raken onderwerp van gesprek te maken: *multi-issue* besluitvorming. Dit compliceert het ogenschijnlijk, maar besluitvorming in een netwerk is complexer als deze zich beperkt tot één onderwerp. Indien de actoren een verschillend standpunt innemen ten aanzien van dat ene onderwerp, is de kans groot dat een patstelling ontstaat.

Het eerste grote voordeel van een *multi-issue* besluitvormingsproces is dat gegeven het grotere aantal uitruilmogelijkheden een proces van geven en nemen ontstaat (De Bruijn 2011, p. 62). Omdat veel partijen aan tafel zitten, leren zij ook de argumenten van de andere partijen en de weging daarvan kennen. Ten tweede zullen partijen moeten gaan samenwerken; een prikkel voor coöperatief gedrag. Hierdoor zullen kleine partijen met een voor hen belangrijk standpunt – in de termen van In 't Veld de 'gepassioneerde minderheden' (In 't Veld 2010) – ook een stem verwerven. Actoren hebben door de verschillende samenstellingen van coalities een beperkt belang bij een harde confrontatie. Anders geformuleerd, dankzij het *multi-issue* karakter van de besluitvorming ontstaan 'repetitieve interdependenties, die dwingen tot gematigd gedrag' (De Bruijn 2011, p. 64). Laatste voordeel is dat gaandeweg issues aan elkaar worden verbonden, op elkaar worden afgestemd, zodat het geheel meer kan zijn dan de som der delen. Dit wordt ook wel 'verrijking' genoemd (De Bruijn 2011, p. 65).

In dit licht is 'verzamelwetgeving' – waarin het resultaat van zo'n proces is vastgelegd – juist noodzakelijk en gewenst; een meer afgewogen en bestendig pakket aan maatregelen kan in één keer worden behandeld. Wellicht dat deze overweging kan worden betrokken in toekomstige advisering omtrent verzamelwetgeving, waarover tussen kabinet en – met name – de Eerste Kamer onlangs is gedebatteerd. De Eerste Kamer verdedigde daarin de positie dat een wetsvoorstel maar één inhoudelijk onderwerp mocht behandelen – 'veegwetten' uitgezonderd – omdat de Eerste Kamer een voorstel in het geheel moet aannemen of afwijzen en dus niet bepaalde onderwerpen kan aannemen (Kamerstukken II 2010/11, 32 500 VI, M).⁸

Ten aanzien van de middelen kan – naast de gebruikelijk gesprekken en geplande internetconsultatie – de interactie worden bevorderd door de inzet van moderne communicatietechnieken waardoor een groter aantal *stakeholders* aan discussies kan deelnemen dan bij meer traditionele besluitvorming. Voorbeelden zijn het gebruik van *social media* als LinkedIn waarmee het mogelijk is om in een professioneel netwerk discussies te voeren over voorstellen die door het ambtelijk apparaat zijn voorbereid. Door op een transparante wijze (zowel inhoudelijk als wie welke mening heeft) informatie in het netwerk te delen zien actoren bovendien de

8 Een *multi-issue* benadering kan bijvoorbeeld ook een versterking zijn voor de aanpak van de Green Deal. Tot nu toe is gekozen om afzonderlijke deals af te sluiten waarbij per deal door overheid en individuele *stakeholders* afspraken worden gemaakt. Een 'multi-issue deal' zou de complexiteit vergroten maar ook de samenwerking aan een gedeeld belang versterken.

waardering van argumenten door de ander, wat van invloed is op het draagvlak voor concrete voorstellen (Wierda & Van Bergenhenegouwen 2012). Hierdoor verschuift de rol van beleidsmatig betrokken ambtenaren van initiator of protagonist van een voorstel naar een rol als bruggenbouwer, mediator. Ook wordt op steeds meer departementen ervaring opgedaan met *serious gaming* waarmee door stakeholders simulaties kunnen worden uitgevoerd om de effecten van beleidskeuzes in kaart te brengen.⁹

9 Een goed voorbeeld is het door de TU Delft ontwikkelde *Smart Grid Game* waarin de spelers wordt gevraagd een zo duurzaam mogelijke wijk te realiseren door middel van decentrale energieopwekking en het gebruik van *smart grids* om energievraag en -aanbod beter op elkaar af te stemmen. De deelnemers spelen verschillende rollen (consument, netbeheerder, producent, leverancier, woningbouwvereniging). Bij het spelen van het spel blijkt dat de onderlinge afhankelijkheden tussen de partijen aanzienlijk zijn en dat het gezamenlijk belang van een zo duurzaam mogelijke wijk uit het zicht raakt als partijen uitsluitend focussen op het eigenbelang.

II Conclusie

In dit preadvies hebben we willen betogen dat voor het liberaliseren van de energievoorziening een sturende, verticaal interveniërende, overheid noodzakelijk was, maar dat mede daardoor een relatiepatroon tussen overheid en sector is gevestigd dat gebaseerd was op wantrouwen. EZ positioneerde zich daarin als hoeder van het publieke belang en als spiegelbeeld legitimeerde het daarmee de sector zijn deelbelangen na te jagen. In de daarop volgende periode heeft dit patroon zich bestendig en verdiept. Dat heeft een negatieve spiraal gevoed die uiteindelijk heeft geleid tot een ingewikkeld wetgevingscomplex. Een wetgevingscomplex dat hoge lasten met zich meebrengt, tot lange procedures leidt en onnodige frustratie teweeg brengt.

Toekomstige uitdagingen in het energiebeleid vragen om een ander relatiepatroon en om andere sturing. Het gaat om een (dynamische) rolverdeling die de democratische en rechtstatelijke principes respecteert en die de eigen verantwoordelijkheid van zowel overheid als burgers en bedrijven intact laat. Een rolverdeling die niet leidt tot verlamming van zowel overheid als samenleving, maar beider inspanning plaatst in een kader van gedeelde maatschappelijke doelstellingen. Een sturing waarbij de bevoegdheden die daarmee gemoeid zijn, gaandeweg worden overgedragen aan de (verbanden van) burgers en bedrijven, naarmate die de capaciteiten ontwikkelen om die verantwoordelijkheden te dragen. Wetgeving kan daarbij instrumenteel zijn.

De ironie wil dat onze aanbevelingen als gevolg van reflexief gedrag onherroepelijk tot nieuwe onbedoelde gevolgen zullen leiden: ‘Recognizing the inevitable incompleteness of attempts at governance (whether through the market, the state, or partnership), the ironist adopts a satisficing approach. She accepts incompleteness and failure as essential features of social life but continues to act as if completeness and success were possible ... Moreover, [the ironist] must be prepared to change the modes of governance as appropriate.’ (Jessop, 2003, p. 9-10).

Nadenken over hoe het wetgevingsproces het beste kan worden ingericht vergt in dat perspectief een proces van *trial and error*, met een onbegrensd optimisme dat het altijd beter kan.

De ambitie die spreekt uit het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II om in 2050 een koolstofarme energievoorziening te hebben, slaat voor wat betreft de wetgeving neer in STROOM, een voorstel gebaseerd op de in dit preadvies uiteengezette uitgangspunten. Het is een eerste stap in een langdurig en ingewikkeld proces. Nog lang zullen deelbelangen de vooruitgang hinderen en het is zeker zo dat het genereren van een positieve spiraalbeweging in het begin heel langzaam zal

verlopen en successen nog op zich laten wachten. Maar er is geen fatsoenlijk en levensvatbaar alternatief.

STROOM: Een algehele herziening van de Gas- en Elektriciteitswet

Het Energierapport van 2011 schetste de weg naar een schone, een slimme en gevarieerde energievoorziening, waarin nieuwe, andersoortige actoren participeren. Belangrijke uitgangspunt daarbij is dat energie niet alleen de brandstof, maar ook een van de motoren van de Nederlandse economie is. De transitie moet gepaard gaan met economische groei: groen én groei (*Kamerstukken II 2010/11, 31 510, nr. 45*). In het rapport wordt geconstateerd dat de duurzame samenleving niet vanzelf tot stand komt, en ook zeker niet door enkel een overheid te creëren is.

Een duurzame samenleving vraagt om een gezamenlijk traject van sector én overheid. Daarom wordt in het rapport naar Engels voorbeeld een *Green Deal* met de samenleving aangekondigd. Daarnaast krijgt de sector binnen het Topsectorenbeleid de verantwoordelijkheid om zelf *sectoragenda's* op te stellen over onderwerpen als innovatie en onderzoek, buitenlandbeleid, sectorale randvoorwaarden, onderwijs en arbeidsmarkt. Tijdens de mediation hebben alle partijen uiteindelijk hun verhaal kunnen doen en wij hebben gezamenlijk besloten dat een herbeoordeling zal plaatsvinden door een bezwaarverzekeringsarts en dat vervolgens een gesprek met de klant zal plaatshebben. Vooral dit persoonlijk contact is iets waar de klant veel behoefte aan heeft, omdat zij zich door het UWV vaak niet als mens behandeld heeft gevoeld.

In dit licht wordt in het Energierapport een wetgevingsagenda aangekondigd die deze transitie moet ondersteunen en die als doel heeft te komen tot eenvoudige wetgeving, met minder lasten voor overheid en sector, met een heldere toewijzing van taken en verantwoordelijkheden en op inzichtelijke wijze geënt is op de Europese richtlijnen.

In een brief van 10 november 2011 werkt de minister de hoofdlijnen voor het project STROOM verder uit (*Kamerstukken II 2011/12, 31 510, nr. 47*). Het project STROOM betreft het stroomlijnen, optimaliseren en moderniseren van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet; een algehele herziening van de wetten teneinde te komen tot wetgeving die duidelijker, eenvoudiger en meer op hoofdlijnen is, met minder regeldruk voor bedrijven en minder lasten voor de overheid. Wetgeving die bovendien op inzichtelijke wijze is geënt op de Europese wetgeving en die de transitie naar een duurzame energiehuishouding optimaal ondersteunt. Wetgeving die, ten slotte, gebaseerd is op een andere manier van kijken naar en omgaan met de sector; op basis van *vertrouwen*.

In de brief worden enkele knelpunten genoemd die tot herziening aanleiding geven. Ten eerste moet de wetgeving worden gestroomlijnd. De Elektriciteits- en Gaswet sluiten niet goed aan op de Europese regelgeving en omdat het energiebeleid steeds nadrukkelijker vormkrijgt in de Europese context levert dit problemen op; op nationaal niveau zijn er bovendien naast de generieke regelgeving veel sectorspecifieke regels; en ten slotte zitten er onverklaarbare verschillen tussen de Elektriciteits- en de Gaswet.

Ten tweede moet de wetgeving worden geoptimaliseerd omdat deze veelvuldig is gewijzigd en inmiddels een ingewikkeld complex is ontstaan, dat bovendien hoge lasten met zich meebrengt. De wijzigingen hebben afbreuk gedaan aan de inzichtelijkheid, structuur en consistentie en daarmee is de wetgeving ook minder effectief geworden. Dat complex past niet bij de het beeld van een slagvaardige, kleine en efficiënte overheid.

Ten derde moet de wetgeving worden gemoderniseerd. De Elektriciteits- en Gaswet zijn geschreven als sturingsinstrumenten om marktwerking te introduceren; de eerste omwenteling van een aanbod- naar een vraaggestuurde energievoorziening. De nieuwe wetgeving zal een tweede omwenteling – die naar een duurzame energievoorziening – moeten ondersteunen door elementen in te faseren, de bestaande kaders te consolideren en te vereenvoudigen en het overige trachten uit te faseren en weer aan de sector over te laten.

Literatuur

Boeken

- J.J.C. Bruggink, *Marktwerking in de Derde Energienota*, Energie Verslag Nederland 1995.
- H. Bruijn & E. ten Heuvelhof, *Management in netwerken*, Den Haag: Uitgeverij Lemma 2011.
- J.P.H. Donner, *Staat in beweging* (WRR Voorstudies en achtergronden V100), Den Haag: WRR 1998.
- M. van Eeten, *Techniek van de onmacht. Fatalisme in politiek en technologie* (oratie Delft), Den Haag 2010.
- Ph. Eijlander & R.A.J. van Gestel, *Horizonwetgeving: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk?*, Den Haag: Ministerie van BZK 2006.
- P. Frissen, *De staat van verschil*, Amsterdam: Van Genneep 2007.
- P. Frissen, *Gevaar verplicht. Over de noodzaak van aristocratische politiek*, Amsterdam: Van Genneep 2009.
- H.R. van Gunsteren, *A Theory of Citizenship; Organizing Plurality in Contemporary Democracies*, Boulder: Westview Press 1998.
- B. Jessop, *Governance and Metagovernance. On Reflexivity, Requisite Variety, and Requisite Irony*, Lancaster University 2003.
- J.J. de Jong e.a., *Dertig Jaar Nederlands Energiebeleid. Van Bonzen en Polders via Markten naar Brussel zonder Koolstof* (Clingendael International Energy Programme), Den Haag 2005.
- B. van Klink e.a., *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- J. van der Lans, *Loslaten, vertrouwen, verbinden. Over burgers en binding*, Stichting doen 2012.
- N. Nelissen e.a., *Oog voor openbaar bestuur. Een beknopte geschiedenis van de bestuurskunde*, Den Haag: Elsevier 2004.
- M. van der Steen e.a., *De boom en het rizoom: overheidssturing in een netwerksamenleving*, Den Haag: Ministerie van VROM 2010.
- W.S.R. Stoter & N.J.H. Huls, *Onderhandelend wetgeven: een proces van geven en nemen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.
- H.D. Tjeenk Willink, *Jaarverslag van de Raad van State 2005*, Den Haag 2005.
- W. Trommel, *Gulzig bestuur*, Den Haag: Uitgeverij Lemma 2009.
- R.J. in 't Veld, *De verguisde staat* (oratie Rotterdam), Den Haag: Vuga 1989.
- R.J. in 't Veld, *Kennisdemocratie. Opkomend stormtij*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010 (2010a).
- R.J. in 't Veld, *Knowledge democracy. Consequences for science, politics, and media*, Springer Heidelberg Dordrecht London New York 2010 (2010b).
- P. Westerman, *Een nieuwe stijl van reguleren*, op www.rug.nl, 2006.

Krantenartikelen en overig

'Zwartepieten met bakstenen', NRC 2 oktober 2000.

'Prijs energiecontracten gedeeld', Trouw 19 november 1999.

'Nederlandse bedrijven in uitverkoop', de Volkskrant 3 mei 2007.

'Burger neemt het heft in handen', Interview Jan Rotmans, de Volkskrant 14 november 2012.

A. Wierda & J. van Berghenhenegouwen, *Evaluatie LinkedIn-groep STROOM*, 2012.

SER, *Meer werken aan duurzame groei*, 2010.

SER, *Ontwerpadvies Naar een Energieakkoord voor duurzame groei*, 2012.

WRR, *Vertrouwen in burgers*, Den Haag 2012.

WRR, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag 2000.

Complexe besluitvorming in het omgevingsrecht en het onbehagen over projectbesluitvorming

Mr. O. Kwast*

1	Inleiding	61
2	Over besluiten en feitelijk handelen	67
3	Van bestuursrecht naar omgevingsrecht	71
4	De Wabo en de kwalificatie van projecten	77
5	Tracéwet: de concentratie van beleidsvrijheid	83
6	De rechter en de innerlijke waarde van projectbesluiten	87
7	Projecten en het verband tussen vergunning en projectbesluit	91
8	Conclusie	97

* Olaf Kwast is advocaat bestuursrecht en omgevingsrecht bij AKD te Rotterdam (okwast@akd.nl). Dank is verschuldigd aan Erik Dans, Rianne Jacobs, Marije Batting, Jeroen van Bergenhengouwen, Erwin Noordover, Herman Krans, Henk Gierveld en in het bijzonder aan Jan van Beuningen. Fouten zijn van mij alleen.

I Inleiding

Complexe besluitvorming op de agenda

Complexe besluitvorming in het omgevingsrecht is bovenal projectbesluitvorming. Hoewel dit onderwerp al vijftien jaar op de agenda staat, blijft de relatie tussen het bestuursrecht en projectbesluitvorming moeizaam. In 1998 heeft de VAR aandacht besteed aan complexe besluitvorming.¹ Het onderwerp van de preadviezen was toen de complexe besluitvorming over (vaak grote) infrastructurele en ruimtelijke projecten. Bij die besluitvorming deden zich problemen voor die in de jaren negentig van de vorige eeuw vooral werden beantwoord door invoering van regelingen voor de coördinatie van besluiten. Wettelijke voorzieningen werden getroffen door invoering van de Tracéwet, de Deltawet grote rivieren, de Wet op de waterkering, door wijziging van de Ontgrondingenwet en door de Vergunningwet Westerschelde.²

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Tracéwet (eerste tranche), sprak de regering in 2000 nog de hoop uit dat kon worden volstaan met een kwartet van coördinatieregelingen. De regering doelde daarmee op de regelingen in de Wet op de waterkering, de Tracéwet, de Luchtvaartwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening. De meeste wetten die eind jaren negentig in het centrum van de belangstelling stonden, zijn inmiddels echter vervangen. Zo is de Wet op de waterkering onderdeel geworden van de Waterwet, is de Luchtvaartwet vervangen door de Wet luchtvaart en is de Wet op de Ruimtelijke Ordening ingetrokken ten gunste van de Wet ruimtelijke ordening. De Tracéwet bestaat nog maar is ondertussen verschillende keren ingrijpend gewijzigd.³ Bovendien werden daarnaast nieuwe wetten tot stand gebracht zoals de Spoedwet wegverbreding, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en de Crisis- en herstelwet (Chw). Alle gaan bovendien straks op in de nieuwe Omgevingswet.

Deze niet aflatende ontwikkelingen in de wetgeving op dit terrein worden in bestuurs- en omgevingsrechtelijke kringen zonder uitzondering kritisch ontvangen. Wanneer problemen bij de besluitvorming over projecten aan de orde komen is het bovendien usance geworden om erop te wijzen dat deze problemen ‘niet zozeer een juridische of processuele achtergrond hebben, maar verband houden

1 H.P. Heida, F.A.M. Stroink & P.C.E. van Wijmen, *Complexe besluitvorming* (Preadvies VAR-reeks 120), 1998.

2 Zie daarover W.H.M.A. Pluimakers, ‘De wetgever en besluitvormingsprocedures over grote projecten’, in: A. Driesprong e.a. (red.), *Lex aquarum, liber amicorum. Opstellen over waterstaat, waterstaatswetgeving en wetgeving, opgedragen aan mr. J.H.A. Teulings*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2000, p. 276-307.

3 Zie voor een actueel overzicht H.A.J. Gierveld, ‘Kroniek infrastructuur, de wetgeving’, *Milieu & Recht* 2012, nr. 10 (2012/147).

met bestuurlijk en politiek onvermogen.⁴ De bestuurscultuur en ambtelijke kwaliteit zijn de boosdoeners – en daartegen zijn rechtsmiddelen niet opgewassen, zo is de gedachte. Ondertussen worden debatten over de legitimiteit van projecten zelf – zowel over het tempo van de besluitvorming als over de gevolgen voor de leefomgeving – in belangrijke mate gevoerd in bestuurs- en omgevingsrechtelijke termen voor de bestuursrechter.

Natuurlijk is het juist dat niet alleen juridische aspecten een rol spelen in de problemen van complexe besluitvorming. De betekenis van wetgeving moet niet worden overschat en problemen komen ten dele ook voort uit beperkingen van budget.⁵ Wat bij het gebruik van dergelijke argumenten over bestuurscultuur en ambtelijke kwaliteit echter snel uit het zicht wordt verloren is de betekenis die het bestuursrecht en omgevingsrecht in bredere zin hebben voor de bestuurscultuur en de kwaliteit van de besluitvorming. Bestuursorganen kunnen in beginsel slechts iets doen als zij daartoe door de wetgever uitdrukkelijk in staat zijn gesteld. Het gaat dan niet alleen om de legaliteit en specialiteit van bestuursbevoegdheden maar ook over het begrippenkader waarmee de uitoefening daarvan juridisch wordt benaderd. Daarmee is het recht op een zeer basaal niveau van invloed op de verwachtingen die leven over wat bestuursorganen kunnen doen – en bijgevolg waarvoor zij verantwoordelijk gehouden kunnen worden. Complexiteit van besluitvorming is, zo gezien, mede het gevolg van een juridische constructie die door onszelf, de bestuursrechtelijke discipline, is ontwikkeld.⁶

De vele wijzigingen, procedures en complicaties wijzen volgens mij daarom op een meer fundamentele spanning of instabiliteit in het omgevingsrecht en – in ieder geval voor zover dat dezelfde materie betreft – het algemeen bestuursrecht. Een spanning die verder wordt gevoed door een zeker onbehagen over dezelfde complexiteit. Als gevolg daarvan blijft de druk op het omgevingsrecht en het bestuursprocesrecht om te veranderen aanhouden. Alle reden dus om opnieuw na te denken over het onderwerp van complexe besluitvorming in het omgevingsrecht.

Wat is het probleem van complexe besluitvorming?

Waarom is besluitvorming over projecten complex? En waarom is dat een omgevingsrechtelijk probleem? Dit preadvies ontwikkelt het idee dat in het omgevingsrecht te dogmatisch wordt vastgehouden aan het begrippenkader van het algemeen deel van het bestuursrecht. Dat begrippenkader is voor het eerst in het begin

- 4 Het citaat is uit: Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State, 25 januari 2012, Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3, <www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken_in_adviezen/zoekresultaat/?advicepub_id=10146>. De bron is het rapport Sneller en Beter van de Commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten, <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/notas/2008/04/01/sneller-en-beter-advies-commissie-versnelling-besluitvorming-infrastructurale-projecten.html>. Zie ook het preadvies van E.M.N. Noordover.
- 5 Niels Koeman, 'Kiezen en delen in het omgevingsrecht', in: *Bezinning op het omgevingsrecht. Essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011, p. 123. De essaybundel is digitaal beschikbaar via: <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2011/02/25/bezinning-op-het-omgevingsrecht.html>.
- 6 M. van Twist, M. Kort & M. Onderdelinden, 'Bezinning op het stelsel van omgevingsrecht. Van berusting of benutting naar bestrijding van zelfgeconstrueerde complexiteit', in: *Bezinning op het omgevingsrecht. Essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011, p.188 e.v.

van de twintigste eeuw ontwikkeld. Vandaag, bijna een eeuw later, is de betekenis van die begrippen in het omgevingsrecht ingrijpend veranderd. Het voortdurend gebruik van dat begrippenkader staat mede daardoor inmiddels in de weg aan het bereiken van een helder zicht op meer fundamentele oplossingen voor de problematiek van complexe besluitvorming.

In het algemeen deel van bestuursrecht is het besluit een concept dat vanaf het begin in de jaren dertig centraal is komen te staan.⁷ Het besluit werd in de loop van de twintigste eeuw ontwikkeld als rechtsbegrip waarmee in een nieuwe, gecompliceerde werkelijkheid, op vereenvoudigde en gestileerde wijze inzicht kon worden gekregen op de rechtsverhoudingen waarom het de bestuursrechtjurist moet gaan.⁸ Andere aspecten, zoals de uitvoering van het besluit, zijn daaraan uit juridisch oogpunt ondergeschikt of zelfs juridisch irrelevant. Met het besluitbegrip is tegelijkertijd de daaraan tegengestelde categorie een gegeven: feitelijk handelen. En het voorbeeld bij uitstek voor feitelijk handelen zijn projecten, opgevat als fysieke ingrepen of wijzigingen van werken of het landschap. Handboeken in het bestuursrecht herhalen nog steeds dat het juist projecten zijn, zoals de aanleg van een dijk of een weg, die vanwege het ontbreken van rechtsgevolg van besluiten moeten worden onderscheiden. Om vervolgens alle verdere aandacht te besteden aan besluitvorming.

De stelling van dit preadvies is dat deze oude abstracties in ieder geval in het omgevingsrecht achterhaald zijn. In het omgevingsrecht heeft het besluit in belangrijke mate het karakter van een elementair rechtsbegrip verloren. Zo is het besluit steeds minder een vorm waarmee voor het omgevingsrecht essentiële rechtsverhoudingen in complexe projecten op vereenvoudigde en gestileerde wijze tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Besluiten zijn vaak verworden tot een 'moment' in projectprocedures, die veel van dergelijke momenten kennen. Tegelijkertijd is het niet langer realistisch om te denken dat projecten simpelweg bloot feitelijk handelen betreffen; materiële daden waarmee men net als de fysieke werken waarin ze resulteren zal moeten leren leven, maar die vanwege het ontbreken van rechtsgevolg overigens juridisch niet zo relevant zijn. Bovendien worden in wetgeving en jurisprudentie in toenemende mate juist aan projecten zelf, relevante omgevingsrechtelijke gevolgen verbonden. Zodoende is niet langer het besluit, maar het project de elementaire vorm geworden waarmee de relevante rechtsverhoudingen op juiste wijze in beeld kunnen komen. Gezegd kan daarom worden dat projecten zelf rechtsvormen worden.

Met deze ontwikkelingen wordt in de bestuurs- en omgevingsrechtelijke praktijk nog onvoldoende rekening gehouden. De consequenties ervan zijn nog amper onderzocht. De noodzaak voor een dergelijk doordenken is echter duidelijk aanwezig. Al was het maar omdat de wetgeving met de voorbereiding van de Omgevingswet aan de vooravond staat van een nieuwe, zeer omvangrijke ingreep, waarin de regeling van projectbesluitvorming opnieuw een belangrijk onderdeel vormt. Ondertussen is de bezinning op het omgevingsrecht die daarmee is ingezet

7 Locus classicus is C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', hoofdstuk IV van: C.W. van der Pot e.a. (bew.), *Nederlandsch Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1932.

8 Zie voor deze opvatting van rechtsbegrippen destijds F.J.A. Huart, 'Taak en methode van bij de beoefening van het administratief recht' (inaugurele rede Amsterdam 1930), in: *Verspreide Geschriften van mr. F.J.A. Huart*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1949.

nog lang niet gereed.⁹ Een van de dingen die ontbreekt, is een analyse van de fundamentele rol van het bestuursrecht en het omgevingsrecht in de complexiteit van besluitvorming.

De fundamentele rol van rechtsbegrippen

De bestaande complexiteit van projectbesluitvorming in het omgevingsrecht is onder andere een gevolg van het vasthouden aan een verouderd gezichtspunt op de wereld. Namelijk de visie die daarin eerst en vooral ‘bestuursorganen’ ziet, die ‘besluiten’ nemen om bepaalde doelen te dienen, waardoor ‘belanghebbenden’ in hun belangen worden geraakt. Dit is niet een omgevingsrechtelijk gezichtspunt. In het omgevingsrecht, voor zover dat het onderwerp van dit preadvies betreft, gaat het erom op andere zaken het oog te houden. Zo dient er zicht te zijn op ‘opdrachtgevers’, die ‘projecten’ uitvoeren met ‘gevolgen’ die de leefomgeving raken. Dit andere perspectief vereist een ander vocabulaire dan dat van het algemeen bestuursrecht. Dat vocabulaire vinden we onder andere in Europese richtlijnen. Europese richtlijnen op het terrein van het omgevingsrecht regelen de materie rechtstreeks in deze termen.¹⁰ Juist voor projecten levert het bestuursrechtelijke gezichtspunt, dat zich concentreert op besluiten, niet de elementaire begrippen waarmee de omgevingsrechtelijk relevante rechtsverhoudingen worden verduidelijkt. Door besluiten als de elementaire eenheden te beschouwen, in plaats van uit te gaan van de eenheid van een project, kan dit zelfs tot complicering leiden. Want hoe gebruikelijk en vertrouwd het bestuursrechtelijke vertrekpunt ook lijkt, het kan het debat over projecten tot onbeheersbare processen maken, wat de resultaten die met het ondernemen van projecten worden beoogd lang niet altijd ten goede komt. Ook vanuit de bescherming tegen nadelige gevolgen van projecten is dit niet wenselijk. Juist daarom is het omgevingsrechtelijk niet in alle gevallen toelaatbaar om projecten op te splitsen in even zoveel delen als er besluiten over te nemen zijn.

Opzet van dit preadvies

In dit preadvies doe ik een poging om de rol te analyseren die het bestuursrecht en het omgevingsrecht spelen in de complexe besluitvorming over projecten. De opzet is als volgt. In paragraaf 2 wordt teruggekeken op de ontwikkeling van de rechtsbegrippen voor een algemeen deel van bestuursrecht vanaf de jaren dertig van de twintigste eeuw. De vanzelfsprekendheid van deze begrippen komt tegen het eind van de twintigste eeuw onder druk te staan door de opkomst van het omgevingsrecht (zoals we dat nu noemen), waarin juist de voorbereiding en effecten van feitelijk handelen objecten van regulering worden en projecten belangrijker eenheden voor de rechtsverhoudingen.

Paragraaf 3 beschrijft hoe de concepten van destijds desalniettemin nog steeds als vanzelfsprekend worden aangenomen in beschouwingen over het onbehagen dat leeft over de problemen bij projectbesluitvorming. Dit onbehagen voedt en

9 Zie o.a. Ministerie van Infrastructuur en Milieu, *Bezinning op het omgevingsrecht. Essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, Den Haag 2011. Beschikbaar digitaal via: <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2011/02/25/bezinning-op-het-omgevingsrecht.html>.

10 Zie vooral Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (codificatie van de richtlijnen 85/337/EEG, 97/11/EG, 2003/35/EG en 2009/31/EG).

kenmerkt de inspanningen van de wetgever om tot oplossingen te komen, die deels bestaan uit wijziging van de wetgeving op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht. Van de (wijzigings)wetten die daarvan het resultaat zijn geweest, behoren de Wabo, de Tracéwet en de Crisis- en herstelwet wellicht tot de belangrijkste. De ontwikkelingen waarvan deze wetten deel uitmaken is geen samenhangend plan geweest. Achteraf kan het eerder worden gezien als een proces van *trial and error*. Dat betekent dat er genoeg mis is gegaan maar ook dat er bruikbare elementen zijn te destilleren uit de wetgeving en de daarmee samenhangende jurisprudentie. Paragraaf 4 analyseert in dat licht de Wabo en paragraaf 5 de Tracéwet.

Paragraaf 6 gaat vervolgens in op de wijze waarop de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State in haar uitspraken omgaat met projectbesluitvorming. Daaruit komt een lijn naar voren waarin de aard van het project beslissend is voor de rechtsverhoudingen. Wellicht ondanks de wetgever heeft de bestuursrechter die over projectbesluitvorming moet oordelen een manier ontwikkeld om projecten meer als eenheden te beschouwen.

Paragraaf 7 bevat een beschouwing op de betekenis van de ontwikkeling die dit preadvies verkent – namelijk dat projecten rechtsvormen worden – voor enkele van de rechtsfiguren die in het kader van de voorbereiding van de Omgevingswet zijn aangekondigd. Het projectbesluit en de omgevingsvergunning staan in een bepaalde onderlinge verhouding, waarvan het zinvol is die in beeld te brengen. Met de Omgevingswet is ook een uniforme coördinatieprocedure in de Algemene wet bestuursrecht voorgenomen. Daarvan kan wellicht een verbetering worden verwacht ten opzichte van de bestaande Afdeling 3.5 van de Algemene wet bestuursrecht. Deze regeling, welke is ingevoerd door de Wet samenhangende besluiten, heeft geen succes gehad als regeling voor samenhangende besluiten. Dat kan mogelijk verklaard worden door het ontbreken van een materieel criterium of een dragende vorm voor de samenhang. De ontwikkeling van projecten tot rechtsvormen laat zien dat de problematiek die we complexe of samenhangende besluitvorming noemen, vooral gezien moet worden in het licht van datgene wat voor de samenhang zorgt. Dat zijn niet de besluiten, maar datgene waarover besloten wordt. De betekenis van Afdeling 3.5 voor het omgevingsrecht lijkt door de wetgever in ieder geval ook nooit te zijn ingezien of erkend. Dat blijkt wel uit het feit dat de omgevingsrechtelijke wetgeving nooit is aangepast. Afdeling 3.5 van de Algemene wet bestuursrecht en de regelingen van complexe besluitvorming in het omgevingsrecht zijn gescheiden werelden gebleven. De Omgevingswet biedt daarvoor een herkansing.

Paragraaf 8 sluit af met de conclusie: het probleem van complexe besluitvorming is niet de complexiteit als zodanig, maar het feit dat deze zich manifesteert in de besluitvorming.

2 Over besluiten en feitelijk handelen

Complexe besluitvorming is in de eerste plaats: besluitvorming. Waarom manifesteert de complexiteit van een project zich dan juist in de besluitvorming? Deze paragraaf blikst terug op de historische context waarin het besluit als centraal rechtsbegrip van het bestuursrecht opkwam. Deze context wordt hier opgevat als het juridisch denken van het begin van de twintigste eeuw. In deze periode werd door verschillende juristen belangrijke kritiek geleverd op de aannames en doctrines van een in hun ogen achterhaald klassiek schema van staatsrecht.¹¹

Deze kritiek trof doel. Als reactie op deze kritiek werd namelijk vervolgens door verschillende juristen gewerkt aan een bewust moderner en materieel begrippenkader waarmee de nieuwe realiteit van het openbaar bestuur, zoals de juristen dat zagen, juridisch opnieuw geduid kon worden. Zo werd bijvoorbeeld onder de noemer ‘nieuwe vormen van decentralisatie’ nagedacht over fenomenen die we tegenwoordig goed kennen als deconcentratie en als kwesties van mandaat of van de financiële verhoudingen tussen overheden.¹² Ook werd destijds voor het eerst opgeroepen om – in plaats van dogmatische en institutionele discussies over administratieve rechtspraak te voeren – de praktijk van de adviezen van de Afdeling contentieux van de Raad van State, hoewel formeel niet bindend, te gaan bestuderen als jurisprudentie waaruit bijvoorbeeld een algemener begrip van ‘belanghebbende’ naar voren kon worden gebracht.¹³

Als onderdeel van deze reconstructie van het publiekrecht na de kritiek op het klassieke staatsrecht, werd in 1932 de eerste naar volledigheid strevende poging gewaagd om een handboek voor het Nederlandsch bestuursrecht te publiceren.¹⁴ Het resultaat was een omvangrijk collectief werk, waarin een algemeen deel, en bijzondere delen van het bestuursrecht werden besproken.¹⁵ Een van de meest nog steeds herinnerde hoofdstukken van dit boek is dat van C.W. van der Pot, over de ‘vormen van het besturen’. In dat hoofdstuk wijst Van der Pot de ‘beschikking’ aan als de bestuurshandeling waarop het bestuursrecht zich in het bijzonder zou

11 Het voert te ver hierop in dit verband in te gaan. De belangrijkste kritiek op het klassieke staatsrecht was dat het niet maatschappelijk genoeg was, maar formalistisch en autoritair. Het centrale werk is in de eerste decennia van de twintigste eeuw verricht door H. Krabbe en door onder meer R. Kranenburg, J.J. Boasson, F.J.A. Huart en G.A. van Poelje die allen bij Krabben gepromoveerd zijn. Al deze juristen oriënteerden zich op andere disciplines, zoals de psychologie, sociologie of de bedrijfseconomie om een modern bestuursrecht te helpen ontwikkelen als een kader om de ingrijpende wijzigingen van de bestuursorganisatie die zich hadden voorgedaan te vatten.

12 G.A. van Poelje, *Wilde groei of organisatie?* (inaugurale rede Rotterdam), 1928 en G.A. van Poelje, *Osmose, een aantekening over het elkander doordringen van de beginselen van openbaar bestuur en particulier beheer*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1931.

13 Zie Huart 1930, p. 122.

14 Daarin onderscheidde het zich van de Oppenheim-bundel die al in 1919 verschenen was.

15 Zie Van der Pot 1932.

moeten richten. Daarbij maakt Van der Pot een scherp onderscheid met ‘materieele daden’ die wij nu zonder moeite als projecten zouden bestempelen.

‘Het Nederlandsche woord bestuurshandeling leidt onwillekeurig de gedachten eerst naar de materieele daden, de handelingen, die in de materieele wereld een feitelijke verandering teweegbrengen. Onder deze zijn er een aantal, die uit juridisch oogpunt volkomen indifferent zijn: het uitdiepen van een rijkskanaal, het verharden van een aan een gemeente behoorenden weg, het bouwen van een duikboot of een openbare school. In verband met deze handelingen hebben wellicht rechtshandelingen plaats – zij kunnen bijv. tot arbeidsovereenkomsten aanleiding geven –, zelf brengen zij wel in de materieele wereld, niet in die der rechtsverhoudingen wijziging. De oorzaak van dit laatste is, dat het bestuursorgaan, dat de genoemde handelingen doet verrichten, daarbij blijft op eigen terrein, niet raakt aan de sfeer der burgers of aan die van een ander bestuursorgaan.’¹⁶

Voor Van der Pot waren projecten dus ‘juridisch indifferent’. Hoewel de bijdrage van Van der Pot onderdeel was van een reconstructie van het publiekrecht (als bestuursrecht) na de kritiek op het klassieke staatsrecht, zijn de sporen van het klassieke rechtsdenken nog goed zichtbaar. Zo stelt Van der Pot zich een sfeer voor waarin het bestuur autonoom is tot regeling en bestuur van de zaken die zich daarin bevinden, zoals een kanaal, een weg, een duikboot of een school, zonder dat dit de sfeer van anderen raakt. Het betreffende orgaan van het bestuur dat als opdrachtgever optreedt, ‘blijft op eigen terrein’. Projecten hebben zo gezien een privaatrechtelijke grondslag. Het eigendomsrecht biedt de eigenaar, ook wanneer dat een overheid is, een algemene vrijheid: hij kan in beginsel aanleggen wat hij wenst, zolang hij maar niet de grenzen van andermans eigendom overschrijdt.

Het recht is in dit nog vrij klassieke beeld vooral een formele grensrechter tussen de verschillende sferen. Zolang die door bepaald optreden niet worden overschreden, is dat optreden juridisch niet relevant. Projectbesluitvorming is in deze optiek dan ook vooral een kwestie van de verwerving van gronden. Ook wanneer het project ziet op de aanleg van werken in het algemeen belang. Dit (overheids) privaatrechtelijke perspectief stond centraal in de wetgeving van begin twintigste eeuw en de periode die daaraan voorafging, ook voor openbare projecten. Daarin waren wel ontwikkelingen zichtbaar die verband hielden met de technologische ontwikkeling. Omstreeks de jaren waarin Van der Pot de geciteerde passage schreef, werden bijvoorbeeld de mogelijkheden vergroot tot onteigening voor de aanleg van wegen door invoering van de Wegenwet waarin ook verplichtingen voor het moeten dulden van verkeer, van het onderhoud en van de verbetering van wegen werden opgenomen. Ook werd destijds de mogelijkheid om in het openbaar belang inbreuken te maken op eigendomsrechten gemoderniseerd, door de regeling van het gedogen van openbare werken van algemeen nut die werd opgenomen in de Belemmeringenwet Privaatrecht uit 1927.

Voor de ontwikkeling van het besluit (bij Van der Pot nog ‘beschikking’) als een materieel publiekrechtelijk rechtsbegrip, waren projecten voor Van der Pot bij uitstek geschikte handelingen om te illustreren waarop de aandacht van de moderne bestuursrechtjurist precies niet gericht moest zijn. Zou hij niet zijn ogen uitwrijven als hij van de mer-richtlijn of de Crisis- en herstelwet zou kunnen kennismaken?

¹⁶ Van der Pot, ‘De vormen van het besturen’, p. 202.

Of van de inhoud van uitspraken van de ruimtelijke-orderingskamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State? Vaststaat in ieder geval dat Van der Pot's tijd niet meer de onze is en dat hij schreef zonder besef van omgevingsrecht.¹⁷

Het onderscheid dat Van der Pot maakte tussen feitelijke handelingen en besluiten is in ieder geval retorisch nog springlevend. Geen handboek algemeen bestuursrecht zal het niet uiteenzetten. Ook eind jaren tachtig, bijvoorbeeld, was de belangstelling voor projectbesluitvorming van A.M. Donner nog vooral in privaatrechtelijke termen gekleed. De relevante rechtsverhoudingen zijn die van het besluit dat zorgt voor de opdracht en voor het behoren te dulden van het werk.

'Bij het aanleggen van een weg of een dijk is het besluit om de eerste spade in de grond te steken een wilshandeling, net zo goed trouwens als elke volgende schep (per spade of zandverschuiver). Maar al kunnen de besluiten waar te beginnen en in welke volgorde en richting verder te gaan, veel overleg kosten, toch zijn dat niet de besluiten waarvoor het recht zich in de eerste plaats interesseert. Het stelt belang in het besluit om de dijk of de weg aan te leggen, nl. het besluit dat tot (rechts)gevolg heeft, dat de enen aan het werk gaan en de anderen het behoren te dulden en dat allen op den duur met die dijk of weg zitten opgescheept en maar moeten leren ermee te leven.'¹⁸

Opvallend is dat hierbij van complexiteit geen sprake is, al is de voortgang een kwestie van 'veel overleg'. De rechtsgevolgen waarop Donner onze aandacht wil vestigen, zijn die van een opdracht en een duldplicht van de werken. Dat doet denken aan de Belemmeringenwet Privaatrecht. Of aan een rechtsverhouding vergelijkbaar met die van het moeten dulden van feitelijk handelen, waartoe een last is gegeven.¹⁹ De belangstelling ligt voor de jurist in ieder geval niet zozeer bij het tracé of bij de gevolgen voor het milieu, al spreekt uit 'het moeten leren ermee te leven' wel het inzicht dat ook infrastructuur tot onze fysieke leefomgeving behoort.

Kijken we naar de actuele situatie dan hoeft er niet aan te worden herinnerd dat het besluitbegrip van de Algemene wet bestuursrecht teruggaat op de traditie die door Van der Pot is begonnen.²⁰ Afgezien van de zeer algemene vangnetbepaling van artikel 3:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, op grond waarvan de afdelingen 3.2 t/m 3.4 van overeenkomstige toepassing zijn op feitelijk handelen

17 Bedoeld is het hedendaagse omgevingsrecht. Er waren ook toen wel wetten die hinder regelden. In de periode voorafgaand aan de herziening van de Woningwet van 1931 hadden de uitbreidingsplannen zich ontwikkeld van een eenvoudig stratenplan tot algemeen functioneel plan. De bepalende gedachte was dat 'stedebouwkundige ontwikkeling van grotere, geografisch, economisch en verkeerstechnisch een eenheid vormende gebieden ook als een eenheid moet worden ter hand genomen.', G.A. van Poelje, 'De ontwikkeling der denkbeelden', in: 50 jaar Woningwet 1902-1952. Gedenkboek samengesteld in opdracht van de Centrale Directie van de Wederopbouw en de Volkshuisvesting van het Ministerie van Wederopbouw en Volkshuisvesting en het Nederlands Instituut voor Volkshuisvesting en Stedebouw, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1952, p. 1, 12-14.

18 A.M. Donner, *Algemeen Deel van het Nederlands Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 212.

19 Vergelijk bijvoorbeeld de impliciete duldplicht voor de overtreder die met bestuursdwang wordt geconfronteerd, om de uitvoering van de last daartoe ook te dulden, zie *Parl. Gesch. Awb* bij art. 5:21 Awb.

20 R. van Male, 'C.W. van der Pot: De vormen van het besturen', in: J.A.F. Peters (red.) e.a., *Oude Meesters. Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht (VAR-preadvies)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 21 e.v.

tenzij de aard daarvan zich daartegen verzet, leeft het onderscheid tussen besluiten en feitelijk handelen voort in de *common sense* van het algemeen bestuursrecht. Wij kijken naar de wereld en zien daarin eerst bestuursorganen besluiten nemen die belanghebbenden rechtstreeks in hun belangen raken. Dat is het elementaire gezichtspunt van het bestuursrecht en de achtergrond waartegen de ontwikkeling van projecten tot complicaties leidt.

3 Van bestuursrecht naar omgevingsrecht

Het vormgeven van het algemeen vocabulaire van het bestuursrecht zoals dat in de jaren dertig van de twintigste eeuw begonnen is, ligt ver achter ons. Datzelfde geldt in zekere zin voor de vorming van de Algemene wet bestuursrecht. Ondanks belangrijke nieuwe wetgeving zoals de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, lijkt de Algemene wet bestuursrecht in zekere zin ‘af’ te zijn en is de tijd van de tranches voorbij.²¹

De aandacht voor algemene regelingen is ten dele ook verschoven naar omvangrijke deelgebieden van het bestuursrecht, zoals het omgevingsrecht of het economisch publiekrecht.²² Zoals het moderne algemeen deel van het bestuursrecht een product was van de jaren dertig van de twintigste eeuw, is het omgevingsrecht een 21^e-eeuws fenomeen.²³ Er bestonden natuurlijk al langer milieurecht, ruimtelijk bestuursrecht, waterstaatsrecht en verwante rechtsgebieden – zoals er ook al voor de jaren dertig van de twintigste eeuw een ‘administratief recht’ was. Maar de rechtsvormende taak van begripsvorming die het bestuursrecht van de jaren dertig zichzelf stelde, ligt voor het omgevingsrecht nog in belangrijke mate voor ons.

De bestaande wetgeving heeft nog geen algemeen, duidelijk en nieuw omgevingsrechtelijk vocabulaire opgeleverd, behalve dat het in het geval van bijvoorbeeld de Wabo en de Tracéwet gaat over projecten. Datzelfde geldt voor de Crisis- en herstelwet. Deze wet is volledig toegesneden op projecten, en geeft regels die van toepassing zijn op alle voor een Chw-project benodigde besluiten.

De afwezigheid van algemene omgevingsrechtelijke begrippen en de sterke focus op het besluitbegrip in het omgevingsrecht (vooral in de Wabo) levert een begin op van de verklaring van het onbehagen met de complexiteit van het omgevingsrecht. Het besluitbegrip is immers nooit gericht geweest op het duiden van de rechtsverhoudingen rondom projecten, maar op de rechtsbetrekking tussen een

21 Zie in het bijzonder de bijdrage van T.C. Borman, ‘Van Warb tot Awb: de invloed van de commissie-Scheltema op de Awb’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 23-40, integraal digitaal beschikbaar via: <www.nall.nl/pagina/bibliotheek>, en E.H. Bröring & L.M. Koenraad, ‘Conserveren en activeren. Een beschouwing over de ontwikkeling van de Awb’, *JB plus* 2012, 61, p. 61-86.

22 N. Verheij heeft in ‘Bestuursrecht op drie sporen, of: Hoe belangrijk is harmonisatie?’ *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2010, 20 al eens op gewezen dat met de Crisis- en herstelwet en de Dienstenrichtlijn, uiteenlopende regimes van algemeen bestuursrecht lijken te ontstaan.

23 O. Kwast, ‘De Omgevingswet als stelsel voor het omgevingsrecht’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2012/1, p. 9-10, <www.akd.nl/nl/kennis/publicaties/de-omgevingswet-als-stelsel-voor-het-omgevingsrecht>.

bestuursorgaan en belanghebbenden. Het besluit betrof bovendien juist datgene wat projecten niet waren. Projecten zijn feitelijk handelen met een privaatrechtelijke grondslag in de eigendom van de grond. Als daarover besluiten moeten worden genomen die bestuursrechtelijk en omgevingsrechtelijk relevant zijn, dan zijn het in de eerste plaats vergunningen die uit hoofde van een bepaald algemeen en ander belang dan het met het project te dienen belang, voor de uitvoering zijn vereist.

Met de ontwikkeling van de regelgeving op de terreinen die nu tot het omgevingsrecht worden gerekend is het aantal besluiten (vergunningen, ontheffingen, enzovoort) dat nodig is voor de uitvoering van projecten ook toegenomen. Daarnaast is de scheiding tussen een publieke sfeer van projecten en particuliere sfeer van burgers, die Van der Pot zich nog voorstelde, lang achterhaald door het primaat van het publiekrecht.²⁴ Als gevolg daarvan is het idee dat projecten 'op eigen terrein' worden ondernomen, niet langer plausibel. Projecten worden behalve in de fysieke leefomgeving ondernomen op het institutioneel-juridische landschap van een gedecentraliseerd en gedeconcentreerd openbaar bestuur. Dat bestuur handelt in het belang van allerlei aspecten en factoren van de leefomgeving.

Eén reactie op de complexiteit die daarvan het gevolg is, is de poging geweest dergelijke besluiten te integreren in één omgevingsvergunning van – uiteindelijk – één bevoegd gezag.²⁵ Maar zoals hieronder in paragraaf 4 zal worden besproken, heeft ook de omgevingsvergunning die met de Wabo is geïntroduceerd niet geleid tot een nieuw vast begrip waarmee de rechtsverhoudingen rond projecten worden aangeduid. Die betekenis is in ieder geval aanzienlijk getemperd door het vrij technocratische begrippenkader dat zich bij de toepassing van de Wabo in de praktijk heeft ontwikkeld. Er is een schaduwvocabulary gevormd van 'toestemmingen', 'activiteiten', deelvergunningen, enzovoort. Hetzelfde geldt voor het 'project'-begrip van de Wabo. Doordat het accent is gelegd bij de ene omgevingsvergunning en dus bij een besluit, heeft het concept van het 'project' in de Wabo geen zelfstandige materiële betekenis gekregen. Projecten in de zin van de Wabo zijn daardoor niets anders dan de optelsom van abstracte wettelijke omschrijvingen van vergunningplichtig feitelijk handelen ('activiteiten' in de zin van art. 1.1, eerste lid, Wabo). De eenheid van projecten komt slechts tot uitdrukking via het – als feitelijk criterium gedachte – begrip 'onlosmakelijke samenhang'. Een vereenvoudigde aanduiding van rechtsverhoudingen rondom projecten is met de Wabo zo niet ontstaan.

Toch is er in het omgevingsrecht belangrijke regelgeving waarin projecten wel vanuit een normatief begrip over de rechtsverhoudingen worden geregeld. Dit is de Europese natuur- en milieuregelgeving. De al genoemde mer-richtlijn²⁶ is hierbij een belangrijk ijkpunt. De invoering van deze richtlijn eind jaren tachtig kan dan ook worden gezien als een breuk met het gedachtegoed dat is verwoord in Van der

24 Zie over het primaat van het publiekrecht en de rol van het bestemmingsplan G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

25 Een ander initiatief tot vereenvoudiging is de introductie van algemene regels in de plaats van vergunningen, zoals in het Besluit algemene regels inrichtingen milieubeheer en andere regels. Deze aanpak blijft hier buiten beschouwing.

26 Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (codificatie van de richtlijnen 85/337/EEG, 97/111/EG, 2003/35/EG en 2009/31/EG).

Pot's citaat over de tegenstelling tussen besluiten en projecten. Het staat daarmee in ieder geval op gespannen voet.

Deze spanning tussen de projectgerichte Europese milieuriichtlijnen en het bestuursrechtelijke besluitbegrip kan als volgt worden toegelicht. De richtlijn ziet op bepaalde openbare en particuliere projecten. Onder project wordt dan verstaan: de uitvoering van bouwwerken of de totstandbrenging van andere installaties of werken, of andere ingrepen in natuurlijk milieu of landschap, inclusief de ingrepen voor de ontginning van bodemschatten (art. 2, onder a, van de mer-richtlijn). Dit projectbegrip is in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU uitgelegd op een wijze die doet denken aan de 'materieele daden' waarover Van der Pot schreef. In diverse uitspraken heeft het Hof van Justitie het project uitgelegd als 'werken of ingrepen die de materiële toestand van de plaats veranderen'.²⁷ Zolang van een materiële wijziging van de toestand van de plaats geen sprake is, bijvoorbeeld door een loutere verlenging van de geldingsduur van een vergunning, is geen sprake van een project.²⁸

Deze benadering verschilt van het bekende onderscheid tussen feitelijk handelen en besluiten in die zin dat in de mer-richtlijn de omvang van het project bepalend is voor de omvang van het besluit dat in de tekst van de richtlijn 'vergunning' wordt genoemd. Onder vergunning wordt in de mer-richtlijn namelijk verstaan: het besluit van de bevoegde instantie of instanties waardoor de opdrachtgever het recht verkrijgt om het project uit te voeren. De eenheid van het project is dus bepalend. Dat is van belang omdat het opsplitsen van een project in delen ertoe kan leiden dat de effecten op het milieu niet in cumulatieve zin of onderlinge samenhang worden beoordeeld. Volgens het Hof van Justitie mag de doelstelling van de mer-richtlijn niet worden gefrustreerd door op die manier projecten met mogelijk aanzienlijke milieueffecten aan de beoordelingsplicht te onttrekken.

Het project is in de mer-richtlijn dus het leidende begrip, niet het besluit. Dat is anders dan in ons nationale bestuursrecht. Daarin gaan we er voetstoots van uit dat de materiële werkingssfeer van het besluit vanzelf spreekt. De veronderstelling is dat de wetgever bij het toedelen van een bevoegdheid tot vergunningverlening, de grenzen van die bevoegdheid zodanig heeft vastgesteld dat de feitelijke handelingen waarover bij de uitoefening van die bevoegdheid moet worden beslist (het vergunningplichtig handelen) in beginsel slechts relevant is voor zover dat binnen de grenzen van de bevoegdheid valt. Het specialiteitsbeginsel dat geldt bij de toedeling van bestuursbevoegdheden versterkt deze gedachte.

Waartoe dit accentverschil tussen de uitgangspunten van de mer-richtlijn en die van ons nationale bestuursrecht kan leiden, kan worden geïllustreerd aan de hand van een tweetal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van begin 2012 over twee bestemmingsplannen en een uitspraak over de natuurbeschermingswetvergunningen voor een project in de Eemshaven uit 2011. De bestemmingsplannen waren van de Gemeente Nijmegen en van de Gemeente Overbetuwe. Deze bestemmingsplannen werden afzonderlijk vastgesteld. Tegen elk van deze besluiten werd door belanghebbenden in beroep gegaan. Door de Afdeling bestuursrechtspraak werd in de eerste zaak het bestemmingsplan van de gemeente Overbetuwe vernietigd. Dit betrof het bestemmingsplan voor zover

27 HvJ EU 17 maart 2011, nr. C-275/09, punten 20, 24 en 38 (Brussels Hoofdstedelijk Gewest e.a.).

28 HvJ EU 19 april 2012, nr. C-121/11, punt 31 e.v. (Pro-Baine ASBL e.a.).

het de plaatsing van vier windturbines in een lijnopstelling tot de gemeentegrens met Nijmegen mogelijk maakte.²⁹ Enkele maanden later werd vervolgens het bestemmingsplan van de Gemeente Nijmegen vernietigd, dit keer over een op de lijnopstelling van Overbetuwe aansluitend tracé van vijf windturbines op het grondgebied van de Gemeente Nijmegen.³⁰ Volgens de Afdeling ging het in deze gevallen, mede gelet op onder meer de onderlinge afstemming van de hoogtes en de gedeeltelijk gezamenlijk verrichte onderzoeken, om één en dezelfde ‘activiteit’ in de zin van het Besluit mer. En wel zodanig dat daarvoor één plan-mer had moeten worden opgesteld. Aan die eis was niet voldaan. Door beide gemeentebesturen waren afzonderlijke milieueffectrapporten gemaakt en afzonderlijke besluiten genomen. Beide bestemmingsplannen werden dus vernietigd omdat ze over het project van de plaatsing van negen windturbines niet als één project hadden besloten. De innerlijke samenhang van het project heeft in de mer-regelgeving dus voorrang boven het besluit, vanwege de beoordeling die moet plaats vinden van de mogelijke gevolgen die het project heeft voor de leefomgeving en die plaats moet vinden alvorens over de vergunning wordt beslist.

De innerlijke samenhang van een project, bezien vanuit het perspectief van de gevolgen voor de omgeving, was voor de Afdeling bestuursrechtspraak ook de reden voor de vernietiging van een op aanvraag verleende natuurbeschermingswetvergunning voor een energiecentrale in de Eemshaven. Hier hadden appellanten zich beroepen op het feit dat wat zij zagen als één project, was verdeeld over verschillende besluiten. Zij vreesden dat hiermee niet alle gevolgen voor een Natura 2000-gebied in ogenschouw werden genomen. Net als de mer-richtlijn is ook de passende beoordeling van effecten op habitatgebieden volgens artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn geënt op het projectbegrip.³¹ Daarin is sprake van ‘plan of project’; begrippen voor de uitleg waarvan het Hof van Justitie het projectbegrip van de mer-richtlijn relevant vindt, nu deze hetzelfde doel hebben.³² Ook hier geldt dus dat de effecten van het gehele project beoordeeld moeten worden. De Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998) koppelt deze passende beoordeling van de gevolgen echter niet aan de eenheid van het project, maar aan de voorbereiding van de vergunning waarover op aanvraag wordt beslist. En bij die vergunningverlening is de grondslag van de aanvraag bepalend. In de zaak over de energiecentrale in de Eemshaven was de bouw en ingebruikneming van een kolen centrale aangevraagd, beoordeeld en beslist. Niet de verdieping en uitbreiding van de haven waaraan de centrale werd gebouwd.

De Afdeling overwoog dat deze werkzaamheden in de haven niet een autonome ontwikkeling vormen ten opzichte van de energiecentrale. Volgens de Afdeling dienen deze werkzaamheden ertoe om mogelijk te maken dat de centrale zoals die is vergund kan worden gebouwd en in werking kan worden gebracht. Zonder die werkzaamheden zou de vergunning moeten worden aangepast. De Afdeling

29 ABRvS 29 februari 2012, nr. 201003801/1/R2 (Windturbines De Nieuwe Rietgraaf) inzake Overbetuwe.

30 ABRvS 25 april 2012, nr. 201108102/1/R2 (Windturbines De Grift) inzake Nijmegen.

31 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG 1992, L 206/7), geconsolideerde versie via <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0043:20070101:NL:PDF>>.

32 HvJ EG 7 september 2004, nr. C-127/02 (Kokkelvisserij), beschikbaar hier: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CJ0127:NL:PDF>>.

overweegt dan als volgt: ‘Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de uitbreiding en verdieping van de haven en de bouw en exploitatie van de centrale zodanig met elkaar verbonden zijn dat deze als één project voor de beoordeling van de vergunningplicht krachtens de Nbw 1998 dienen te worden aangemerkt.’

Voor dat ene project had dus in zijn geheel gezien moeten worden of het project tot verslechtering van habitats zou leiden of dat het significant verstorend zou zijn voor de soorten waarvoor die habitats zijn aangewezen. Dat het naar nationaal bestuursrecht zo is dat de omvang van de vergunningplichtige handeling in concreto niet aan de orde komt bij de beoordeling van en beslissing op de aanvraag, zodra die handeling maar voldoet aan de abstracte wettelijke omschrijving van het wettelijk voorschrift waarin de vergunningplicht is geregeld, staat dus op gespannen voet met het uitgangspunt van de Habitatrichtlijn. Daarin wordt juist verondersteld dat er een bevoegdheid aanwezig is om te kunnen beslissen over de volle omvang van het project. Niet de wettelijke (dus abstracte) grenzen van de bevoegdheid, maar de concrete grenzen van het project – gezien vanuit de gevolgen voor de natuur – is bepalend. Hoewel de Afdeling niet verwijst naar de Habitatrichtlijn is de verstrekkende consequentie die de Afdeling aan haar overweging geeft daarop wel terug te voeren: ‘De enkele omstandigheid dat een vergunning voor de bouw en het in werking brengen van de centrale en de verdieping en uitbreiding van de Eemshaven door verschillende partijen tezamen zal moeten worden aangevraagd, mag niet in de weg staan aan voornoemde beoordeling daarvan als één project.’

De besluiten worden daarop vernietigd wegens strijd met de Nbw 1998 en met artikel 3:2 en 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht.³³

Zowel voor het bestuur als voor de opdrachtgever om wier projecten het gaat kan het dus misleidend zijn om uit te gaan van de veronderstelling dat de wettelijke bevoegdheden om besluiten te nemen, afdoende zijn. De accentverschuiving naar de projecten als eenheid kan meebrengen dat de besluitvormingsbevoegdheden te eng zijn gedefinieerd. Zelfs zodanig, dat op een aanvraag die naar gebruikelijke bestuursrechtelijke maatstaven volledig is in het licht van de wettelijke bevoegdheid, en waarop door het bestuursorgaan dus ook zou moeten worden beslist, niet kan worden beslist zonder daarmee tekort te doen aan de uitgangspunten van het Europese recht. In ieder geval bieden de wettelijke bevoegdheden om besluiten te nemen, als zodanig, geen garantie tegen een praktijk waarin projecten die als eenheid beschouwd moeten worden vanuit het perspectief van natuur en milieu, op ontoelaatbare wijze worden gesplitst.

Nu kunnen dit soort vernietigingen natuurlijk worden toegeschreven aan een gebrek aan ambtelijke kwaliteit of aan politiek onvermogen. Toch ben ik er niet van overtuigd dat dergelijke pragmatische oplossingen berusten op een adequate diagnose van de problematiek. Het legt bovendien de nadruk op de aanpak die wordt gekozen bij de toepassing van wetgeving terwijl de wetgeving een valkuil bevat die een succesvolle aanpak kan frustreren. Wetgeving is echter geen ironie. Wetgeving dient de zekerheid te kunnen bieden aan zowel het bestuursorgaan als de aanvrager dat bij naleving van de regels die erin zijn opgenomen geen vernietiging zal volgen.

33 ABRvS 24 augustus 2011, nr. 200900425/1/R2 en 200902744/1/R2. Vergelijk met ABRvS 24 augustus 2011, nr. 201000106/1/M2 over het tracébesluit voor de verruiming van de vaargeul van de Eemshaven – Noordzee, daarvan werd wel de autonome ontwikkeling erkend.

Het (Europese) omgevingsrecht, voor zover het projecten betreft, doorbreekt zo het klassieke onderscheid tussen juridisch irrelevant feitelijk handelen en besluiten met rechtsgevolg, door de normatieve aandacht te leggen bij de projecten zelf in plaats van bij de besluiten daarover. Het besluit volgt de omvang van het project en niet andersom.

Voorlopig blijft het elementaire onderscheid in het omgevingsrecht echter overeind staan. Als gevolg daarvan ontstaat een gecompliceerde verhouding tussen de eis van zorgvuldige besluitvorming – waarvoor in beginsel elk besluit zijn eigen procedures kent – en de eis van zorgvuldige ‘projectvorming’ – waarbinnen het besluit een ‘moment’ is binnen een eigen projectprocedure. Dit is geen onderscheid dat behoort tot de sfeer van de aanpak, de ambtelijke kwaliteit, de goede of kwade trouw van een opdrachtgever of een kwestie van politieke wil. Het is een volledig door het recht geschapen onderscheid. Dat het gevolgen heeft, blijkt uit de uitspraken van de Afdeling die hierboven zijn beschreven. En dat er makkelijk dingen mee mis kunnen gaan is evident. Het belangrijkste inzicht is echter dat vanuit het omgevingsrecht bezien projecten zelf de basiseenheden zijn geworden waaromtrent de rechtsverhoudingen in beeld moeten worden gebracht. Tussen opdrachtgever(s) of aanvragers, tussen de bevoegde instanties, ook wanneer er geografische grenzen zijn, tussen opdrachtgevers en de bevoegde instanties, en tussen deze partijen en het publiek.

Ondertussen zijn in de wetgeving wel verschillende pogingen gedaan om voorzieningen te treffen waarmee het project meer centraal werd gezet. Twee belangrijke wetten waarin dat is gebeurd zijn de Wabo en de Tracéwet. Deze worden in de volgende twee paragrafen geanalyseerd in het licht van de verhouding tussen de projectbenadering die erin is gekozen en de wijze waarop dat is geregeld.

4 De Wabo en de kwalificatie van projecten

De problemen die voortvloeien uit de spanning tussen de Europese richtlijnen die het project centraal stellen en het nationale algemeen bestuursrechtelijke vertrekpunt waarin het besluit centraal staat, vinden een echo in de Wabo. In die wet is beoogd een veelheid van besluiten te integreren in één omgevingsvergunning voor projecten. In deze paragraaf wordt een analyse gegeven van de vereenvoudiging van besluitvorming die daarmee is beoogd. De slotsom kan aan het begin worden weggegeven. De in de Wabo gekozen aanpak is mijns inziens niet voor herhaling vatbaar. De Wabo heeft mijns inziens niet de gewenste vereenvoudiging van besluitvorming over projecten meegebracht. De Wabo bevat dan ook relatief veel onbruikbare elementen voor de begripsvorming van rechtsverhoudingen rond projecten in de nieuwe Omgevingswet.

In deze paragraaf zal ik schetsen hoe het project centraal is gezet in de Wabo en welke gebreken daarbij in de wettelijke regeling naar voren komen ten opzichte van het doel van integratie. Het probleem is dan vooral dat de Wabo geen nieuwe begrippen heeft gevormd voor de situatie waarin activiteiten die voorheen afzonderlijk geregeld werden met elkaar samenhangen in een project. Als correctie op dit gebrek aan materiële begrippen voor de situatie die door de Wabo als uitgangspunt is gekozen, is slechts een zuiver feitelijk ‘onlosmakelijkheid’-criterium zonder materieelrechtelijk kader gegeven. Deze ‘onlosmakelijkheid’ kent ondertussen eigen problemen.

In de Wabo staan projecten centraal. De term ‘project’ komt voor in de wet zelf. Daarin wordt over een project gesproken, voor zover dat bestaat uit een of meer van de in artikelen 2.1 of 2.2 van die wet bedoelde activiteiten. ‘Activiteiten’ zijn op hun beurt omschrijvingen van feitelijke handelingen die zijn overgenomen in de Wabo uit verschillende, voorheen verspreide wettelijke voorschriften. Deze activiteiten hebben met elkaar gemeen dat ze verboden zijn zonder vergunning van het bevoegde bestuursorgaan.

De kerngedachte die uit de Wabo naar voren komt kan worden samengevat als een clustering van beoordelingsvrijheid. Het idee is dat zich in de praktijk talloze situaties voordoen, waarin op de uitvoering van een project niet één maar meer wettelijke voorschriften van toepassing zijn die voor die uitvoering een vergunning vereisen. De situatie dus waarin een bepaald project *in concreto* niet alleen de voorwaarden vervult voor de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift dat het verbiedt om zonder vergunning een bouwwerk te slopen, maar tegelijkertijd ook de voorwaarden vervult van één of meer andere wettelijk voorschriften die bijvoorbeeld verbieden om zonder vergunning een beschermd monument te veranderen, een bouwwerk te bouwen, een inrichting op te richten, een uitrit te maken, enzovoort. Waar voorheen volgens elk van die wettelijke voorschriften op basis

van afzonderlijke aanvragen moest worden beslist over even zoveel vergunningen, voorziet de Wabo nu in een regeling waarin de verschillende verbodsbepalingen zijn geïntegreerd in de artikelen 2.1 en 2.2 van de Wabo, waarvoor door middel van één besluit omgevingsvergunning kan worden verleend.

Een goed voorbeeld van een geval waarvoor de Wabo is geschreven levert de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 21 september 2012 waarin direct einduitspraak werd gedaan over een omgevingsvergunning.³⁴ Deze vergunning gaf toestemming voor het slopen van een bedrijfsgebouw, voor het bouwen van een nieuw gebouw en van een opslagruimte voor houtsnippers, voor het planologisch strijdig gebruik en voor het maken van een uitrit. Met andere woorden, precies het type casus dat door de Wabo als maatgevend is genomen.

Het probleem was echter dat er niet ook toestemming was gegeven, noch gevraagd, voor het milieurechtelijke aspect van de opslag van de houtsnippers. Aanvrager en bestuursorgaan hadden op dat punt volstaan met een melding. Door de verzoekende partij, de Stichting Natuur en Milieufederatie Utrecht, was echter opgeworpen dat ook daarvoor vergunning had moeten worden gevraagd nu het bij de snippers om een afvalstof zou kunnen gaan. De rechter ging hierin mee: de omgevingsvergunning werd vernietigd omdat de milieurechtelijke aspecten van de opslag (lees: het oprichten van een inrichting), en in het verlengde daarvan de effecten op de omgeving, onvoldoende zijn onderzocht. Met andere woorden: men had niet vastgesteld of het wellicht niet nodig zou zijn ook het milieudeel aan te vragen, zodat het bestuursorgaan over de hele vergunning nog niet had kunnen beslissen.

De aard van het gebrek gaf de voorzieningenrechter echter geen aanleiding om de rechtsgevolgen in stand te laten, om zelf te voorzien of om een bestuurlijk lus te maken: ‘nu bij de huidige stand van zaken niet zonder meer kan worden aangenomen dat sprake is van een herstelbaar gebrek en niet is te voorzien door wie, op welke wijze en op welke termijn opnieuw op de aanvraag van vergunninghouder zal worden beslist.’³⁵

Is dit niet de formulering *par excellence* van rechtsonzekerheid? In wezen is er niet alleen een gebrek in het onderzoek van het bestuursorgaan (art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht) maar tevens een fout van de aanvrager. Deze had de inrichting op grond van artikel 2.7 Wabo bij de aanvraag moeten betrekken. Het gevolg is ondertussen dat het hele project in ieder geval voorlopig niet door kan gaan, enerzijds omdat de Wabo alle activiteiten onder één vergunning heeft gerangschikt, anderszijds omdat de rechter aan de ‘onlosmakelijke samenhang’ een ruime strekking geeft, waar het gaat om de belanghebbenden. Alle activiteiten hangen volgens deze voorzieningenrechter bovendien samen.

Hoe is deze jurisprudentie mogelijk? De wetgever heeft voorop gesteld dat niet de afzonderlijk voor een project vereiste besluiten centraal staan maar het project zelf. Maatgevend is niet de situatie van een enkelvoudige vergunning maar die waarin meerdere vergunningen nodig zijn. Maar de wetgever heeft helaas nagelaten die projecten met meer vergunningen te omschrijven. Er zijn zelfs geen omschrijvingen voor de meest voorkomende gevallen van innerlijke samenhang, zoals de oprichting van een inrichting die tevens de bouw van een bouwwerk is.

³⁴ Rb. Utrecht (vzr.) 21 september 2012, LJN BX8440.

³⁵ Rb. Utrecht (vzr.) 21 september 2012, LJN BX8440 (cursivering in het citaat door de auteur).

In plaats van een nieuwe materiële formulering van het verbod om zonder vergunning ‘een project’ als dat in het genoemde voorbeeld te ondernemen, heeft de wetgever de afzonderlijke verbodsbepalingen in de oude termen gehandhaafd. De beperkingen van de beoordelingsvrijheid die de aanvrager en het bevoegd gezag toekomen bij de uitleg van deze afzonderlijke begrippen, zijn dus nog onverkort aanwezig. Hoewel de Wabo dus één omgevingsvergunning in het vooruitzicht stelt, moeten de aanvrager en het bevoegd gezag nog steeds afzonderlijk beoordelen of de houtsnipperopslag een ‘bouwwerk’ is, een ‘inrichting’ en gebruik in strijd met het bestemmingsplan.

Dat is misschien helemaal niet zo gek. Het is namelijk nog niet zo eenvoudig om tot die nieuwe begripsontwikkeling te komen. De wetgever heeft daartoe bij de Wabo kennelijk geen kans gezien. Maar het gevolg is wel dat in de dagelijkse interpretatie van de regels geen integratie is bereikt met de artikelen 2.1 en 2.2. Deze hebben slechts een clustering van oude regels opgeleverd. De oude op het enkele geval gerichte regels (bijv. de sloop van een bouwwerk) zijn er dus nog. De voorwaarden voor de toepasselijkheid van het verbod zonder omgevingsvergunning op te treden zijn niet geïntegreerd. De vraag die een opdrachtgever moet beantwoorden, namelijk aan welke van die voorwaarden voor de toepassing van artikel 2.1 en 2.2 zijn project voldoet, blijft dus dezelfde als voor de Wabo.

Ondertussen wordt door artikel 2.7 aan de aanvrager echter wél de opdracht gegeven om te beoordelen of in zijn project sprake is van een ‘onlosmakelijke samenhang’ tussen de activiteiten waarvoor de wetgever zelf geen materiële woorden had. Want als van die innerlijke samenhang in het project sprake is dan mag de aanvrager de verschillende voorwaarden die in de onderdelen van artikel 2.1 en 2.2 van de Wabo zijn opgenomen, niet meer als afzonderlijke rechtsregels beschouwen maar moet hij die als één regel uitleggen op grond waarvan de ‘sloopbouw-oprichting-maken’ van dat ‘bouwwerk-gebouw-inrichting-uitrit’ is verboden zonder vergunning van het bevoegd gezag. Zo schrijft de Wabo dus in wezen voor dat afzonderlijke regels (bijv. een verbod op het slopen en een verbod op het vernietigen van een monument) onder omstandigheden als één regel gelezen moeten worden waaraan als zodanig moet worden voldaan. Zodat een aanvraag die daarmee niet in overeenstemming is onvolledig kan worden geacht.

Het gevolg is dat in de praktijk de vraag naar de onlosmakelijke samenhang van artikel 2.7 centraal staat. Maar wanneer is er een dergelijke samenhang tussen het slopen van een bouwwerk en het bouwen van een ander bouwwerk? Anders dan de jurisprudentie die hierboven is genoemd over de innerlijke samenhang van projecten onder de Europese richtlijnen, is voor het samenhang-criterium van de Wabo geen enkel materieel kader of doel beschikbaar. Bij de mer-richtlijn kan immers worden betoogd dat door het splitsen bepaalde cumulatieve gevolgen op het milieu buiten beeld blijven zodat het project (deels) aan de doelstelling van de richtlijn wordt onttrokken. Bij de Wabo is van een dergelijk cumulatief verband tussen bijvoorbeeld een bouwwerk en een inrichting geen sprake.

Het samenhang-criterium van de Wabo is daarom ook wel ‘puur feitelijk’ genoemd.³⁶ Als de ‘feitelijke handeling’ ondeelbaar is, zo gaat deze redenering, maar wel onder twee of meer ‘activiteiten’ van artikel 2.1 en 2.2 valt, dan is er

36 J. Robbe, ‘Ruim een jaar Wabo-jurisprudentie’, *JBplus* 2012/1, p. 21.

onlosmakelijke samenhang. Bepalend is in deze visie of één feitelijke handeling per definitie meer dan één omgevingsvergunningplichtige activiteit is. Als het echter zuiver feitelijk is, dan is de vraag waarom dit moet worden geregeld. Het is immers niet zo dat de besluitvorming over een zodanig ondeelbaar project dus ook ondeelbaar is. Bovendien is het maar de vraag wat nog één feitelijke handeling is en wat twee. Die vraag is alleen zinvol te beantwoorden in het kader van een wettelijke voorschrift dat een gezichtspunt geeft op de feitelijke handelingen. Maar dat leidt in dit geval tot een cirkelredenering.

Door aan de onlosmakelijke samenhang ook de consequentie te verbinden dat de gehele besluitvorming tot één besluitmoment teruggebracht diende te worden heeft de Wabo aanvankelijk met de chronologie van het project (en tijd is juist een van de kenmerken van projecten) geen rekening gehouden. De praktische wens om eerst de besluitvorming over de planologische toelaatbaarheid van het bouwen van een bouwwerk (lees: het gebruik van gronden of bouwwerken in strijd met het bestemmingsplan, de activiteit van art. 2.1, eerste lid, onderdeel c, van de Wabo) af te ronden om daarna in detail de vergunning voor het bouwen van dat bouwwerk zelf (lees: de activiteit van art. 2.1, eerste lid, onderdeel a, van de Wabo) aan te vragen, is door artikel 2.7 ontoelaatbaar is geworden. Althans, anders dan als gefaseerde verlening van delen van de vergunning volgens artikel 2.5 van de Wabo. In artikel 2.2.1 van wetsvoorstel 33 135 tot wijziging van de Crisis- en herstelwet en diverse andere wetten in verband met het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het aanbrengen van enkele verbeteringen op het terrein van het omgevingsrecht (hierna: wetsvoorstel 33 135), wordt dit probleem voor deze combinatie van activiteiten verholpen.

Het probleem dat daarbij volgens mij bestaat, is dat als gevolg van deze regel in de praktijk niet alleen moet worden nagegaan of in concreto de omschrijving van in de artikelen 2.1 en 2.2 bedoelde activiteiten wordt vervuld om te kunnen vaststellen of deze regels van toepassing zijn. Ook zal, als dat het geval is, moeten worden bepaald of de concrete verrichtingen ‘onlosmakelijk’ zijn. Als dit een zuiver feitelijke kwestie is dan kan daarop bij twijfel geen zinnig juridisch antwoord gegeven worden. Het antwoord zou dan slechts vanuit een bouwtechnisch, milieuhygiënisch, waterstaatkundig of ander buiten-juridisch perspectief kunnen worden gegeven. Het enige kader dat de Wabo voor de beantwoording van deze vraag lijkt te bieden is dat voorkomen diende te worden dat door het niet erkennen van ‘onlosmakelijke samenhang’ allerhande projecten aan de beoogde werking van de Wabo zouden worden onttrokken. Met andere woorden: een verbod om geen gebruik te maken van de voorzieningen van de Wabo.

Overigens is in de Wabo op sommige aspecten wel een verdere regeling van de samenhang doorgevoerd. Een aanvraag om een omgevingsvergunning voor het bouwen wordt indien nodig op grond van artikel 2.12 Wabo ambtshalve aangemerkt als aanvraag om omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik (c-grond) waarvoor een ander toetsingskader geldt. Dezelfde wending is echter niet mogelijk voor een aanvraag om een omgevingsvergunning voor het oprichten of wijzigen van een inrichting (e-grond). In een uitspraak die het spiegelbeeld is van de houtsnippersuitspraak was het planologisch strijdig gebruik weggelaten uit de aanvraag. Het bevoegd gezag was echter sowieso niet van plan een dergelijk gebruik toe te staan en weigerde dus korthedshalve, zonder de aanvrager in de gelegenheid te stellen de aanvraag aan te vullen. De Rechtbank Almelo (19 september 2012) achtte dit een ontoelaatbaar verlaten van de grondslag

van de aanvraag: ‘Hoewel de handelwijze van verweerder niet onbegrijpelijk is, is deze wel onjuist. Verweerder moet bezien of de aanvraag voorziet in alle onlosmakelijk samenhangende activiteiten. Indien in de aanvraag een activiteit ontbreekt, kan toepassing gegeven worden aan art. 4:5 Awb en wordt de aanvrager in de gelegenheid gesteld zijn aanvraag aan te vullen. Wordt de aanvraag niet aangevuld, dan kan besloten worden de aanvraag buiten behandeling te laten. Vorenstaande lijdt uitzondering indien sprake is van de combinatie bouwen en strijd met het bestemmingsplan. Op grond van art. 2.10 lid 2 Wabo geldt dat een aanvraag om te bouwen tevens wordt aangemerkt als een aanvraag voor een planologisch strijdig gebruik als bedoeld in art. 2.1 lid 1, aanhef en onder c Wabo. Die situatie doet zich hier echter niet voor. Een aanvraag voor de activiteit “bouwen” is niet gedaan. Met het thans bestreden besluit is verweerder, zoals ook door eiser is gesteld, buiten de grondslag van de aanvraag getreden. Het besluit kan om die reden niet in stand blijven. Verweerder zal, indien hij meent dat sprake is van een met het bestemmingsplan strijdig gebruik, eiser alsnog in de gelegenheid moeten stellen zijn aanvraag aan te vullen.’³⁷

De Wabo heeft zo een belangrijk deel van de wettelijke voorschriften waarvan bij een concreet project moet worden beoordeeld of deze op dat project van toepassing zijn, geconcentreerd in één wet. Door bovendien te voorzien in de mogelijkheid om daarvan met één besluit ‘omgevingsvergunning’ te verlenen kan de besluitvorming over projecten die zich in de geschetste situatie bevinden, op de grondslag van één aanvraag worden gedaan en zodoende worden vereenvoudigd. De behoefte aan deze regeling is in het algemeen deel van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wabo geïllustreerd met de situatie waarin voor een verbouwing van een bouwwerk, behalve een bouwvergunning ook een monumentenvergunning nodig was en bovendien een aanpassing of afwijking van het bestemmingsplan.

Vanuit het project en de aanvraag geredeneerd is een opvallend onderdeel van de Wabo echter dat deze casus in feite twee keer is geregeld. Naast de genoemde artikelen 2.1 en 2.2 is er de regeling van artikel 2.7 van de Wabo over de onlosmakelijke samenhang tussen activiteiten. Op grond van dat artikel is de aanvrager verplicht om in een casus als die van de memorie van toelichting voor alle activiteiten een omgevingsvergunning aan te vragen. In een situatie waarin bijvoorbeeld het (ver) bouwen van een bouwwerk (een activiteit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, onderdeel a, van de Wabo) tevens een wijziging van een monument inhoudt (een activiteit als bedoeld in art. 2.2, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wabo), moet de vergunningaanvraag op elk van die activiteiten betrekking hebben. Het bijzondere van deze regel is dat het – bij activiteiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn – in feite een verbod inhoudt voor een aanvrager om géén behoefte te hebben aan de voorziening die de Wabo met de regeling van artikelen 2.1 en 2.2 biedt. Met andere woorden, gij zult van de mogelijkheid tot een geïntegreerde vergunning van geconcentreerde verboden gebruik maken!

De Wabo heeft geleid tot een schaduwvocabulary van ‘toestemmingen’, ‘deelvergunningen’ of in termen van artikel 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht ‘besluitonderdelen’ van de ‘omgevingsvergunning’ om niet van besluit te hoeven

37 Rb. Almelo 19 september 2012, LJN BX8015.

spreken.³⁸ En van ‘activiteiten’ die afzonderlijk of gezamenlijk een ‘project’ vormen, maar ook onlosmakelijk verbonden kunnen zijn in een concrete feitelijke handeling. Ondertussen zijn door de wet geen nieuwe aan de praktijk verbonden begrippen gevormd die de nieuwe rechtens relevante objecten kunnen benoemen, zoals de bouwwerk-tevens-inrichting fenomenen, die in een beweging worden gebouwd-opgericht (installatie, bijvoorbeeld?). De regel van ‘onlosmakelijke samenhang’ werkt als substituut voor deze begrippenarmoede.

Het ‘project’ staat dus weliswaar centraal in de Wabo maar op een relatief abstracte en formele manier en zonder aanknopingspunten te bieden voor de definitie van de omvang van een project anders dan ‘onlosmakelijke samenhang’. Er is beoordeling nodig van de regels in het licht van het project om te weten of het een project is in de zin van de Wabo. En er is een beoordeling nodig van het project in het licht van de regels om te zien of het ook voor de Wabo als eenheid moet worden beschouwd. De gekozen uitleg is door de rechter toetsbaar. De jurisprudentie is dus belangrijk op dit terrein. Maar ook als de betekenis duidelijk is, is het resultaat van deze beoordelingen slechts kennis over de toepasselijkheid van de regels en de vereiste omgevingsvergunning – niet of die vergunning ook kan en zal worden verleend. De beleidsvrijheid en toetsingskaders blijven verspreid geregeld. Met als belangrijkste uitzonderingen de artikelen 2.10 en 2.12 Wabo.

De zogenoemde ‘integratie van toetsingskaders’ wordt vaak als een brug te ver gezien. Ook voor de Omgevingswet heeft het kabinet al te kennen gegeven die niet te zullen slaan. Zoals in de volgende paragraaf over de Tracéwet zal blijken is het echter maar de vraag of dit werkelijk zo ver weg ligt als meestal wordt gedacht. Daar wordt namelijk op een relatief flexibele manier wel een integratie van toetsingskaders bereikt. Daar is namelijk niet gekozen voor een formele integratie van besluiten die voortvloeien uit verschillende wettelijke voorschriften met beperkte beoordelingsvrijheden maar juist een materiële integratie van de beleidsvrijheid al naar gelang de omvang van het project.

De Wabo heeft weliswaar het ‘project’ centraal willen zetten maar is er niet in geslaagd dat te ontwikkelen tot een rechtsbegrip van de verhoudingen die er bij projecten toe doen. In plaats daarvan functioneert de ‘onlosmakelijke samenhang’-regel als substituut. Bij gebrek aan een positieve omschrijving van de projecten die de Wabo als het nieuwe vertrekpunt zag, is het de aanvrager en via artikel 4:5 Awb ook het bevoegd gezag verboden om projecten te splitsen. Het kader waarbinnen dit plaatsvindt, is niet de integrale beheersing van de besluitvorming over een project maar de integratie van besluiten in één beslismoment.

³⁸ Zie Robbe 2012 over de gevolgen voor bijv. belanghebbende, trechters, enzovoort.

5 Tracéwet: de concentratie van beleidsvrijheid

Van een andere orde dan de Wabo is de Tracéwet. Hoewel het bij de Tracéwet gaat om grote infrastructurele projecten die worden ondernomen onder regie van het Rijk is een vergelijking met de Wabo zinvol omdat de benadering van complexe besluitvorming over projecten in deze wetten verschillend is. Deze benadering heeft geleid tot wat als een materiële integratie van toetsingskaders kan worden gezien. Daaraan heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bijgedragen met jurisprudentie die inmiddels ook buiten de Tracéwet wordt toegepast. Uit deze regeling kunnen lessen worden getrokken ook voor de regeling van andere projecten dan slechts die van het Rijk.

Bovendien kan bij het onderwerp van complexe besluitvorming in het omgevingsrecht de Tracéwet niet onbesproken blijven. De wet is in werking sinds 1 januari 1994 en nadien herhaaldelijk gewijzigd – in een aantal gevallen met het oog op de versnelling van de besluitvormingsprocedure. De laatste ingrijpende wijziging is gedaan door de op 1 januari 2012 in werking getreden wet van 1 december 2011 tot wijziging van de Tracéwet met het oog op de versnelling en verbetering van de besluitvorming over infrastructurele projecten. Deze wet vloeide voort uit de omarming door het kabinet van de adviezen ‘Sneller en Beter’, van de Commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten (de commissie-Elverding).³⁹

Centraal in de Tracéwet staat het tracébesluit.⁴⁰ Een tracébesluit kan betrekking hebben op de aanleg of wijziging van een hoofdweg, een landelijke spoorweg of een hoofdvaarweg (art. 8 Tracéwet) en moet voldoen aan de inhoudseisen artikel 10 van de Tracéwet. Vereist is onder andere een beschrijving van het project – de maatregelen, inpassing en ligging – en van het tracé. Aan een tracébesluit zijn rechtsgevolgen verbonden (art. 13 Tracéwet) die er onder meer toe strekken dat het tracé doorwerkt in de ruimtelijke ordening. Zo geldt het tracébesluit als voorbereidingsbesluit in de zin van artikel 3.7 van de Wet ruimtelijke ordening en als omgevingsvergunning waarbij met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onderdeel a, onder 3°, van de Wabo van een bestemmingsplan of beheersverordening wordt afgeweken. Anders dan sinds de invoering van de Crisis- en herstelwet bij de omgevingsvergunning van artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c, van de Wabo (afwijkingsbesluit) het geval is, moet het tracébesluit nog steeds binnen een jaar nadat het onherroepelijk is geworden zijn overgenomen in een bestemmingsplan of beheersverordening (zie art. 13, eerste, derde, vierde en tiende lid, van de Tracéwet).

³⁹ Zie H.A.J. Gierveld, ‘Kroniek infrastructuur, de wetgeving’, *Milieu & Recht* 2012, nr. 10 (2012/147).

⁴⁰ Hoofdstuk III van de Tracéwet.

De rest van de Tracéwet biedt vooral een voorbereidingsprocedure die inhoudt dat ter voorbereiding van een project een deugdelijke verkenning wordt uitgevoerd naar het probleem en de mogelijke oplossingen. Op grond daarvan kan een voorkeursbeslissing worden genomen over het al dan niet ondernemen van een project. Wordt daartoe overgegaan dan kan in de planuitwerkingsfase een tracébesluit worden genomen en worden de voor de uitvoering daarvan benodigde vergunningen gecoördineerd voorbereid en vastgesteld. Tot slot bevat de Tracéwet enkele voorzieningen voor de realisatie van de projecten, in de sfeer van onteigening, belemmeringenwetgeving en schadevergoeding.

Een zeer belangrijk kenmerk van een tracébesluit is dat het een *publiekrechtelijke* besluitfiguur is voor de *opdrachtgever* van het project – doorgaans de Minister van Infrastructuur en Milieu.⁴¹ De aloude privaatrechtelijke grondslag van projectbesluitvorming is met de Tracéwet dus verlaten. Dit verschilt van de projecten waarover de Wabo regels stelt. In de Wabo gaat het om een vergunning die met het oog op een bepaald openbaar belang verleend wordt en waarbij dat belang vaak wordt afgewogen tegen het belang dat het project beoogt te dienen. De met het tracébesluit te dienen doelen (in de zin van art. 3:4 van de Awb) zijn tegelijkertijd de doelen van het project zelf. De afweging die plaats moet vinden is die tussen deze te dienen projectdoelen (voor de omgeving; ook infrastructuur is daar immers onderdeel van) en de nadelige gevolgen (voor de omgeving). Dat verloopt dus anders dan bij een reguliere vergunning. Zijn er voor het voorkomen van bepaalde nadelige gevolgen dergelijke vergunningen vereist, dan worden die gecoördineerd voorbereid en moeten die in feite worden verleend.

Anders dan bij een vergunning het geval is, gaat het bevoegd gezag van het tracébesluit direct over wat de ‘innerlijke waarde’ van het project genoemd kan worden: de motieven en doelen van dat project in brede zin. De klassieke vergunningverlener daarentegen kan niet op die manier in de motieven van de aanvraag treden. Het bevoegd gezag voor een vergunning dient zich te beperken tot wat relevant is in het licht van de doelen waartoe hij de bevoegdheid tot vergunningverlening heeft verkregen. Dat zijn andere dan de doelen van het project. Zo bezien heeft het tracébesluit de karaktertrekken van een bouwplan waarvoor vergunning wordt gevraagd eerder dan van de vergunning als zodanig. Een groot verschil daarbij is echter dat de wet aan de voorbereiding van dat ‘bouwplan’ (lees: tracébesluit) strenge eisen stelt en aan de vaststelling van dat ‘bouwplan’ door de ‘opdrachtgever’ zelf rechtsgevolgen verbindt voor anderen. Daarnaast is in het tracébesluit aandacht voor de inpassing van het tracé in de omgeving op een wijze die bij een bouwplan niet vanzelfsprekend aan de opdrachtgever toevalt.

De Tracéwet is tot stand gebracht op basis van het inzicht dat het noodzakelijk is voor de opdrachtgever van het project om regie te kunnen voeren over de besluitvorming die het project vereist. Op die basis is het oorspronkelijke wetsvoorstel gegrond. Nu dat ook betekent dat voor tracébesluiten de medewerking van de gemeenteraden die bevoegd zijn bestemmingsplannen aan te passen niet langer doorslaggevend is, wordt de Tracéwet vaak gezien als een regeling van ruimtelijk bestuursrecht. Hoewel de planologische aspecten inderdaad cruciaal zijn, is het belangrijkste oogmerk van de Tracéwet geweest dat de opdrachtgever

⁴¹ De Tracéwet spreekt niet over ‘opdrachtgever’, die term is hier ontleend aan de mer-richtlijn.

(de minister) *regie* kan voeren over de besluitvorming van het project. Zo zijn er meer beslissingen die genomen moeten worden dan die over de planologische toelaatbaarheid – variërend van vergunningen vanwege de natuurbescherming tot beslissingen in het kader van aanbestedingsprocedures. De termijnen die in de Tracéwet worden gesteld zijn afgestemd op de besluitvorming over het gehele project, niet op dit of dat ene besluit.

Opvallend is dus dat de Tracéwet voor deze *regie* niet voorziet in de integratie van alle benodigde besluiten in één besluit maar zich richt op beheersing van het besluitvormingsproces voor één project. De Tracéwet geeft in plaats daarvan een procedure waarin de voorbereiding en afwegingen die voor de verschillende besluiten nodig zijn voor de uitvoering van het tracébesluit, gecoördineerd worden.

Toch is dat niet zonder materieelrechtelijke betekenis. Met het tracébesluit wordt immers de vraag of de diverse uitvoeringsvergunningen moeten worden verleend in feite reeds beantwoord. Er vindt dus op een relatief abstract niveau al een beleidsafweging plaats over het kunnen instemmen met het project. Ik zou dit kenmerk de concentratie van de beleidsvrijheid in het tracébesluit willen noemen. Dat wil zeggen de concentratie van de in meerdere of mindere mate aanwezige beleidsvrijheid die aanwezig is voor de verschillende (uitvoerings)besluiten die nodig zijn voor het project, in het tracébesluit waarmee over de vraag óf het project doorgang kan vinden wordt besloten.

De concentratie van beleidsvrijheid betekent dat de uitvoeringsvergunningen de facto niet meer kunnen worden geweigerd. Het laat echter onverlet dat de precieze voorschriften waaronder vergunningverlening zal plaatsvinden nog niet in detail hoeven vast te staan. Er is dus sprake van een afweging waarin een materiële integratie van toetsingskaders in abstracto plaatsvindt. Deze concentratie van beleidsvrijheid komt tot uitdrukking in verschillende regels van de Tracéwet: de medewerking die andere bestuursorganen verschuldigd zijn aan het welslagen van de coördinatie, de indeplaatstredingsbevoegdheid van de minister in het geval van niet of niet tijdig overeenkomstig de aanvraag beslissen, de regel dat bedenkingen tegen een ontwerp-uitvoeringsbesluit, voor zover dat zijn grondslag vindt in een tracébesluit, daarop geen betrekking kunnen hebben (zie art. 20, derde, zesde en elfde lid, van de Tracéwet) en de regel dat beroepsgronden tegen uitvoeringsbesluiten, voor zover die gegrond zijn op het tracébesluit, daarop geen betrekking kunnen hebben (art. 27 van de Tracéwet).

De keerzijde van deze concentratie van beleidsvrijheid in het tracébesluit is dat bij de vaststelling ervan aannemelijk gemaakt zal moeten worden dat wettelijke weigeringsgronden van nog te nemen uitvoeringsbesluiten geen belemmering zullen opleveren voor de uitvoerbaarheid van het besluit. Dit is in de jurisprudentie onder de noemer van de uitvoerbaarheid van het tracébesluit aan de orde.

Voor concentratie van beleidsvrijheid zonder formele integratie van besluiten bestaan vooral praktische redenen, nog afgezien van de vaak wenselijke mogelijkheid om te kunnen faseren. Het stelt de minister in staat om de *regie* te voeren over de procedure, zonder zelf voor de onpraktische taak te staan een grote hoeveelheid besluiten te nemen die voor tracéwetprojecten nodig kunnen zijn. Daartoe kunnen allerlei andere bestuursorganen in verschillende gemeenten of provincies het bevoegd gezag zijn. Bovendien wordt op deze wijze de betrokkenheid van de voor die uitvoeringsbesluiten bevoegde en deskundige bestuursorganen bij het project verzekerd.

De Tracéwet waarborgt dus door procedurele regels en coördinatie van besluiten, dat een ‘projectbesluit’ (het tracébesluit) kan worden genomen, waarin de toetsingskaders van alle verder op het project nog van toepassing zijnde vergunningen, voor zover die voor de projectbeslissing ten principale – over nut en noodzaak, de keuze voor bepaaldelijk dit project, eventueel te treffen maatregelen – relevant zijn, integraal aan de orde kunnen komen. Dit betekent een door de rechter gerespecteerde integratie op de hoofdzaken van de relevante toetsingskaders, waarin de verschillende daarin voorkomende openbare belangen van belang kunnen zijn.

Een tracébesluit vertoont karaktertrekken van bouwplannen. Dit betekent ook dat op een relatief abstract niveau een afweging wordt gemaakt van de met het project te dienen doelen en de algemene of openbare belangen die met de uitvoeringsbesluiten zijn gemoeid. Deze afweging ziet op het nut en de noodzaak van het project, de vraag of de nadelige gevolgen van het project wel in verhouding staan tot de te dienen doelen en in dat kader ook de keuze voor juist dit project tegen de achtergrond van mogelijke alternatieven. In de jurisprudentie is voor de toetsing van deze projectbeslissing ten principale een lijn in ontwikkeling die erop neer komt dat slechts indien blijkt dat het betreffende bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het project heeft kunnen komen, de onrechtmatigheid daarvan op dit punt aan de orde komt.

6 De rechter en de innerlijke waarde van projectbesluiten

De concentratie van beleidsvrijheid in het tracébesluit betekent dat de vraag óf een project door kan gaan of niet, niet langer bij elk op dat project toepasselijke besluit aan de orde is maar de facto in één afweging wordt gemaakt. Het gevolg daarvan is dat de belangenafweging die plaats moet vinden de materiële belangenkaders of toetsingskaders van al die andere bevoegdheden integreert in de afweging over de beslissing ten principale over het project en daarna niet meer aan de orde komt bij het nemen van de onderliggende uitvoeringsbesluiten. Het gevolg is dat de afweging om meerdere openbare belangen onderling kan gaan en een abstracter karakter heeft dan wanneer het slechts de concrete afweging van het project betreft en dat ene bij het uitvoeringsbesluit betrokken belang. Hoewel het dus een eenmalig project betreft, geldt de afweging dus het gehele project en alle daarbij betrokken besluiten.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft dit in haar jurisprudentie onderkend en haar beoordeling van de besluitvorming over het project daarop aangepast. Het kader wordt daarin verschaft door artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Dat bepaalt hoe wordt omgegaan met nut en noodzaak, alternatieven, nadelige gevolgen en compensatie van en voor het project. Dit plaatst alle op de besluitvorming of het project toepasselijke regels in een verband.

Inhoudelijk bezien is de toetsing van de innerlijke waarde van het project zeer terughoudend. Het opvallende aan deze jurisprudentie is dat de Afdeling bestuursrechtspraak zich opstelt op dezelfde terughoudende manier als wanneer de toetsing van materiële wetgeving aan de orde is. De daarbij gehanteerde formuleringen over politieke en bestuurlijke inzichten zijn terug te voeren op het *Landbouwwliegers*-arrest van de Hoge Raad.⁴² Dat arrest kwam erop neer dat de vaststelling en uitvoering van materiële wetgeving (niet zijnde formele wetgeving) door de rechter op onrechtmatigheid kon worden beoordeeld bij een toetsing aan het verbod van willekeur. Dat wil zeggen dat het betreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die bekend waren of hadden moeten zijn, ‘in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen’. De Hoge Raad vervolgde toen als volgt: ‘Daarbij heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in art. 11 Wet

42 HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. Scheltema, AB 1986, 574 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Landbouwwliegers*).

Algemeene Bepalingen tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten.⁴³

Op grond van artikel 11 van de Wet algemene bepalingen is het de rechter verboden de ‘innerlijke waarde of billijkheid der wet’ te beoordelen. Politieke en bestuurlijke inzichten zijn niet des rechters. Bij de toetsing van verordeningen of ministeriële regelingen hanteert de Afdeling bestuursrechtspraak een vergelijkbare overweging. De rechter is hier zeer terughoudend, stelt zich op als grensrechter en laat de beoordeling van de ‘innerlijke waarde’ aan de politiek.

Vanaf de uitspraak over het tracébesluit A4 Burgerveen-Leiden hanteert de Afdeling bestuursrechtspraak deze overwegingen ook voor projecten.⁴⁴ In die uitspraak overweegt de Afdeling voor het eerst bij niet-wetgeving, als volgt: ‘De Afdeling overweegt dat vaststelling van een tracébesluit een belangenafweging vergt, waarbij politieke en bestuurlijke inzichten een belangrijke rol spelen. Bij die afweging geldt ingevolge artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Het is aan de minister om alle verschillende betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De rechter kan slechts concluderen dat deze afweging in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, wanneer de betrokken belangen zodanig onevenwichtig zijn afgewogen, dat de minister niet in redelijkheid tot dat besluit heeft kunnen komen. Bij deze toetsing heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen.’⁴⁵

Deze benadering wordt voor wegenprojecten al snel geconsolideerd.⁴⁶ Ook komt zij terug in zaken over spoorwegprojecten⁴⁷ en hoofdvaarwegen.⁴⁸ Voor de Afdeling is echter niet beslissend dat het gaat om besluitvorming op basis van de Tracéwet of de Spoedwet wegverbreding. Ook de aanleg van provinciale wegen door middel van een provinciaal inpassingsplan wordt door de Afdeling op dezelfde manier benaderd. Over een controversieel wegproject in het noorden van het land, oordeelde de Afdeling als volgt: ‘Met betrekking tot de mogelijke alternatieven voor het gekozen tracé van De centrale as stelt de Afdeling voorop dat de vaststelling van een plan dat een infrastructureel project zoals De centrale as mogelijk maakt een belangenafweging vergt, waarbij politieke en bestuurlijke inzichten een

43 HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. Scheltema, AB 1986, 574 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Landbouwvliegers*).

44 Hoewel de formuleringen bij deze projecten over het algemeen stabiel zijn, komen de door L.J.A. Damen in diverse AB gesignaleerde slordigheden in het gebruik van beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid ook af en toe voor. Niet valt bijvoorbeeld in te zien waarom bij ABRvS 30 november 2011 (tracébesluit A2 Passage Maastricht) de minister plots slechts beoordelingsvrijheid heeft, terwijl het net als in alle andere zaken om beleidsvrijheid gaat.

45 ABRvS 15 september 2010, nr. 200904401/1/M2 (tracébesluit A4 Burgerveen-Leiden). Dit was de eerste uitspraak die is gedaan nadat de Wet versnelling besluitvorming wegprojecten, de Tracéwet en de Spoedwet wegverbreding had gewijzigd naar aanleiding van het advies van de commissie-Elverding.

46 ABRvS (vz.) 4 november 2010, nr. 201008134/3/M2 (tracébesluit Rijksweg 74), ABRvS 17 november 2010, nr. 201004771/1/M2 (tracébesluit Rijksweg 31 Leeuwarden) en ABRvS 2 maart 2011, nr. 201006781 (Wegaanpassingsbesluit Ar ‘t Gooi).

47 ABRvS 26 januari 2011, nr. 200904295/1/T1/M2 (tracébesluit Sporen in Arnhem), ABRvS 20 juli 2011, nr. 200905214/1/M2 (tracébesluit Sporen in Utrecht deeltracé Utrecht Centraal - Houten) en recent ABRvS 15 februari 2012, nr. 201105267/1/R4 (tracébesluit Sporen in Den Bosch).

48 ABRvS 24 augustus 2011, nr. 201000106/1/M2 (tracébesluit Verruiming Vaargeul Eemshaven).

belangrijke rol spelen. Provinciale staten hebben beleidsvrijheid bij het afwegen van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het plan. De voor- en nadelen van alternatieven dienen in die afweging te worden meegenomen.⁴⁹

Ook bij provinciale infrastructurele projecten is dus een terughoudende rol van de Afdeling aan de orde, vanwege de aard van het infrastructurele project. Bovendien staat de vraag naar alternatieven in de sleutel van een afweging van artikel 3:4 van de Awb, al noemt de Afdeling die bepaling niet als het om inpassingsplannen gaat. Dan noemt de Afdeling die goede ruimtelijke ordening. Het komt erop neer dat er niet een zelfstandige toetsing van de alternatieven plaatsvindt door de rechter maar dat de alternatievenkeuze slechts aan de orde komt in het kader van een toetsing van de vraag of niet in redelijkheid tot het al gekozen project is kunnen komen.⁵⁰

Dat niet het besluittype (tracébesluit, inpassingsplan, enzovoort) maar de aard van het project bepalend is, wordt bevestigd door de uitspraak van de Afdeling over het Rijksinpassingsplan voor de Gasopslag Bergermeer. Voor dat project werden ook een hele reeks andere besluiten gecoördineerd voorbereid en vastgesteld. Ook hier stelt de Afdeling de rol van politieke en bestuurlijke inzichten bij de belangenafweging over ‘een besluit voor een project als het onderhavige’ voorop.⁵¹

Deze jurisprudentie ondersteunt de stelling van dit preadvies dat projecten zelf rechtsvormen aan het worden zijn die bepalend zijn voor de daarop betrekking hebbende rechtsverhoudingen. Met inbegrip dus van de verhouding tussen het bevoegd gezag en de rechter. Met de genoemde jurisprudentie heeft de Afdeling een kader geschapen om met de complexiteit van projecten en het op de besluitvorming daarover toepasselijke omgevingsrecht om te kunnen gaan. Het wettelijke aanknopingspunt van dat kader wordt verschaft door artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht.

In feite wordt door de Afdeling in de genoemde jurisprudentie beoordeeld of het bevoegd gezag niet in redelijkheid tot zijn *project* heeft kunnen komen, althans het plan of besluit waarmee over dat project ten principale is beslist. Elementen die daarbij aan de orde komen, zijn dan het nut en de noodzaak van het project, waarvoor vaak structuurvisies of plannen op basis van de Planwet verkeer en vervoer een rol spelen. Zo worden de doelen die het project of de daarmee te treffen voorzieningen beogen te dienen bezien en de vraag of het project voor het bereiken daarvan geschikt is. In datzelfde kader worden de gemaakte keuzes ook bezien tegen de achtergrond van onderzochte alternatieven. Bij deze vraag spelen onderzoeksverplichtingen een rol. Veelal de milieueffectrapportage waarin alternatievenonderzoek aan de orde kan zijn.⁵²

Een volgend element is of eventuele voor de omgeving nadelige gevolgen van het project niet zodanig onevenredig zijn dat op grond daarvan niet tot het project besloten had kunnen worden. Bij die laatste vraag kunnen ook compenserende

49 ABRvS 9 november 2011, nr. 201009220/1/R4 (provinciaal inpassingsplan De Centrale As).

50 Vergelijk voor de aanleg van provinciale wegen ook ABRvS 7 december 2011, nr. 201011757/1/R1 en 201012728/1/R1 (provinciaal inpassingsplan Buitenring Parkstad).

51 ABRvS 2 mei 2012, nr. 201105967/1/R1 (Rijksinpassingsplan Gasopslag Bergermeer).

52 Onder de Crisis- en herstelwet geldt een beperkt regime voor alternatievenonderzoek, zie art. 1.11 Chw. Vergelijk voor een situatie waarin de zelfstandige verplichting van de Wet milieubeheer om alle redelijkerwijs in beschouwing te nemen alternatieven volwaardig te onderzoeken speelt, ABRvS 8 februari 2012, nr. 201100875/1/R2 (Windturbinepark Noordoostpolder), r.o. 2.22.

maatregelen aan de orde komen en schadekwesities voor omwonenden. In de uitspraak over De Centrale As stelt de Afdeling de vraag naar natuurcompensatie zo: ‘Of de aangevoerde beroepsgronden over de bescherming van landschappelijke en natuurwaarden in dit geval tot een ander oordeel leiden’. Dat wil zeggen een ander oordeel dan dat in redelijkheid voor het project gekozen kon worden zoals was gedaan boven het zogenoemde Groene Alternatief.⁵³

In de uitspraak over tracébesluit N61 Hoek-Schoondijke wordt de ruimte voor keuze als volgt samengevat: ‘Voor het aantasten van de rechtmatigheid van de keuze van de minister voor de aanleg van de N61 is onvoldoende dat wordt gewezen op andere mogelijk aanvaardbare oplossingen, maar moet aannemelijk worden gemaakt dat de keuze van de minister redelijke gronden ontbeert.’⁵⁴

Uit deze jurisprudentie komt een beeld naar voren waarin de figuur van projectbesluitvorming het mogelijk maakt om voor ingrijpende projecten een afweging te maken waarin de met dat project te dienen doelen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de nadelige gevolgen daarvan voor de leefomgeving. Deze beoordeling van de innerlijke (omgevings)waarde van projecten acht de Afdeling bestuursrechtsspraak een kwestie van belangenafweging waarbij politieke en bestuurlijke inzichten een belangrijke rol spelen.

Daarbij is dan verder van belang welke bijzondere regels van omgevingsrecht nog gelden voor de bescherming van de concrete waarden die daarbij betrokken zijn. Dit levert immers de uitvoeringsbesluiten op waarvan de beleidsvrijheid is geconcentreerd in de beslissing over het project ten principale. Projecten en de beslissingen ten principale daarover leveren op deze wijze een rechtsvorm op die wordt gezien onder het redeneringsregime van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht.

Opvallend is dat telkens op twee niveaus kan worden besloten over aanleg of wijziging van de leefomgeving. Op een abstracter niveau vindt een evenredigheidsoordeel plaats over de innerlijke waarde van een project om te bepalen of dat doorgang kan vinden. Dit besluit is vervolgens niet meer bij de onderliggende besluitvorming ter bescherming van waarden die door het project worden geraakt, aan te tasten. Dat laatste vloeit immers voort uit de regels van de Tracéwet, dat zienswijzen en beroepen die zien op onderdelen van uitvoeringsbesluiten die hun grond vinden in het tracébesluit niet langer aan de orde zijn.

Met deze rol van het project als rechtsvorm en gevoed door Europese richtlijnen voor de milieueffectbeoordeling en de Habitatrichtlijn is ook de aard van dat project veranderd. Zo is het van belang geworden welke aspecten van een project de daadwerkelijk beoogde voorzieningen zijn, welke de maatregelen om nadelige gevolgen te beperken, en dan nog of dat om mitigatie gaat of om compensatie. Op die problematiek ga ik hier niet verder in. Het belang ervan wordt echter onderstreept door de recente prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie over precies dit onderwerp in een zeer recente zaak over het tracébesluit A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven.⁵⁵

53 Zie bij voetnoot 49, r.o. 2.6.II.

54 ABRvS 5 oktober 2012 (Tracébesluit N61 Hoek-Schoondijke).

55 ABRvS 7 november 2012, nr. 20110075/1/R4 en 201201853/1/R4 (tracébesluit A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven).

7 Projecten en het verband tussen vergunning en projectbesluit

Projecten zijn en blijven materiële daden. De tijd dat ze daarmee ook verder juridisch irrelevant waren, is echter voorbij. Projecten hebben zich ontwikkeld tot rechtsvormen. Dat betekent niet alleen dat het ‘project’ een juridisch begrip is geworden waarmee rechtsverhoudingen worden aangeduid met betrekking tot fysieke werken met gevolgen voor de omgeving die zijn onderworpen aan talloze regels. Het betekent ook dat de aard van projecten als zodanig aan het veranderen is. Deze bestaan niet louter uit civieltechnische werken, waterstaatswerken, infrastructurele werken, bouwwerken, enzovoort. Projecten bestaan tegenwoordig ook uit ‘activiteiten’ die al dan niet ‘onlosmakelijk samenhangen’. De met een project te treffen voorzieningen kunnen de kern van het project zijn of de mitigatie of compensatie. Projecten zijn zelf splitsbaar, faseerbaar en combineerbaar op manieren waaraan in toenemende mate juridische regels zijn verbonden en waarover in toenemende mate juridische debatten worden gevoerd.

Onder deze omstandigheden wordt de besluitvorming over projecten complexer. Het recht speelt daarin een belangrijke rol. Toch wordt die rol nog maar weinig gevolgd door analyse en begripsvorming. In de jurisprudentie komt echter een beeld naar voren waarin projecten, naar hun aard de besluitvorming op twee niveaus leggen. Enerzijds dat van de concrete vergunningen en uitvoeringsbesluiten. Dit is als het ware de besluitvorming ‘op de grond’. Dat wil zeggen de beslissingen over deze boom, die dassenburcht, dat water, of dit geluidsscherm. Over al deze besluiten heeft de wetgever al weigeringsgronden of belangenkaders gegeven die in ogenschouw genomen moeten worden bij de verlening en het verbinden van voorschriften daaraan of het stellen van beperkingen. Daarboven is er de beslissing ten principale. Dat wil zeggen de vraag of het project doorgaat. Deze beslissing komt vanuit het elementaire vertrekpunt van het algemeen bestuursrecht toe aan alle bevoegde gezagen voor elke vergunning die voor een project nodig is. In de beslissing ten principale kan al deze beleidsvrijheid tezamen genomen worden. Dat is onvermijdelijk wanneer voorop staat dat de eenheid van het project en de regie over de voorbereiding en uitvoering daarvan moet worden bewaard. Het is ook onvermijdelijk abstracter dan in vergelijking met de concrete afzonderlijke vergunning.

Het verband tussen deze twee aspecten of vormen van projectbesluitvorming geeft zicht op een procedure voor de besluitvorming over het project. Daarbij blijft het accent liggen bij het project maar kan door materiële normen worden voorzien in een afwegingsproces. Het huidige omgevingsrecht kent verschillende voorbeelden. Ten eerste de benadering van de Tracéwet, waarin het tracébesluit geldt als het moederbesluit voor de onderliggende uitvoeringsbesluiten die – over

het algemeen gesproken – nadien gecoördineerd worden voorbereid. Daarover is hierboven al het nodige gezegd.

Ten tweede de benadering van de passende beoordeling van artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn. Daarin staat niet de brede afweging voorop maar een strikte norm met een beperkte beoordelingsvrijheid (in dit geval van de gevolgen van een project in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van een habitatgebied). De beoordeling van de gevolgen aan deze norm als negatief leidt ertoe dat een project in beginsel moet worden geweigerd. Dit is de toets van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn die naar doel en strekking kan worden verricht door iemand met de kennis van de beheerder van het betrokken habitatgebied. Niet de innerlijke waarde van het project is hier relevant maar slechts de gevolgen daarvan voor het te beschermen gebied. Bij een initiële weigering kan echter toch een bredere afweging met beleidsvrijheid aan de orde komen die eruit bestaat dat de met het project gemoeide openbare belangen toch om dwingende redenen en bij ontstentenis van alternatieven zwaarder kunnen wegen dan de belangen van het concrete habitatgebied die met de initiële weigering zijn gemoeid. Dit is dan de toets van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrichtlijn die naar doel en strekking een afweging inhouden van verschillende openbare belangen. Deze stap heeft veel weg van een projectbeslissing ten principale met een abstractere afweging van belangen zoals die hierboven is besproken aan de hand van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (paragraaf 6). Indien deze bredere afweging leidt tot het doorgaan van het project heeft dat als gevolg dat in het – eveneens abstracte geformuleerde – belang van de algehele samenhang van het Natura 2000 netwerk de nodige compenserende maatregelen moeten worden getroffen.

Een derde variant wordt gesuggereerd door de Wabo waarin ingevolge de artikelen 2.10 en 2.12 een bouwvergunning die niet kan worden verleend wegens strijd met het bestemmingsplan, behandeld moet worden als een aanvraag tot afwijking daarvan volgens het bredere belangenkader voor het beslissen op een dergelijke aanvraag. Dat bredere kader houdt onder meer in dat het project moet strekken tot een goede ruimtelijke ordening.⁵⁶ Ongelukkig is echter dat aan deze stap, die net als in de Habitatrichtlijn voortkomt uit de toepassing van een materiële norm op het project – namelijk strijd met het bestemmingsplan – zodat de behandeling al is begonnen, tegelijkertijd betekent dat de voorbereidingsprocedure verandert.

Wat deze drie voorbeelden illustreren, is dat de innerlijke samenhang, samenstelling en waarde van projecten die naar hun technische aard werken of werkzaamheden inhouden, in toenemende mate voorwerp van juridisch debat en regeling zijn. Deze ontwikkeling heeft fundamentele consequenties voor het omgevingsrecht en het bestuursrecht. Projecten worden namelijk een juridisch concept voor het duiden van rechtsverhoudingen in complexe feitelijke situaties en komen daarmee naast het besluitbegrip te staan als juridisch relevante fenomenen.

⁵⁶ Dit is de besluitvormingsprocedure die tot een verzelfstandiging van de projectbesluitvormingsprocedure heeft geleid nu met de Crisis- en herstelwet is geregeld dat deze afwijkingsbesluiten niet hoeven te worden gevolgd door een bestemmingsplan. Overigens kan deze variant, zodra wetsvoorstel 33 135 dat in paragraaf 4 is genoemd, de chronologie in de projecten heeft erkend in weerwil van art. 2.7 van de Wabo, ook andersom werken.

Tussen de projectbesluitvorming over een project ten principale en een reguliere vergunning, bestaan belangrijke verschillen, bijvoorbeeld voor zover het gaat om de bevoegdheden. De beslissing over een project ten principale wordt genomen door of vanuit het standpunt van de opdrachtgever van dat project. Het project moet strekken tot de doelen die ook met dat besluit worden gediend. Als gevolg van deze situatie is de ‘opdrachtgever’ doorgaans een publiek-private samenwerking. In het voorbeeld van het Rijksinpassingsplan voor Gasopslag Bergermeer, bijvoorbeeld tussen een particuliere initiatiefnemer en de ambtshalve bevoegde Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.⁵⁷ Binnen dat kader geeft deze bevoegdheid de overheid een relatief sterke positie in vergelijking tot de situatie waarin de overheid gebonden is aan de grondslag van de aanvraag.⁵⁸

Tegelijkertijd is er een cruciaal verband dat niet over het hoofd gezien moet worden: voor enigszins complexe projecten zijn allebei de rechtsfiguren nodig. Projectbesluiten zoals een tracébesluit en reguliere vergunningen betreffen telkens hetzelfde object maar vervullen daarvoor een andere rol. Hun verhouding wordt echter bepaald door de aard van het project. En belangrijker, je kunt niet de een in de ander doen opgaan zonder aan complexiteit toe te voegen. De relevante relatie is dus niet die tussen een projectbesluit en het project, of tussen een vergunning en een project maar tussen het projectbesluit waarin een bredere afweging over een project mogelijk is en de vergunning die een beperkte beoordeling inhoudt met betrekking tot hetzelfde project.

In de kabinetsplannen die bekend zijn over de voorbereiding van de Omgevingswet is sprake van drie rechtsfiguren die van belang zijn voor het onderwerp van dit preadvies, complexe besluitvorming over projecten. Dit zijn het projectbesluit, de vergunning en de omgevingsverordening. Over de precieze verhoudingen, overeenkomsten en verschillen tussen deze figuren is nog maar weinig duidelijk. Wel laat het zich raden op welke bestaande rechtsfiguren dit drietal, als die het uiteindelijke wetsvoorstel halen, straks zal zijn terug te voeren. Dat is ten eerste het tracébesluit; de beslissing ten principale over projecten tot aanleg of wijziging van hoofdinfrastructuur. Ten tweede is er de omgevingsvergunning, die weinig introductie nodig heeft, maar ziet op het verlenen van toestemming voor projecten. En ten derde is er het bestemmingsplan waarvan de toekomst lijkt te liggen in de omgevingsverordening.

Hiervoor is geschetst hoe uit de Habitatrictlijn, de Tracéwet en de Wabo procedures voortvloeien die uitlopen op een afweging waarin breder moet worden gekeken: naar de projectdoelen in relatie tot de nadelige gevolgen voor de habitat en met het oog op eventueel compenserende maatregelen. Voor alle drie deze voorbeelden geldt dat zij een projectbesluitelement bevatten en een vergunnings-element. De kunst zal zijn om deze onderling in een procedure te verbinden die uitgaat van het project als rechtsvorm.

Daarbij is een laatste opmerking relevant. Projecten hebben, net als besluiten, twee zijden. Enerzijds bevorderen zij bepaalde belangen. Anderzijds schaden zij andere belangen. Een gevolg hiervan is dat ook voor overheden onderling, het project van het ene bestuursorgaan een beheerprobleem kan veroorzaken voor het

⁵⁷ Zie hierboven bij voetnoot 51.

⁵⁸ Vgl. ABRvS 27 juni 2012, nr. 201109458/1/R1 (bestemmingsplan Harbrinkhoek). Art. 3.9 van de Wro relateert deze relatieve positie wellicht enigszins.

andere. Wanneer ten behoeve van de bouw van een verzorgingstehuis een fietspad aan de openbaarheid moet worden onttrokken, wordt het algemeen belang van het openbaar verkeer afgewogen tegen dat wat is gemoeid met de bouw van het verzorgingstehuis. De verschillende omgevingsfactoren en hun waarden staan regelmatig in een wederkerige verhouding. Projecten veranderen de leefomgeving en daarmee die verhoudingen. Elk project heeft zodoende al gauw twee kanten. De bouw van een ecoduct kan een actief project zijn voor de verwezenlijking van Natura 2000, waarover de opdrachtgever beslissingen neemt. Tegelijkertijd is het een potentiële inbreuk op het veilig en doelmatig gebruik van de weg waarover het ecoduct moet worden aangelegd, zodat daarvoor een vergunning zal worden verleend door de wegbeheerder, waarin onder andere eisen aan hoogte en afrastering en stabiliteit kunnen worden gesteld zodat het verkeer geen hinder heeft.

Deze meerzijdigheid houdt in dat er, ook voor een en dezelfde feitelijke handeling, verschillende gezichtspunten zullen blijven – die van beheer en die van ontwikkeling. Het is niet vaak zinvol deze te integreren in een enkel besluit. In ieder geval is duidelijk dat de focus van de Wabo op het besluit (de omgevingsvergunning) als het brandpunt van integratie ertoe heeft geleid dat de voorschriften (de art. 2.1 en 2.2) waaraan een project in de praktijk gekwalificeerd moet worden en die daarbij uitleg en toepassing krijgen niet zijn geïntegreerd.

Hetzelfde geldt voor de zogenoemde toetsingskaders, dat wil zeggen de voorschriften die direct van toepassing zijn op de uitoefening van de bevoegdheid om de omgevingsvergunning te verlenen. Net als voor de voorschriften die maken dat een project een vergunning nodig heeft, geldt voor de toetsingskaders dat deze niet zijn vereenvoudigd. Het gevolg is dat de Wabo niet heeft gezorgd voor een vocabulaire waarmee de relevante rechtsverhoudingen in het feitencomplex van projecten in essentie worden aangeduid. Dit staat ook in de weg aan een verdere integratie van de toetsingskaders. De Wabo is als het ware op het verkeerde aanknopingspunt ontworpen. De rechter krijgt daarin niet de kans tot rechtsontwikkeling bij te dragen. De rechter is vooral bezig met ‘onlosmakelijke samenhang’ en de fouten die gemaakt kunnen worden met de beoordelingsvrijheid.

In contrast daarmee is door de rechter van de projectbesluitvorming van de Tracéwet een rechtsontwikkeling ondernomen die een breder toetsingskader suggereert voor projecten als rechtsvormen. Het omgevingsrecht gaat op heel verschillende wijzen om met de problematiek die projecten opleveren, en regelt die problematiek tegen de achtergrond van een algemeen bestuursrechtelijk kader waarin projecten oorspronkelijk juridisch irrelevant waren. Zoals de voorbeelden van de Tracéwet en de Wabo laten zien is dat niet alleen op heel verschillende wijze gebeurd maar ook zodanig dat het soms moeilijk is om te zien dat er een gedeeld onderliggend inzicht is dat verder ontwikkeld moet worden: dat van de eenheid van projecten in het bestuursrecht.

Het omgevingsrecht bevindt zich nu, net als het algemeen deel, in een turbulente tijd. De Crisis- en herstelwet is hiervan een symbool. Voor het omgevingsrecht geldt dat dit in belangrijke mate vergelijkbaar is met de fase waarin het algemeen deel zich bevond in de jaren dertig van de vorige eeuw. Complexe besluitvorming, zoals hier is besproken, is dan ook niet een louter technisch onderwerp over procedures. Het raakt ook aan de rol die het bestuursrecht speelt in het openbaar bestuur. Die rol is deels technisch – onze regels kunnen als een *high-tech* zwempak werken of als zand in de machine – maar ook, wat Huart in de jaren dertig

benoemde als educatieve taak van het bestuursrecht: algemene begrippen, niet om daar deductief allerlei zaken van af te leiden, maar als basisvocabulaire om eenheid, eenvoud en grip te houden op de van zichzelf al gecompliceerde stof.⁵⁹

59 Zie Huart 1930.

8 Conclusie

Over de vraag of de complexiteit van de regelgeving zal afnemen is niet iedereen even optimistisch. Schueler verwachtte er in 2003 in ieder geval niet te veel van:

‘Pogingen tot deregulering zijn weliswaar niet zinloos geweest omdat zij er aan hebben bijgedragen dat binnen de overheid en de politiek men zich ervan bewust begint te worden dat regelgeving een keerzijde heeft. Maar per saldo wordt de regelgeving omvangrijker en complexer zonder dat daar een kruid tegen opgewassen lijkt te zijn. (...) We moeten ervan uitgaan dat de regelgeving in de voor ons liggende tijd nog verder zal toenemen, complexer zal worden en voor een deel ontoepasbaar of in haar toepassing onbegrijpelijk zal zijn.’⁶⁰

Dat risico is inderdaad aanwezig. Maar de complexiteit van de regelgeving is geen natuurfenomeen. Het is een eigen constructie waarin de bestuursrechtelijke en omgevingsrechtelijke discipline een belangrijke rol spelen. Wanneer onze begrippen niet meer deugen omdat ze niet de rechtsverhoudingen aanduiden waarmee juridisch inzicht kan worden verkregen in op zichzelf al complexe projecten, dan is dat een juridisch probleem. Het onbehagen in het omgevingsrecht uit zich vooral in een kritische houding op de wetgeving. Toch kan van de wetgever niet alle ontwikkeling worden verwacht. Zijn het niet ook de wetenschap en de VAR geweest waaraan de ontwikkeling van het algemeen deel van het bestuursrecht in belangrijke mate te danken is?

De begrippen en aannames van het algemeen deel van het bestuursrecht en het omgevingsrecht hebben een onderlinge spanning. Hoewel projecten volgens de een juridisch irrelevant zijn, vormen zij centrale figuren voor de ander. Dit preadvies heeft betoogd dat projecten niet juridisch irrelevant zijn. In het omgevingsrecht boet het besluitbegrip in aan de *explaining power* die het ooit heeft gehad. Door daaraan desondanks vast te houden worden de rechtsverhoudingen in en rondom complexe projecten niet eenvoudiger gemaakt. Het probleem van complexe besluitvorming is daarom niet in de eerste plaats de complexiteit maar het feit dat deze zich manifesteert in de besluitvorming.

De rol die het bestuursrecht en in navolging daarvan het omgevingsrechtelijke denken zelf in de constructie van deze complexiteit speelt, is aanzienlijk. Dat is niet simpelweg een kwestie van wetgeving. Het gaat om de ontwikkeling van rechtsbegrippen. Het vocabulaire waarmee professionele juristen de complicaties van de wereld tegemoet kunnen treden, om de ook vaak complexe rechtsverhoudingen daarin vereenvoudigd aan te duiden. Dat helpt de gedachteswisseling, het inzicht en het begrip van de situatie. De ontwikkeling in het omgevingsrecht om

⁶⁰ B.J. Schueler, *Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003, p. 16, digitaal beschikbaar via: <www.aup.nl/do.php?a=process_visitor_download&editorial_id=899>.

aan complexiteit iets te doen, door deze terug te brengen tot één besluitmoment, is de verkeerde stap in de goede richting geweest. Nadat het project centraal is gezet, is het niet zinvol om de besluiten te integreren, maar juist om de regels die de verhoudingen met betrekking tot een project regelen te integreren. De omgevingsrechtelijke taak ligt dan bij de vormgeving van de materiële normstelling daarbij. Het algemeen bestuursrecht zou de procedure voor zijn rekening kunnen nemen. Wellicht is de Omgevingswet hiervoor een mooie gelegenheid.

In dit preadvies heb ik geprobeerd een analyse te geven en een richting aan te wijzen voor verder denkwerk over oplossingen. Het gevaar is groot dat ik daarbij zelf in de valkuilen ben gestapt waarop ik juist heb geprobeerd te wijzen. Als dat het geval is, dan zijn die valkuilen voor de lezer in ieder geval aangewezen.

Een duiding van complexe besluitvorming en een voorstel voor de beoordeling van complicerende factoren

Mr. E.M.N. Noordover*

1	Inleiding	101
2	Een beoordeling van complexe besluitvorming	103
2.1	Een analyse van enkele onderzoeken	103
2.2	De algemene lijnen uit de onderzoeken	108
2.3	Een invulling van het begrip complexe besluitvorming	109
2.4	Tussenconclusie: een duiding van complexe besluitvorming	111
3	Complicerende factoren	113
3.1	Kennislacunes in de besluitvorming	113
3.1.1	De afhankelijkheid van deskundige kennis	115
3.1.2	De afhankelijkheid van andere partijen	118
3.1.3	Wetenschappelijke ontwikkelingen	122
3.2	Wijzigingen in het juridische kader	123
3.3	Inspraakmogelijkheden	128
3.3.1	Het beperken van de juridische mogelijkheden	130
3.3.2	Het creëren van draagvlak	131
4	De aanpak van complicerende factoren	139
4.1	Groepering van de factoren	139
4.2	Een beoordelingskader voor complicerende factoren	141
5	Conclusie en stellingen	145
	Stellingen	147

* Erwin Noordover is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Schrijver is dank verschuldigd aan Marieke Kaajan, Tom Barkhuysen, Rianne Jacobs, Isabelle Ouwehand, Aart Jan van der Ven en Annemarie Drahmman voor hun input op eerdere concepten van dit preadvies.

I Inleiding

Complexe besluitvorming is een veelzijdig issue. Door decennia heen is dit onderwerp in verschillende gebieden en op verschillende manieren beschreven. De complexiteit van besluitvorming speelt bijvoorbeeld in zowel het omgevingsrecht als in het economisch bestuursrecht, waarover de andere twee preadviezen gaan. De focus van de publicaties is veelal de wijze waarop de besluitvorming minder complex kan worden gemaakt, dus versimpeld, en daardoor kan worden versneld. Hierbij is het onderwerp steeds negatief benaderd.

Om de besluitvorming te versimpelen moet echter worden bepaald wanneer besluitvorming complex is. De term complexe besluitvorming lijkt op het eerste gezicht helder, aangezien eenieder een situatie kan bedenken waarin de besluitvorming complex is. Het is echter niet helder welke objectieve standaarden gelden voor de aanduiding complex. Is er een definitie van complexe besluitvorming te geven of kan worden aangegeven vanaf welk moment besluitvorming als complex is aan te merken? Pas als is bepaald wanneer sprake is van complexe besluitvorming, dan kan daarna worden gekeken naar de oorzaken van complexiteit. Vervolgens kunnen deze oorzaken worden getoetst aan oplossingen voor de complexiteit.

Voor de beoordeling van complexe besluitvorming is het wenselijk om te bezien in hoeverre een algemene methode kan worden gehanteerd. Ten behoeve hiervan wordt op basis van de analyse van de complexe besluitvorming, de achterliggende oorzaken en de eventuele oplossingen bepaald of een algemene aanpak van dit fenomeen mogelijk is. Het doel hiervan is om een beoordelingskader te creëren waarmee op een eenduidige wijze complexiteit in besluitvorming kan worden beoordeeld alsmede de noodzaak en mogelijkheden om deze complexiteit weg te nemen. Hierbij baseer ik mij op zowel (een deel van) de beschikbare literatuur als mijn eigen praktijkervaring. Mede gezien de omvang van de al bestaande literatuur en de beperkte omvang van dit preadvies bied ik geen uitputtend beeld van complexe besluitvorming en de mogelijke oorzaken en oplossingen. Ik hoop echter met dit preadvies een duidelijk, doch niet uitputtend, beeld te geven en een goed startpunt voor de discussie tijdens de bijeenkomst van de Jonge VAR.

2 Een beoordeling van complexe besluitvorming

Om een beeld te vormen van hetgeen kan worden verstaan onder complexe besluitvorming, bevat onderdeel 2.1 van dit preadvies een analyse van enkele publicaties over dit onderwerp. Mede op basis van deze publicaties en eigen ervaring wordt daarna een invulling van dit fenomeen gegeven, waarbij wordt gekeken naar een mogelijke definitie. Als dit fenomeen eenmaal handen en voeten heeft gekregen, is het vervolgens zaak de oorzaak dan wel oorzaken hiervan te duiden (onderdeel 2.3).

2.1 Een analyse van enkele onderzoeken

Om complexe besluitvorming te versimpelen dient eerst te worden bepaald wanneer er sprake is van complexiteit in de besluitvorming. Over complexe besluitvorming is in recente decennia veel geschreven. Enkele van deze publicaties bespreek ik hierna en ik distilleer daar vervolgens de rode lijnen uit. Deze publicaties zijn (1) het advies van de commissie-Elverding, (2) het advies van de Vlaamse Commissie Investeringsprojecten, (3) de evaluatie van de energiewetgeving door de NMa uit 2012, (4) een publicatie over de complexiteit in planologische besluitvorming van Zuidema e.a. en (5) het preadvies van Florijn betreffende complexiteit van wetgeving.

1 Commissie-Elverding

In april 2008 heeft de Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten (hierna: commissie-Elverding) het advies ‘Sneller en Beter’ uitgebracht.¹ De minister van Verkeer en Waterstaat had de commissie-Elverding als opdracht meegegeven om (1) een analyse te maken van de vertraging van grote infrastructuurprojecten en (2) de mogelijkheden te onderzoeken om de besluitvorming substantieel te versnellen en oplossingen daarvoor aan te dragen, waarbij rekening moet worden gehouden met de zorgvuldige belangenafweging en inspraak. Conform deze opdracht heeft de commissie-Elverding een analyse uitgevoerd van de duur van de besluitvorming over infrastructuurprojecten in Nederland en een groslijst van oorzaken van vertragingen opgesteld.² De commissie concludeert dat de besluitvorming in Nederland lang duurt. Vervolgens maakt de commissie onderscheid tussen drie groepen van oorzaken voor deze lange duur. De eerste

¹ Commissie-Elverding, *Sneller en Beter*, Kamerstukken II 2007/08, 29 385, nr. 18.

² Commissie-Elverding 2008, Bijlage III.

groep vertragende oorzaken hangt samen met de voorbereiding van projecten en de bestuurscultuur. In de tweede groep staan factoren uit het besluitvormingsproces zelf. Als laatste groepeert de commissie-Elverding vertragende factoren in de juridische sfeer. De mogelijke verbeteringen hebben eenzelfde indeling in drie groepen.

Conform de opdracht van de regering concentreert de commissie-Elverding zich op de versnelling van procedures voor de realisatie van grote infrastructuurprojecten. Daarbij geldt als aanname dat deze procedures complex zijn. Als een van de oorzaken van de vertraging wordt bijvoorbeeld genoemd de 'inherente' grote-project-complexiteit. De commissie-Elverding heeft met haar aanpak de complexiteit niet in één besluit gezocht, maar in het samenspel van het gehele project. Het advies van de commissie bevat echter geen definiëring van complexiteit dan wel een grens waarna besluitvorming als complex wordt gezien.

2 Commissie Investeringsprojecten

Ook bij onze zuiderburen is aandacht geweest voor de besluitvorming bij complexe projecten. De Vlaamse regering heeft op 30 november 2009 de Commissie Investeringsprojecten geïnstalleerd om onderzoek te doen naar mogelijkheden om deze besluitvorming te versnellen. De Commissie was een tweeledige opdracht meegegeven. Ten eerste moesten de oorzaken van moeilijke en trage besluitvormingsprocessen worden geanalyseerd. Ten tweede werd de Commissie Investeringsprojecten verzocht om concrete voorstellen voor de verbetering van het besluitvormingsproces te formuleren.³ Bij deze tweeledige opdracht somde de Vlaamse regering ook drie probleempunten op, waarvan werd gezegd dat dit de belangrijkste oorzaken van uitstel of afstel van projecten waren. De punten zijn (1) de lange duur voor het verkrijgen van de nodige vergunningen, (2) het gebrek aan dan wel de broosheid van het maatschappelijke draagvlak van een project, waardoor besluiten regelmatig werden aangevochten en (3) de wijze waarop de rechtsbescherming is georganiseerd en wordt gebruikt. Voor deze problemen diende de Commissie Investeringsprojecten oplossingen te bieden, waarbij er geen inperking van de inspraak- en participatiemogelijkheden en rechtsbescherming mocht plaatsvinden.

De Commissie Investeringsprojecten heeft in 2010 het verslag 'Naar een snellere en betere besluitvorming over complexe projecten' gepubliceerd.⁴ De uitkomst van het Vlaamse onderzoek is een lijst van in totaal 47 concrete voorstellen die moeten leiden tot versnelling van de besluitvorming. Deze voorstellen zijn verdeeld in drie groepen. De eerste groep bevat zogenoemde *quick wins*. Dit zijn mogelijkheden voor versnelling die kunnen worden bereikt zonder wijziging van de regelgeving. Het betreft oplossingen die liggen in onder meer de ambtelijke voorbereiding,

3 De opdrachten aan de beide commissies zijn verschillend geformuleerd. De Nederlandse commissie dient te kijken naar 'vertraging' en 'versnelling'. De Belgische commissie kijkt naar 'moeilijk' en 'traag' en moet met voorstellen komen ten behoeve van de 'verbetering'. De opdracht van de Belgische commissie is breder geformuleerd. De resultaten van beide onderzoeken hebben echter zowel 'sneller' als 'beter' in de titel staan.

4 Commissie Investeringsprojecten, *Naar een snellere en betere besluitvorming over complexe projecten*, 26 februari 2010, te raadplegen op de website van het Vlaams Parlement onder het informatie-dossier 'Versnelling investeringsprojecten', <<http://www.vlaamsparlement.be/vp/informatie/pi/informatiedossiers/versnelling.html>>.

investering in project- en procesmanagement en interbestuurlijke samenwerking. In de tweede groep staan mogelijkheden voor de relatieve korte termijn, waarvoor wijziging van de wetgeving dan wel een grotere aanpassing van de procesmatige aanpak nodig is. In deze groep staat onder andere het voorstel voor aanpassing van de voorfase van de besluitvorming. De laatste groep bevat oplossingen voor de langere termijn. Het laat zich raden dat deze oplossingen niet makkelijk tot stand komen. Hiervoor is namelijk volledig nieuwe wetgeving of overleg met de Belgische federale overheid vereist. Een van de hier opgenomen oplossingen betreft het bieden van meer mogelijkheden voor een bestuursrechter om meer finale geschilbeslechting te bieden.

Gelijk het onderzoek van de Nederlandse commissie concentreerde het onderzoek van de Vlaamse commissie zich op de besluitvorming betreffende de realisatie van grote ruimtelijke projecten. De complexiteit werd aangenomen, mede vanwege de gestelde moeilijke en trage besluitvorming. Het doel van het onderzoek was het doen van voorstellen om deze besluitvorming te versimpelen en mede daardoor te versnellen. Er is echter geen definitie gegeven van de complexiteit en in het verlengde daarvan heeft de commissie ook niet gekeken naar het moment waarop niet langer sprake zou zijn van complexiteit.

3 Evaluatie NMa

Het derde onderzoek dat in het kader van dit preadvies de moeite waard is, betreft het eindverslag uit 2012 van de wettelijke evaluatie door de NMa van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.⁵ De NMa heeft conform haar wettelijke plicht de genoemde energiewetgeving geëvalueerd op de mate en de punten waarin de effectiviteit en de efficiëntie van het instrumentarium in deze wetten kan worden vergroot. Voor deze evaluatie zijn vier overkoepelende doelstellingen geformuleerd, namelijk (1) deregulering, (2) dejuridisering, (3) vermindering van lasten voor de overheid en (4) vermindering van lasten voor de private sector.⁶ Het bereiken van deze doelstellingen mag echter niet ten koste gaan van de beoogde effectiviteit van de regulering van de markt. Daarnaast moet per saldo een lastenvermindering over de gehele keten worden gerealiseerd. Een lastenvermindering bij één stap binnen de keten mag dus niet leiden tot een evenredige of grotere lastenverhoging ergens anders in de keten.⁷

In de evaluatie van 2012 heeft de NMa gefocust op vier thema's, zijnde tariefregulering, de totstandkoming van de elektriciteits- en gascodes, consumentenbescherming en kwaliteit. De thema's tariefregulering en de totstandkoming van de codes kunnen worden gerekend tot de complexe besluitvorming.

Volgens de NMa is het systeem van de tariefregulering complex en zijn de belangen groot en tegengesteld. De tariefregulering is afhankelijk van een keten van besluiten die onderling afhankelijk zijn. Eerst neemt de NMa een methodebesluit met daarin de methode voor het bepalen van het efficiënte kostenniveau van een netbeheerder. Vervolgens neemt de NMa een besluit waarin verschillende berekeningsfactoren worden vastgelegd. Als laatste zijn er jaarlijkse tariefbesluiten. In de woorden van de NMa is er dus sprake van een 'besluitentrits'. Besluiten zijn

⁵ NMa, *Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet*. Eindverslag, Den Haag, april 2012.

⁶ NMa 2012, p. 14.

⁷ NMa 2012, p. 15.

gebaseerd op en daarmee afhankelijk van eerdere besluiten. Daarnaast moeten de besluiten ten aanzien van de verschillende netbeheerders onderling worden afgestemd. Naar aanleiding van het voorgaande formuleert de NMa complexiteit als knelpunt van het tariefreguleringsstelsel. De complexiteit bestaat uit verschillende elementen, namelijk de hoeveelheid en samenhang van besluiten, de hoeveelheid en samenhang van taken, diensten en tarieven van netbeheerders en de verschillen tussen de regulering van de verschillende typen netbeheerders. Over deze complexiteit merkt de NMa vervolgens op: 'Een zekere mate van complexiteit van het tariefreguleringsstelsel is onvermijdelijk en doet recht aan de realiteit waarin netbeheerders en netgebruikers de elektriciteits- en gasnetten beheren en gebruiken. Complexiteit heeft echter ook nadelige gevolgen in het licht van de doelstellingen van deze evaluatie, waardoor het goed is om na te gaan of sprake is van overmatige complexiteit. Het verminderen van complexiteit kan ertoe leiden dat de totstandkoming van tarieven meer transparant wordt en dat zowel de toezichtlasten voor de NMa als de administratieve lasten voor netbeheerders verminderen.'

De NMa verbindt complexiteit aan de hoeveelheid besluiten, taken, actoren enzovoort die betrokken zijn bij de besluitvorming en de onderlinge samenhang hiertussen. De NMa formuleert hierbij echter geen definitie van de complexiteit of het moment waarop de complexiteit tot een minimum is teruggebracht. Wel stelt de NMa dat deze complexiteit deels samenhangt met de materie. Daaruit kan worden afgeleid dat deze complexiteit nooit volledig is op te lossen. Naar mijn mening formuleert de NMa vervolgens terecht dat er niettemin nadelige gevolgen van complexiteit zijn, waarvan de mogelijkheid om deze te verminderen moet worden beoordeeld.

Over de totstandkoming en werking van de codes merkt de NMa op dat dit een van oudsher moeizaam proces is, waarin ondanks verbeteringen nog steeds belangrijke knelpunten bestaan. De geformuleerde knelpunten zijn hier (1) onzekerheid door lange procedures, (2) onvoldoende kwaliteit van het codevoorstel en (3) gebrek aan transparantie.⁸ De NMa formuleert een achterliggende reden voor deze knelpunten. Bij het vaststellen van de codes is volgens de NMa sprake van grote tegengestelde belangen van de verschillende betrokken partijen. De codes bevatten belangrijke regulerende regels voor de energiemarkt, waaraan meerdere soorten partijen zijn gebonden. Deze partijen hebben niet gelijklopende en soms tegengestelde belangen. Niettemin zijn deze partijen wel actief betrokken bij de vaststelling van de codes. Deze betrokkenheid blijkt bijvoorbeeld al aan het begin van de procedure, aangezien voorstellen voor (wijzigingen van) de codes uit de markt komen. De genoemde belangentegenstellingen zorgen er volgens de NMa voor dat het wijzigen van codes per definitie gepaard gaat met discussie over de juiste afweging van de belangen. Deze tegenstelling van belangen acht de NMa inherent aan het proces en daarom nooit in het geheel te voorkomen.⁹

Het is opvallend dat de NMa de tariefregulering wel als complex aanmerkt en de totstandkoming en werking van de codes niet. Dit verschil hangt mogelijk samen met de invulling van het begrip complexiteit door de NMa. De NMa acht een stelsel complex als er bij het bereiken van een doel veel aspecten spelen. Bij de

8 NMa 2012, p. 59-62.

9 NMa 2012, p. 58.

tariefregulering moet er wel met veel aspecten rekening worden gehouden, terwijl bij de codes blijkbaar niet veel aspecten relevant zijn. Hoogstens is er bij de codes sprake van een veelheid aan belangen, maar dit leidt blijkbaar niet tot de door de NMa aangeduide complexiteit. Ik vind het verdedigbaar om ook bij de codes aan te nemen dat er sprake is van complexe besluitvorming. De codes bevatten technisch moeilijke materie, die diep kan ingrijpen in de belangen van de betrokken partijen. Deze partijen komen daarbij recht tegenover elkaar te staan, waardoor het risico op het gebruik van rechtsmiddelen toeneemt. Als één partij immers wel een wenselijke regeling krijgt, is het zeer wel mogelijk dat een andere partij nadelig in diens belangen wordt geraakt. Het tot stand brengen van één besluit is in een dergelijke situatie net zo goed als complex aan te duiden.

Het voorgaande is een concreet voorbeeld van de gevolgen van het ontbreken van een grens voor, dan wel een definitie van complexe besluitvorming. Verschillende partijen kunnen verschillende visies hebben op hetgeen als complexe besluitvorming kan worden beschouwd.

4 Zuidema e.a.

Een vierde relevante publicatie is de analyse door Zuidema e.a. van de betekenis van complexiteit in de planologische besluitvorming.¹⁰ Zij maken eerst onderscheid tussen complexiteit die is gelegen in hetgeen planologisch moet worden geregeld en complexiteit die ligt in de besluitvorming zelf. De eerste complexiteit relateert aan het onderwerp van besluitvorming, bijvoorbeeld de planologische inpasbaarheid van een nieuw bedrijventerrein. Bij de tweede vorm van complexiteit kan worden gedacht aan de noodzaak om meerdere besluiten te nemen. Vervolgens wijzen zij erop dat bij complexiteit in planologische besluitvorming veelal de combinatie van beide onderwerpen wordt bedoeld: 'Het betreft dan complexiteit als criterium voor besluitvorming op basis van de functioneel-inhoudelijke constellatie en de daarop gerichte constellatie van besluitvormende, -beïnvloedende en -afhankelijke partijen.' Het is deze invulling van complexiteit die Zuidema e.a. vervolgens hanteren. Hierna maken Zuidema e.a. onderscheid tussen ordelijke en complexe besluitvormingsprocessen. In de ordelijke besluitvorming is er een grote mate van voorspelbaarheid doordat er lineaire relaties bestaan tussen de verschillende factoren en actoren, de directe causale verbanden tussen deze relaties naar de toekomst te voorzien zijn en zij binnen een stabiele context liggen. Complexe besluitvorming wordt daarentegen gekenmerkt door de onmogelijkheid om de uitkomst te voorspellen. Tussen de verschillende factoren en actoren binnen de besluitvorming ontbreken heldere en eenduidige relaties, is er sprake van een verwijderde causaliteit en de context waarbinnen het vraagstuk wordt behandeld maakt op een onduidelijke en weinig coherente wijze inbreuk op het proces. Gezien het spectrum tussen de ordelijke en complexe besluitvormingsprocessen wijzen Zuidema e.a. op de wenselijkheid om te spreken van een mate van complexiteit. De mate waarin een specifiek besluitvormingsproces complex is, ligt ergens binnen dit spectrum.

¹⁰ C. Zuidema, J. Visser & G. de Roo, *Complexiteit en planologische besluitvorming. Over de betekenis van complexiteit in planologische vraagstukken*, paper gepresenteerd op de discussiedag 'Lof der verwarring', Rotterdam, 19 mei 2005.

5 Preadvies Florijn

De laatste publicatie die ik hier noem, is het preadvies van N.A. Florijn voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, getiteld 'Complexiteit en vereenvoudiging van de wetgevingsprocedure'.¹¹ Dit preadvies hanteert een vergelijkbare aanpak in gradaties van simpel en complex als hiervoor beschreven bij Zuidema e.a. Florijn stelt eerst eenvoudige wetgeving tegenover complexe wetgeving, maar onderscheidt vervolgens nog ingewikkelde wetgeving als tussenstadium. Van ingewikkelde wetgeving is dan bijvoorbeeld sprake indien toepasselijke normen zijn vastgelegd op verschillende wettelijke niveaus en bij de toepassing ervan meerdere instanties zijn betrokken, maar er niettemin een zekere mate van voorspelbaarheid van de uitkomst bestaat. Vervolgens is er volgens Florijn pas sprake van complexe wetgeving als de uitkomst van het proces niet of zeer moeilijk te voorspellen zal zijn.

2.2 De algemene lijnen uit de onderzoeken

Uit de bovenstaande publicaties zijn enkele algemene lijnen te destilleren over de invulling van het begrip complexe besluitvorming.

De mate waarin de Nederlandse en Vlaamse commissies vergelijkbare formuleringen gebruiken in hun onderzoeken is opvallend. De aanleiding tot de onderzoeken is de wens tot versnelling van de realisatie van grootschalige ruimtelijke projecten. De onderzoeken hanteerden de aanname dat deze projecten complex waren en keken vervolgens naar mogelijkheden om deze processen te versimpelen ten einde tijdswinst te realiseren. Er is daarbij geen voorafgaand kader geschetst voor de beoordeling van deze complexiteit dan wel een grens gesteld voor het moment waarop dit proces niet langer complex zou zijn. De analyse vond verder plaats op het niveau van het realiseren van een specifiek doel of project. Bij deze focus op dit niveau speelt ook de noodzaak van het verkrijgen van meerdere besluiten naast en na elkaar. Naarmate er meer besluiten nodig zijn, komen er ook meer actoren, risico's en procedures kijken bij de besluitvorming. Op dit niveau is er vanwege de noodzaak meerdere besluiten te verkrijgen eerder sprake van complexe besluitvorming.

Besluitvorming kan echter op twee niveaus complex zijn. Complexiteit acht ik niet zonder meer afhankelijk van het verkrijgen van meerdere besluiten. Het is ook mogelijk om te spreken van complexiteit op het niveau van één besluit.¹² Ook binnen het kader van één besluit kunnen immers veel actoren zijn betrokken, er kan sprake zijn van moeilijke materie of onduidelijke gevolgen van het te nemen besluit. Uiteraard zal besluitvorming op doelniveau eerder als complex zijn aan te merken, maar niettemin is complexiteit op het niveau van één besluit mogelijk. De complexiteit van één besluit heeft vervolgens logischerwijs ook invloed op de complexiteit op doelniveau. Naarmate een besluit simpeler tot stand komt, zal de

11 N.A. Florijn, 'Complexiteit en vereenvoudiging van de wetgevingsprocedure', in: *Complexiteit van wetgeving* (Vereniging voor Wetgeving en wetgevingsbeleid), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 1-42.

12 In vergelijkbare zin Florijn 2010, p. 4: 'Op het niveau van de normen zelf kan een verdere onderverdeling gemaakt worden, namelijk voor zover de complexiteit optreedt bij een afzonderlijke norm, dan wel bij een normenstelsel.'

complexiteit van het volledige besluitvormingsproces voor het realiseren van een project of doel ook afnemen.

Ook in de Evaluatie Energiewetgeving is een focus op de besluitvorming ten behoeve van een project of doel terug te vinden. Daarbij acht ook de Evaluatie Energiewetgeving het bestaan van een grote(re) hoeveelheid besluiten, actoren en taken relevant voor complexiteit. Verder is echter geen definitie of grens voor complexiteit van besluitvorming gesteld.

De adviezen van Zuidema e.a. en Florijn geven op een onderling vergelijkbare wijze invulling aan complexiteit. In beide onderzoeken is terug te lezen dat complexe besluitvorming geen vastomlijnd gegeven is. Er is eerder sprake van een indicatie van een proces dat als complex is te beschouwen, omdat de uitkomst van dit proces onvoorzienbaar is. Beide analyses wijzen op de interactie tussen een veelheid aan factoren en actoren, waardoor de uitkomst van de besluitvorming onvoorzienbaar wordt. Afhankelijk van de omvang van de factoren en onderlinge relaties, bevindt het proces zich ergens tussen zeer eenvoudig en volledig complex. Naarmate de uitkomst minder is te voorzien, verschuift het desbetreffende besluitvormingsproces naar complex.

2.3 Een invulling van het begrip complexe besluitvorming

De algemene lijnen worden in het volgende onderdeel samengevoegd met als doel een invulling van het begrip complexe besluitvorming te geven.

Ik zal geen definitie van besluitvorming of grens waarop besluitvorming complex wordt geven. Het is niet bij voorbaat te bepalen op welk moment besluitvorming complex is. De complexiteit is niet zonder meer afhankelijk van bijvoorbeeld een bepaalde hoeveelheid regels, procedures of partijen dan wel een zekere mate van inhoudelijk moeilijke materie. Weliswaar is voor complexiteit in ieder geval een zekere omvang van deze factoren vereist, maar het is niet vast te stellen welke omvang dit is. Daarbij is de complexiteit ook in zekere mate subjectief.¹³ Het moment waarop besluitvorming als complex wordt ervaren is niet voor eenieder hetzelfde. Een specialist in het bestuursrecht acht een wettelijke regeling waarschijnlijk minder snel complex dan een leek op dit gebied. Deze leek kan echter weer een specialist zijn in bijvoorbeeld geluidsonderzoek, waarvan de jurist meestal minder kaas heeft gegeten.¹⁴

Complexe besluitvorming acht ik een aanduiding van een proces dat als ingewikkeld en moeilijk wordt ervaren, omdat bij voorbaat de uitkomst van dit proces niet is te bepalen. Dit proces begint met het formuleren van het voornemen om een project te realiseren dan wel een besluit te nemen. Om tot realisatie van het project dan wel een besluit te komen, vindt vervolgens de besluitvorming plaats. De mate van complexiteit is dan afhankelijk van de mogelijkheid om vooraf de uitkomst van de besluitvorming te voorzien. Een voorzienbaar besluit is bijvoorbeeld een gebonden beslissing, waarbij aan duidelijk geformuleerde voorwaarden moet

¹³ Zie ook Florijn 2010, p. 11.

¹⁴ Overigens doet dit de vraag rijzen hoever de versimpeling van de besluitvorming dient te gaan. Is het noodzakelijk dat iedereen de besluitvorming als simpel en toegankelijk ervaart of is het afdoende als de specialisten deze mening zijn toegedaan?

worden voldaan. Als bij het voornemen een besluit te nemen duidelijk is dat aan de voorwaarden kan worden voldaan, dan is op dat moment ook de uitkomst van de besluitvorming te voorzien.¹⁵ Bij besluitvorming waarin een bestuursorgaan nog een eigen afweging moet verrichten, is de uitkomst van het proces door deze afweging minder voorzienbaar. De ruimte voor een eigen afweging compliceert dan de besluitvorming.

Met het voorgaande sluit ik aan bij de door Zuidema e.a. en Florijn gehanteerde gradaties in de mate waarin besluitvorming eenvoudig of complex is. Als aan de ene zijde van het spectrum besluitvorming als eenvoudig en simpel kan worden beschreven, dan staat aan de andere kant van het spectrum complex. Afhankelijk van de voorzienbaarheid dan wel onvoorzienbaarheid van de uitkomst van een besluitvormingsproces bevindt dit proces zich ergens op de meetlat tussen eenvoudig en complex. Deze invulling van complexe besluitvorming betekent wel dat een breed spectrum aan verschillende situaties is aan te duiden als complexe besluitvorming.

Welke situaties dit zijn, is afhankelijk van de factoren die de voorzienbaarheid van een besluit raken. De voorzienbaarheid vermindert naarmate meer factoren bij de besluitvorming spelen. Als er met meer factoren rekening moet worden gehouden, is het resultaat van de besluitvorming bij het begin van het proces minder duidelijk. Niet alleen de hoeveelheid factoren compliceert de besluitvorming, maar ook de onderlinge interactie tussen deze factoren leidt tot een verdere complicatie. Deze factoren beïnvloeden elkaar onderling en de wijze waarop dit gebeurt, is niet vooraf vast te stellen. In deze invulling kan iedere factor gezien worden als een aparte draad binnen het besluitvormingsproces. Eén of enkele naast elkaar gespannen draden leiden dan niet tot complexe besluitvorming. Op het moment dat vele draden samenkomen en in de knoop raken is sprake van complexiteit. Van één specifieke draad kan nog het begin worden gevonden, maar het einde is pas zichtbaar nadat de kluwen is ontward. De kluwen ontwarren staat dan gelijk aan het doorlopen van het besluitvormingsproces. Gaandeweg zal meer duidelijkheid ontstaan over de uiteindelijke uitkomst, maar het proces als geheel blijft niettemin complex. Dit is vergelijkbaar met de wijze waarop de NMa de besluitvorming voor tariefregulering als complex aanmerkt. Deze complexiteit volgde uit meerdere besluiten, actoren en taken, die ook onderling op elkaar ingrepen. De veelheid aan factoren en onderlinge relaties daartussen vormde dus de aanleiding om te spreken van complexe besluitvorming.

Voor zover complexe besluitvorming een probleem is, ligt de oorzaak van dit probleem in de factoren die besluitvorming compliceren. Deze factoren bepalen waar een specifiek besluitvormingsproces zich bevindt binnen het spectrum van eenvoudige tot complexe besluitvorming. Het zijn dan ook deze factoren van complexe besluitvorming die kunnen leiden tot negatieve effecten, zoals ineffectiviteit, lange duur, hoge kosten en kwalitatieve verslechtering. De afzonderlijke factoren dienen dan dus te worden aangepakt om de besluitvorming te versimpelen.

Het aanpakken van de afzonderlijke factoren voor complexiteit komt ook terug in de wijze waarop het Belgische en Nederlandse onderzoek naar de besluitvorming voor complexe projecten is verricht. Beide onderzoeken bevatten voorstellen

¹⁵ Waarbij de mogelijke complexiteit op het niveau van een project buiten beschouwing blijft.

om de besluitvorming te versimpelen. Deze voorstellen zijn gericht op specifieke factoren die de besluitvorming als geheel compliceren.¹⁶ Door deze complicerende factoren aan te passen, wordt de uitkomst van de besluitvorming vooraf inzichtelijker. Dit gaat uiteraard niet zover dat op het moment dat een voornemen wordt geformuleerd de uitkomst hiervan vaststaat. Het realiseren van grote infrastructurele projecten zal altijd complex blijven. Niettemin kan een deelaspect van deze realisatie simpeler worden en daarmee de voorzienbaarheid van het volledige proces vergroten.

Overigens is niet gezegd dat één specifieke factor al leidt tot complexe besluitvorming. Een factor draagt enkel bij aan de complexiteit van besluitvorming. Een bepaalde omvang of combinatie van factoren leidt dan tot complexe besluitvorming. Ter illustratie het gebruik van rechtsmiddelen tegen besluiten. Rechtsmiddelen kunnen besluitvorming zowel procedureel als inhoudelijk compliceren. De procedurele complexiteit ligt in de mate waarin stappen zoals het indienen van een zienswijze of bezwaarschrift, het instellen van beroep of hoger beroep de voorzienbaarheid van het uiteindelijke besluit verminderen. De uitkomst van deze stappen is immers niet bij voorbaat vast te stellen. Niettemin is het enkel bestaan van rechtsmiddelen geen reden om tot complexe besluitvorming te concluderen. Veelal zal een enkel bezwaar tegen een bouwvergunning voor een eenvoudig bouwplan niet als complex zijn aan te duiden. Op het moment dat de rechtsmiddelen echter samenkomen met andere factoren voor complexiteit dan kan besluitvorming complex worden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien sprake is van een grote hoeveelheid partijen die gebruikmaken van de rechtsmiddelen. Een ander voorbeeld is het inbrengen van nieuwe informatie door middel van rechtsmiddelen. In beide situaties kan het samenspel tussen rechtsmiddelen en andere factoren tot complexe besluitvorming leiden.

2.4 Tussenconclusie: een duiding van complexe besluitvorming

Complexe besluitvorming is niet te vatten in een definitie of grens. Het is beter te spreken van de mate waarin een besluitvormingsproces complex is. Deze mate van complexiteit is afhankelijk van de voorzienbaarheid van de uitkomst van een besluitvormingsproces. Deze voorzienbaarheid vermindert naarmate meer factoren een rol spelen in de besluitvorming. Indien besluitvorming minder complex dient te worden gemaakt, dan moeten dus deze factoren worden aangepakt.

Welke factoren tot complexiteit leiden, is mede afhankelijk van het niveau waarop de besluitvorming wordt geanalyseerd. Als wordt gekeken naar het niveau van één besluit, dan zijn onder meer relevant: (1) de actoren, zoals de bestuursorganen en de personen werkzaam binnen deze bestuursorganen, rechtspersonen en natuurlijke personen, (2) de te betrekken materie, waaronder de mogelijke kennislacunes, (3) de toepasselijke wet- en regelgeving, waaronder ingewikkelde regelgeving, procedurele eisen en de mate waarin beleidsvrijheid dan wel beslissingsruimte bestaat en (4) politieke bewegingen, zoals een abrupte verandering na verkiezingen of ingrijpende maatschappelijke gebeurtenissen. Als er een analyse

¹⁶ Het betreft hier dus niet de complexiteit op besluitniveau, maar complexiteit op het niveau van een project of doel.

plaatsvindt van complexe besluitvorming ten behoeve van de realisatie van een project of doel, dan zijn de voorgaande punten nog steeds relevant. Deze punten worden echter versterkt, doordat er meerdere besluiten nodig zijn. Op het niveau van een project of doel zijn dan nog relevante factoren: (1) de onderlinge relaties tussen de verschillende besluitvormingsprocessen, (2) de afhankelijkheid van meerdere bestuursorganen en bestuurslagen, waarbij ook conflict tussen nationale, provinciale en gemeentelijke belangen spelen en (3) de toename van actoren. In het volgende onderdeel worden enkele factoren geanalyseerd op de mate waarin zij bijdragen aan complexiteit en kunnen worden opgelost.

3 Complicerende factoren

In dit onderdeel van het preadvies bespreek ik enkele factoren die bijdragen aan complexiteit van besluitvorming. De selectie van deze factoren is in zekere mate arbitrair en persoonlijk. De gekozen factoren zijn (1) de kennislacunes in de besluitvorming, (2) wijzigingen in politieke en beleidsmatige doelen en (3) het gebruik van inspraakmogelijkheden bij besluitvorming.

Alvorens in te gaan op de factoren plaats ik twee kanttekening. Complexe besluitvorming is vooraleerst een gevolg van onze huidige samenleving. Althans, zo vat ik het standpunt van de commissie-Elverding samen, zoals dit is verwoord in de inleiding van het advies.¹⁷ De samenleving is complexer geworden en daarmee ook de besluitvorming die deze samenleving raakt. Er dient met steeds meer belangen binnen een steeds kleinere beschikbare ruimte rekening te worden gehouden. Deze belangen worden ook daadkrachtiger verdedigd, omdat de samenleving mondiger is geworden. En niet alleen de omvang van de belangen neemt toe, maar door voortschrijdend (wetenschappelijk) inzicht wordt de besluitvorming moeilijker. Het versimpelen van de samenleving is echter geen reëel streven, waardoor ook het verschijnsel van complexe besluitvorming nooit volledig zal verdwijnen.

De tweede kanttekening betreft de ongrijpbaarheid van het fenomeen complexe besluitvorming. Weliswaar is in zekere mate de oorzaak van complexiteit te achterhalen, maar het is niet mogelijk om de grens voor complexiteit te bepalen. Hierdoor kan besluitvorming weliswaar worden versimpeld, maar is het nageenough onmogelijk vast te stellen wanneer besluitvorming niet langer complex is. Dit hangt ook samen met de afhankelijkheid van de verschillende factoren. Per besluitvormingsproces leidt een ander samenstel aan factoren mogelijk tot complexiteit. De versimpeling van factoren, zoals die hierna wordt voorgesteld, zal dan ook niet voor elk besluitvormingsproces relevant zijn. Niettemin zullen er besluitvormingsprocessen zijn die wel kunnen worden versimpeld, waardoor het behandelen van deze factoren van nut kan zijn.

3.1 Kennislacunes in de besluitvorming

Een veelgehoorde gemeenplaats is dat onze maatschappij risico-avers is. Veiligheid gaat voor alles. Wij, de burgers, dienen gevrijwaard te blijven van enig nadelig

¹⁷ Commissie-Elverding 2008, p. 4. Een vergelijkbare overweging is terug te vinden in het verslag van de Commissie Investeringsprojecten: 'Ook de maatschappelijke context en de feitelijke omgeving is wat ze is. De samenleving is de afgelopen decennia steeds complexer geworden.' Commissie Investeringsprojecten 2010, p. 14.

effect of gevolg van een ontwikkeling in onze omgeving. En mocht er toch iets fout gaan, dan is de overheid al snel de eerste partij waarnaar de beschuldigende vinger wijst.¹⁸ Het is in een dichtbebouwd en -bevolkt land als Nederland echter een illusie te verwachten dat wij gevrijwaard blijven van nadelige effecten van een ontwikkeling in onze omgeving. In het steeds vollere Nederlandse landschap hebben nieuwe activiteiten of veranderingen van bestaande activiteiten al snel een impact. In plaats van te streven naar het voorkomen van ieder effect of gevolg ligt daarom de focus op het beheersen hiervan.¹⁹ Oftewel de impact van een ontwikkeling of besluit in het licht van de positieve en negatieve effecten daarvan moet aanvaardbaar zijn te achten.

Om de hiervoor genoemde afweging te maken is het noodzakelijk om alle relevante kennis te vergaren.²⁰ De kennisvergaring is daarom een essentieel onderdeel van de besluitvorming. Dit belang is de ratio achter artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarin bestuursorganen worden verplicht tot kennisvergaring over de relevante feiten en af te wegen belangen. De uitkomst van de kennisvergaring biedt het bestuur vervolgens de mogelijkheid om de effecten van een te nemen besluit in en op waarde te schatten.

Deze kennisvergaring kan echter nooit tot honderd procent zekerheid over de effecten van een besluit of project leiden. Onzekerheid over bepaalde effecten van een besluit of project zal altijd blijven bestaan. Ook de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) brengt dit naar voren in het rapport 'Onzekere veiligheid. Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid'. De WRR analyseert de wijze waarop met risico's voor de fysieke veiligheid wordt omgegaan en concludeert dat er een omslag nodig is naar het werken met onzekerheden. Volgens de WRR is het voor zowel het bestuur als de samenleving in de brede zin onmogelijk om alle risico's van te voren te kennen en te mitigeren.²¹ Daarom moeten juist de onzekerheden centraal komen te staan en zo goed mogelijk worden vertaald in risico's. Deze vertaling kan naar haar aard echter nooit uitputtend zijn, nu de risico's zelf ook onzeker zijn. Het is dus onmogelijk om in besluitvorming met elk risico rekening te houden en dit weg te nemen.

Zoals ook door de WRR is geconstateerd, is er sprake van een kennislacune in de besluitvorming, die de besluitvorming compliceert. De gesignaleerde kennislacune heeft meerdere oorzaken.²² Drie oorzaken zijn (1) de afhankelijkheid van deskundigheid, (2) de afhankelijkheid van informatievoorziening door andere partijen en (3) wetenschappelijke ontwikkelingen. Deze oorzaken worden hierna beoordeeld op de mate waarin zij besluitvorming compliceren en vervolgens kunnen worden opgelost.

18 J. Engels, 'Zekerheid is een illusie', *Trouw* 11 mei 2012.

19 WRR, *Onzekere veiligheid. Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 17.

20 F.C.J. Neeffjes, R. Bal & P.B.M. Robben, 'Normontwikkeling door Thematisch Toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011-(2) 4, p. 10.

21 WRR 2008, p. 16.

22 Zie ook H. Woldendorp, 'Een magistrale schijnbeweging', *M&R* 2012, 8, voor een opsomming van de onzekerheden in de besluitvorming.

3.1.1 De afhankelijkheid van deskundige kennis

Eén oorzaak van de kennislacune is de noodzaak om deskundige kennis in huis te hebben. Er is steeds meer deskundigheid vereist om überhaupt bepaalde effecten te kennen en vervolgens deze effecten op waarde te kunnen schatten. Een deskundige heeft de kennis noodzakelijk om mogelijke effecten van een bepaalde handeling te signaleren. Vervolgens wordt veelal enkel een deskundige vertrouwd als het aankomt op de beoordeling van deze effecten. De meeste bestuursorganen hebben deze noodzakelijke deskundigheid niet in huis. Of zoals de voorzitter van de thans opgeheven Adviesraad Gevaarlijke Stoffen het verwoordde: 'Bovendien veronderstelt een gedegen veiligheidsbeleid ook kennis van terreinen die een gemeente lang niet allemaal in huis kan hebben: toxicologie en bestuursrecht, ruimtelijke ordening en risicoanalyse, proceschemie en werktuigbouwkunde.'²³ Veel bestuursorganen zijn door deze kennislacune afhankelijk geworden van externe deskundigheid. De externe deskundige legt vast welke effecten mogelijk zijn en wat de impact van deze effecten is. Voor een bestuursorgaan resteert dan nog een waardering van het deskundige advies: is dit advies bruikbaar en zijn de conclusies uit dit advies aanvaardbaar? Het is echter een veel voorkomend verschijnsel dat verschillende deskundigen er verschillende standpunten op nahouden. Welke meetmethode moet worden gebruikt, welke factoren moeten worden meegenomen in de beoordeling en hoe moeten de uitkomsten van het onderzoek worden gelezen?²⁴ De noodzaak om deskundige kennis in huis te hebben en eventuele discrepantie tussen deskundigen compliceren de besluitvorming, omdat onzekerheid ontstaat over de effecten van besluiten en daarmee onzekerheid in de weging van de belangen.

De noodzaak om bepaalde deskundigheid te bezitten compliceert besluitvorming, aangezien niet eenieder inzicht heeft in de mogelijke effecten van een besluit of project. Als de deskundigheid niet dan wel niet afdoende aanwezig is, dan ontstaat het risico dat bestuursorganen huiverig worden een besluit te nemen of een besluit nemen gebaseerd op een verkeerde veronderstelling van zaken. Vervolgens kan er echter discussie ontstaan over de deskundigheid zelf. Het staat niet altijd zonder meer vast welke partij als deskundig moet worden beschouwd en tussen deskundigen kan onderling discussie bestaan. Deze afhankelijkheid van deskundige kennis heeft geen positieve effecten voor de besluitvorming. Het uiteindelijk te nemen besluit wordt weliswaar beter naarmate de noodzakelijke deskundigheid aanwezig is, maar juist de noodzaak om deze deskundigheid te hebben vormt de complicerende factor.

De mate waarin deskundige kennis nodig is voor de besluitvorming hangt af van de mate waarin een onderwerp of materie technisch, biologisch, natuurkundig of op enige andere wijze ingewikkeld is. Het versimpelen van de materie zelf is niet mogelijk. Wel is het mogelijk om bij wet- of regelgeving te bepalen dat bepaalde materie niet bij de besluitvorming hoeft te worden betrokken. Een bepaling kan bijvoorbeeld vastleggen dat in de besluitvorming geen rekening hoeft te worden gehouden met de effecten van bepaalde gevaarlijke stoffen op de externe veiligheid. Daargelaten de juridische houdbaarheid van een dergelijke en vergelijkbare

23 A. Schreuder, 'Er is iets grondig mis met het denken over veiligheid', *NRC Handelsblad* 27 januari 2011.

24 Neefjes e.a. 2011, p. 10.

bepalingen vanwege internationale en Europese verplichtingen, heeft dit uitsluiten een negatief effect op de kwaliteit van besluiten. In de besluitvorming hoeft niet langer met alle effecten rekening te worden gehouden, waardoor de aanvaardbaarheid van een project of besluit afneemt. Risico's kunnen bijvoorbeeld op onaanvaardbare wijze toenemen. Het versimpelen van de materie of het uitsluiten ervan in de besluitvorming is dus mijns inziens geen mogelijke oplossing.

De realiteit is dan ook dat de noodzaak om deskundige kennis te hebben niet volledig kan worden weggenomen. Hierdoor moeten de besluitvormingsprocedures worden aangepast op deze afhankelijkheid. Het moet mogelijk worden geacht om de onzekerheid over deskundige kennis in de besluitvormingsprocedure te verminderen door keuzes te maken in de wet- en regelgeving. Bij wet- en regelgeving kan namelijk een invulling worden gegeven aan hetgeen in de besluitvormingsfase als deskundig kan worden beschouwd. In een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling kan bijvoorbeeld worden opgenomen welke methode voor meten of berekenen dient te worden gehanteerd, welk model moet worden toegepast of welke niveaus of waarden voor bepaalde effecten dienen te worden gehanteerd, al dan niet in een bandbreedte. Op vergelijkbare wijze kan in de wet- en regelgeving dan wel het beleid worden opgenomen welke partijen als deskundigen zijn aan te merken. Dit kan door een lijst bij te houden van de partijen die als deskundigen zijn aangewezen of door te werken met certificering.²⁵ Voor het toezicht kan bijvoorbeeld gewerkt worden met gecertificeerde bureaus.²⁶ Voor dergelijke certificering is natuurlijk wel weer regelgeving noodzakelijk, controle van de certificerende instantie en vertrouwen in de gecertificeerde bureaus.²⁷

Door in algemene regels keuzes te maken ten behoeve van deskundigheid, is in de besluitvorming geen afweging hieromtrent meer nodig. Het oordeel over de deskundigheid kan zich baseren op de wet- en regelgeving en daarmee sneller worden afgerond. Vervolgens is er in de besluitvormingsprocedure geen discussie mogelijk of een rechterlijk oordeel noodzakelijk. De onzekerheid over hetgeen als deskundig kan worden beschouwd vermindert doordat bepaalde aspecten van de ingewikkelde materie al zijn uitgewerkt. Er is in de besluitvorming geen discussie meer nodig over de meest wenselijke rekenmethode of na te streven niveaus en waarden. Hierbij is wel een goede motivering van de in de wet- en regelgeving gemaakte keuzes vereist, zodat in de besluitvormingsfase geen onzekerheden ontstaan over de houdbaarheid van de keuzes in het kader van exceptieve toetsing.

Het doel van de verlegging van deze keuzes naar een hoger niveau is dus het ontlasten van het besluitvormingsniveau. Aangezien in de wet- en regelgeving echter enkel keuzes kunnen worden gemaakt die algemeen toepasbaar zijn, moet op besluitniveau nog wel een nadere afweging plaatsvinden. Pas in de besluitvormingsfase kan immers duidelijkheid ontstaan over het te realiseren besluit of project en de daarmee samenhangende effecten. Voor de beoordeling van deze effecten is dan nog steeds de specifieke deskundigheid noodzakelijk. Vervolgens doet zich ook een belemmering van de algemene regels voor, namelijk

25 Zie ook commissie-Elverding 2008, p. 17.

26 Hetgeen in zekere mate gebeurt in de Gemeente Eindhoven bij de pilot om bouwvergunningen door gecertificeerde bedrijven te laten toetsen, zie 'Eindhoven laat toetsen vergunning aan markt', BB 24 mei 2012.

27 Zie ook M.A. de Bree, 'Hoe landelijke inspectiediensten omgaan met systeemtoezicht', Tijdschrift voor Toezicht 2010-(1) 3, p. 59 en 67.

de beperking in flexibiliteit van de besluitvorming. De toepassing van algemene regels betekent dat in de besluitvorming minder ruimte bestaat om bepaalde afwegingen te maken ten behoeve van een specifiek project. Hier wreekt zich het spanningsveld tussen de behoefte aan vooraf vastgelegde kaders en de wenselijkheid om flexibel te kunnen inspelen op de specifieke eisen van een project. Een mogelijke oplossing voor dit spanningsveld is om in de algemene regels een bepaling op te nemen die afwijking van deze regels mogelijk maakt, al dan niet onder specifieke voorwaarden. Dit geeft vervolgens wel weer meer onduidelijkheid in de besluitvormingsprocedures, al dan niet vanwege inspraak tegen besluiten, waardoor de besluitvorming compliceert.

Door middel van algemene regels is het dus niet mogelijk en soms ook niet wenselijk om de onzekerheid over deskundigheid volledig weg te nemen. Het probleem van de onzekerheid van deskundige kennis blijft dan ook bestaan. De vraag rijst of dit probleem verder kan worden verminderd als een bestuursorgaan de noodzakelijke deskundigheid intern ter beschikking heeft. Is er een verschil tussen het aantrekken van externe deskundigheid en het intern ter beschikking hebben van de deskundigheid en, zo ja, geeft dit verschil aanleiding om een voorkeur voor een van beide situaties te hebben?

Uit de Awb zelf volgt een verschil tussen het gebruik van interne en externe deskundigheid, namelijk de vergewisplicht van een extern advies (art. 3:9 Awb). Als een bestuursorgaan gebruikmaakt van een advies van een externe deskundige, dan moet het bestuursorgaan zich ervan vergewissen dat het onderzoek zorgvuldig is verricht. Bij een extern advies moet een bestuursorgaan weliswaar een extra overweging betreffende de vergewisplicht in het besluit opnemen, maar een essentieel verschil met het gebruik van interne deskundigheid zie ik echter niet. De inhoudelijke toets van interne en externe advisering is in grote mate gelijk, namelijk of het besluit kon worden gebaseerd op deze advisering. Ook rijst bij het gebruik van zowel interne als externe deskundigheid nogal eens de vraag naar de onafhankelijkheid hiervan. Bij interne advisering ontstaat het vermoeden van vooringenomenheid, terwijl bij externe advisering de adviseur wordt beschuldigd te veel te zijn gestuurd.

Overigens mag de aanname worden gedaan dat interne en externe advisering van een vergelijkbaar niveau kunnen zijn. Dit is in de praktijk veelal niet zo, omdat het niet loont om intern dezelfde mate van deskundigheid in huis te hebben als extern beschikbaar is. Dergelijke deskundigheid is namelijk slechts in enkele gevallen nodig, waardoor de investering in de interne deskundigheid niet loont. Pas als een ambtenaar de deskundigheid veelvuldig nodig heeft, is er voldoende aanleiding om deze deskundigheid in huis te willen hebben. De kosten-batenanalyse slaat dan door naar het in huis halen van de deskundigheid.

Een reden om wel voor interne deskundigheid boven externe deskundigheid te kiezen, ontstaat dus wanneer de desbetreffende ambtenaar werkzaamheden verricht die deze deskundigheid vereisen voor een goede uitvoering daarvan. Hierbij kan worden gedacht aan toezichthouders die ter plaatse van de werkzaamheden controles uitvoeren. Voor een goede controle is het vereist dat de toezichthouders afdoende kennis van zaken hebben om eventuele afwijkingen of fouten te vinden

en te beoordelen.²⁸ In dergelijke situaties bouwen de interne deskundigen ook dossierkennis op, die waardevol zal blijken te zijn voor toekomstige besluitvorming.

Geconcludeerd kan worden dat hoewel de afhankelijkheid van deskundige kennis in besluitvorming niet wordt verminderd door interne deskundigheid, dergelijke deskundigheid wel een positief effect kan hebben op de besluitvorming. Verder kan de afhankelijkheid van deskundigheid in een besluitvormingsprocedure wel worden verminderd indien in de wet- en regelgeving keuzes worden gemaakt over de invulling van deskundigheid. Niettemin blijft een deel van de afhankelijkheid resteren en daarmee besluitvorming compliceren.

3.1.2 De afhankelijkheid van andere partijen

Naast afhankelijkheid van deskundige kennis zijn bestuursorganen voor de besluitvorming ook afhankelijk van de informatie en kennis die bij andere partijen, zoals vergunninghouders, aanwezig zijn. Een bestuursorgaan heeft weliswaar de mogelijkheid om nadere informatie op te vragen of om een aanvraag af te wijzen als informatie onjuist of onvolledig is, maar moet hiertoe wel aanleiding zien. Als een bestuursorgaan geen aanleiding ziet om te twijfelen aan de volledigheid of juistheid van de informatie, dan kan vergunningverlening plaatsvinden op basis van onjuiste of onvolledige informatie. Bij toezicht speelt de afhankelijkheid van externe partijen bijvoorbeeld mee in de beoordeling van de risicovolle processen. De toezichthouder is voor de beschikbaarheid van relevante informatie mede afhankelijk van het te controleren bedrijf. Geeft het bedrijf wel volledig openheid van zaken over plaatsgevonden ongevallen of het aanwezig zijn van gevaarlijke stoffen in bepaalde hoeveelheden? En is het duidelijk hoe een productieproces verloopt en in welke stadia er risico's zijn? Hoe zijn deze risico's vervolgens verwerkt in de bedrijfsvoering? Voor de beantwoording van deze vragen is medewerking van het te controleren bedrijf essentieel. Fysieke controles ter plaatse kunnen weliswaar in enige mate bijdragen aan de kennisvergaring van een bestuursorgaan, maar zijn niet meer dan momentopnamen. De naleving van het onder toezicht staande bedrijf wordt op dat moment beoordeeld, maar eventuele overtredingen in het verleden of de toekomst hoeven hiermee nog niet ondervangen te worden. Dit geldt temeer bij het steeds meer gebruikte systeemtoezicht, waarbij de toezichthouder in beginsel uitgaat van vertrouwen op de correcte naleving en vooral beoordeelt of het desbetreffende bedrijf zijn systemen zo heeft ingericht dat eventuele risico's tot een minimum worden beperkt.²⁹ De fysieke controle van deze systemen beperkt zich grotendeels tot de beoordeling van de inhoud van documentatie.

De afhankelijkheid van andere partijen speelt bij toezicht ook een belangrijke rol vanwege de mogelijkheid om handhavend op te treden. Voor een effectief toezicht is een open relatie tussen de toezichthouder en de onder toezicht staande bedrijven belangrijk. Deze open relatie, die is gebaseerd op wederzijds vertrouwen, zorgt ervoor dat een toezichthouder de noodzakelijke informatie verkrijgt

²⁸ Zie voor een beschrijving van een dergelijke situatie De Bree 2010, p. 55, waar wordt opgemerkt dat voor de *compliance competence audit* niet afdoende is dat een toezichthouder op de hoogte is van wettelijke eisen en technische aspecten, maar ook in staat moet worden geacht om een goede audit uit te voeren.

²⁹ De Bree 2010, p. 51.

van de onder toezicht staande bedrijven. Als een bedrijf afdoende vertrouwen heeft in zijn relatie met de toezichthouder, dan is dit bedrijf ook bereid om melding te doen van eventuele overtredingen. Dergelijke overtredingen dienen dan niet gelijk te leiden tot handhavend optreden van de toezichthouder, maar kunnen wel aanleiding vormen om met het bedrijf in overleg te treden over de wijze waarop deze overtredingen in de toekomst niet meer plaats kunnen vinden. Op een zekere moment kan de toezichthouder echter van mening zijn dat het inzetten van handhavingsmiddelen wel noodzakelijk is. Niettemin kan de toezichthouder huiverachtig zijn deze middelen daadwerkelijk te gebruiken, vanwege de negatieve effecten op de vertrouwensrelatie met het desbetreffende bedrijf. Eventuele handhaving kan immers een negatieve reactie hebben op de bereidheid van een bedrijf om mee te werken aan de informatieverstrekking. Deze zogeheten handhavingsparadox toont de problematiek van de afhankelijkheid van andere partijen voor de verkrijging van de noodzakelijke informatie.³⁰

De afhankelijkheid van andere partijen leidt bij een bestuursorgaan tot een kennisachterstand. Dit compliceert de besluitvorming, omdat onzekerheid ontstaat over de volledigheid en juistheid van de gegevens en daarmee onzekerheid over mogelijke effecten van en gebreken in een besluit. Deze afhankelijke relatie heeft enkel negatieve gevolgen voor de besluitvorming.

Nu de afhankelijkheid volgt uit de kennisachterstand van het bestuursorgaan, dient eerst te worden bepaald of deze kennisachterstand kan worden verkleind. Als een bestuursorgaan dezelfde kennis in huis heeft als zijn wederpartij, dan verdwijnt de afhankelijke relatie. Volledige gelijkheid is hier echter niet mogelijk. Een bestuursorgaan kan enkel personen in dienst nemen die in zekere mate een gelijkwaardige kennis van zaken hebben, maar in de regel is deze kennis van algemene aard. Een bestuursorgaan kan niet van elke partij eenzelfde diepgaande kennis hebben als binnen deze partij aanwezig is. De specifieke kennis van zaken over de ins en outs van een bedrijf kan niet zonder behulp van dit bedrijf en de daar werkzame mensen bij een bestuursorgaan komen. Door afdoende kennis bij ambtenaren kan de afhankelijkheid ten opzichte van een externe partij wel verminderen. Zo heeft een deskundige ambtenaar eerder inzicht in gebreken in de informatievoorziening en kan daardoor eerder aanvullende informatie opvragen. Door het kennisniveau van een bestuursorgaan gelijkwaardig te maken aan het kennisniveau van de wederpartij kan de besluitvorming dus kwalitatief verbeteren.

In de praktijk is het belang van afdoende op hun taak berekende ambtenaren al vaker naar voren gebracht, veelal naar aanleiding van gebeurtenissen die een gebrekkigheid van het ambtelijk apparaat aantoonde. Naar aanleiding van de brand bij Chemie-Pack te Moerdijk in januari 2011 is er gekeken naar mogelijkheden om een dergelijke calamiteit in de toekomst te voorkomen. Verschillende partijen hebben erop gewezen dat het toezicht op bedrijven die vallen onder het BRZO weliswaar is verplaatst naar gemeentelijk niveau, maar dat deze gemeenten niet de capaciteit hebben om dit toezicht adequaat uit te voeren. Er wordt opgemerkt dat veel lagere overheden niet de noodzakelijke kennis in huis hebben over gevaarlijke stoffen, waarbij ook nog wordt gewezen op innovaties waardoor deze

³⁰ De Bree 2010, p. 56.

kennis voortdurend verandert.³¹ Ook zou veel bestaande kennis en kunde verdwijnen, waardoor de toezichthouders minder goed kunnen inschatten wanneer tot handhaving over moet worden gegaan.³² Er wordt benadrukt dat enkel als ambtenaren zelf afdoende op hun taak berekend zijn, zij zich onafhankelijk kunnen opstellen jegens andere partijen en de informatievoorziening van deze partijen kunnen controleren en op waarde schatten.³³

Met een gelijkwaardig kennisniveau komt echter niet alle afhankelijkheid van externe partijen te vervallen. Op de resterende afhankelijkheid dient een bestuursorgaan zijn organisatie af te stemmen, zodat rekening wordt gehouden met deze afhankelijkheidsrelatie. Door de interne organisatie af te stemmen op de wetenschap dat een bepaalde afhankelijkheid bestaat, kan de negatieve impact van deze afhankelijkheid worden beperkt. Een actieve houding ten opzichte van de afhankelijkheid kan ook tot een efficiënte inzet van de beschikbare middelen leiden.

Een voorbeeld van zowel het aanpassen van de eigen organisatie op de afhankelijkheid als het onderhouden van de goede relatie is terug te vinden in de aanbevelingen uit de Evaluatie Energiewetgeving. Een aanbeveling is om meer flexibiliteit te bieden in de energiewetgeving.³⁴ Als mogelijkheid wordt gewezen op het toezicht van kwaliteits- en capaciteitsdocumenten (KCD). Deze KCD's moeten op grond van de wet iedere twee jaar worden opgesteld. In deze documenten staat onder meer de wijze waarop netbeheerders de kwaliteit van hun elektriciteits- en gasnetten beheren. De NMa houdt toezicht op deze KCD's. De betrokken partijen hebben aangegeven dat zowel het opstellen van deze documenten als het toezicht tot hoge lasten leiden. Om deze lasten te verminderen stelt de Evaluatie voor om de frequentie van het opstellen van de KCD's binnen een bepaalde bandbreedte te flexibiliseren. De uiteindelijke frequentie is vervolgens door de NMa te bepalen, waarbij de handelwijze van de desbetreffende netbeheerder een rol speelt. De netbeheerders kunnen door serieus werk te maken van de kwaliteitsprocessen en de rapportage daarover het vertrouwen van de NMa verdienen en daarmee aan minder toezicht worden onderworpen. De NMa past zich op deze wijze aan aan de afhankelijkheid van de netbeheerders. Ten eerste bestaat er voor de netbeheerders een stimulans om naar eer en geweten mee te werken aan de toezichtstaak van de NMa. Ten tweede kan de NMa haar beperkte middelen, waaronder de beschikbare deskundigheid, inzetten bij de grootste probleempunten.

Door het eigen kennisniveau op orde te hebben, de organisatie aan te passen en een goede relatie op te bouwen, kan een bestuursorgaan zijn afhankelijkheid mitigeren. De kern van het probleem, namelijk de afhankelijkheid zelf, blijft echter bestaan. Deze resterende afhankelijkheid kan mogelijk wel via de wet- en regelgeving en de inzet van de beschikbare juridische middelen verder worden ingekaderd. Hierbij dienen de normen enerzijds te stimuleren tot medewerking en anderzijds afdoende afschrikking te bieden op het moment dat geen medewerking wordt verleend. De consequenties voor het niet verschaffen van essentiële

31 A. J. Schreuder, 'Er is iets grondig mis met het denken over veiligheid', *NRC Handelsblad* 27 januari 2011.

32 Zie ook emeritus hoogleraar milieukunde Lucas Reijnders van de UvA in N. de Groot & L. van Heel, 'Chemiebedrijven spotten massaal met regelgeving', *Algemeen Dagblad* 18 juli 2012.

33 Het opzetten van de Regionale Uitvoeringsdiensten kan een belangrijke bijdrage leveren aan het oplossen van dit probleem, indien deze diensten afdoende middelen ter beschikking krijgen.

34 NMa 2012, p. 6.

informatie dienen dusdanig ernstig te zijn dat dit gedrag in vergaande mate wordt ontmoedigd. De meest sprekende voorbeelden zijn het weigeren van een aangevraagde vergunning of de intrekking van een al verleende vergunning, waarbij ook de bevoegdheden om nadere informatie op te vragen van belang zijn.

Eventuele negatieve effecten van de genoemde oplossingsrichtingen zijn de financiële consequenties en de mogelijkheid van de handhavingsparadox. Het op niveau brengen en houden van het eigen kennisniveau vereist investeringen in de eigen mankracht, zowel in omvang als in kwaliteit. Ook het aanpassen van de organisatie op de afhankelijkheid vergt financiële middelen, maar hierdoor kunnen ook middelen vrijkomen. Verder wijzen partijen die zijn betrokken bij toezicht veelal op het adagium dat toezicht weliswaar niet goedkoop is, maar het hebben van een ongeluk velen malen duurder zal zijn.³⁵ Het investeren in het eigen kennisniveau dient de besluitvorming te versimpelen, waardoor besluiten beter zijn en sneller kunnen worden verkregen. Projecten kunnen sneller worden gerealiseerd en mogelijke ongevallen met risicovolle inrichtingen worden voorkomen. De financiële consequenties voor de maatschappij van het versterken van het eigen kennisniveau hoeven dan ook niet volledig negatief te zijn.

De handhavingsparadox is inherent aan de afhankelijkheidsrelatie in het toezicht. Op het moment dat wordt geïnvesteerd in een vertrouwensrelatie en deze relatie dient om de noodzakelijke kennis van een onder toezicht staand bedrijf te krijgen, dan speelt op enig moment de vraag of ingrijpen deze vertrouwensrelatie kan schaden. Deze handhavingsparadox maakt het noodzakelijk om goed te balanceren tussen de vertrouwensrelatie en de eigen rol van het bestuursorgaan. De vertrouwensrelatie mag niet doorslaan naar vriendjespolitiek. De rolverdeling tussen het bestuursorgaan en een derde partij moet professioneel en daardoor in zekere mate afstandelijk blijven, zodat onafhankelijkheid en neutraliteit geborgd blijven. Er moet daarom worden voorkomen dat de relaties tussen deze partijen te verstrengeld raken. Het bestaan van financiële afhankelijkheid of wederzijdse persoonlijke belangen dient te worden beperkt tot een absoluut minimum. Als de relaties tussen het bestuursorgaan en de derde partijen te innig zijn, dan bestaat het risico dat handelen vanuit het bestuursorgaan achterwege blijft terwijl zeer wel aanleiding voor handelen bestaat.

Geconcludeerd kan worden dat het vergroten van de eigen deskundigheid van een bestuursorgaan naar het niveau van vergunninghouders/-aanvragers de besluitvorming kan versimpelen. Niet alleen zorgt dit voor een versnelling van de besluitvorming, maar de kwaliteit van de besluitvorming verbetert ook. Deze conclusie wijkt echter af van de huidige (politieke) tendens om het toezicht terug te brengen en een sector of markt meer eigen controle te laten verrichten. Dit uitgangspunt leidt ertoe dat toezichthouders met minder middelen hun werk dienen te verrichten. Het terugbrengen van de beschikbare middelen kan echter een kritisch punt overschrijden waarna een toezichthouder zijn werkzaamheden niet meer kan (afdoende) kan verrichten. Dit kan vervolgens de besluitvorming compliceren, omdat de noodzakelijke deskundigheid ontbreekt.

35 'Toezichthouder is te klantvriendelijk', NRC Handelsblad 22 augustus 2012, waarin de milieuschade van de brand bij Chemie-Pack afdoende werd geacht voor enkele decennia inspecties.

3.1.3 Wetenschappelijke ontwikkelingen

Een derde oorzaak voor kennislacunes is gelegen in ons voortschrijdend inzicht in de wereld om ons heen. Onze kennis en kunde is continue in ontwikkeling. We leren steeds meer over onze omgeving en de effecten die ons handelen erop heeft. Nieuwe uitvindingen kunnen tot nieuwe effecten voor de leefomgeving leiden waarmee voorheen geen rekening is of kon worden gehouden. Deze effecten kunnen ook steeds beter bepaald en gemeten worden. Internet heeft ons bijvoorbeeld veel nieuwe mogelijkheden geboden. Naarmate de maatschappij afhankelijker is geworden van internet zijn de risico's bij eventuele problemen, zoals cyberaanvallen, echter ook toegenomen. Wetenschappelijke vooruitgang kan dus meer mogelijkheden bieden, maar ook nieuwe onzekerheden creëren.

De gevolgen van het voorgaande voor de complexiteit van besluitvorming kan worden geïllustreerd aan de hand van de ontwikkelingen in de kennis van de effecten van *offshore* windparken. Ten tijde van de besluitvorming voor het eerste grootschalige windpark, zijnde het *near shore* windpark bij Egmond aan Zee, was er weinig tot geen ervaring met dergelijke plannen. Er was hierdoor weinig kennis beschikbaar over de mogelijke effecten van de bouw en de exploitatie van een windpark voor de visstand en vogels. Deze effecten dienden echter inzichtelijk te zijn voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van dit initiatief. Uiteindelijk is ervoor gekozen om het windpark te onderwerpen aan een monitoring- en evaluatieprogramma, waardoor gedurende de exploitatie van het windpark wordt gekeken naar de milieueffecten. Als deze monitoring tot de conclusie zou leiden dat het windpark onacceptabele effecten op onder andere de visstand en vogels zou hebben, dan zou dit in het uiterste geval kunnen leiden tot verwijdering van het windpark. Deze monitoring heeft geleid tot onderzoeksresultaten, die vervolgens weer zijn gebruikt in de onderbouwing van besluitvorming voor nieuwe windparken.³⁶ Op deze wijze wordt de onbekendheid met bepaalde effecten teruggebracht en komt vervolgens de afhankelijkheid van deskundige kennis naar voren.³⁷

Wetenschappelijke vooruitgang compliceert besluitvorming op het moment dat nieuwe kennis of mogelijkheden nog niet volledig op waarde kunnen worden geschat. Zodra nieuwe ontwikkelingen wel afdoende kenbaar en hanteerbaar zijn voor besluitvorming, dan ontstaat de hiervoor besproken afhankelijkheid van deskundige kennis. Zolang de effecten van nieuwe ontwikkelingen echter niet voldoende zijn uitgekristalliseerd, is het betrekken van deskundigen ten behoeve van de effectbeoordeling niet afdoende mogelijk. Ook deze deskundigen hebben dan te weinig kennis. De besluitvorming kan hierdoor worden vertraagd, aangezien het betrokken bestuursorgaan onzeker is over de wijze waarop met de nieuwe ontwikkelingen moet worden omgegaan. Vervolgens kunnen tegenstanders deze onduidelijkheid aangrijpen in procedures tegen besluiten.

Een mogelijkheid om de discussie over nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen gedurende de besluitvormingsprocedure buiten de deur te houden ligt in de wet- en regelgeving. Hierin kan worden bepaald tot welk moment nog nieuwe informatie in de besluitvorming wordt betrokken. Dit is al in zekere mate geregeld in de wijze waarop na beslissing op bezwaar nieuwe feiten en omstandigheden niet alsnog hoeven te worden betrokken (*ex tunc*). In gerechtelijke procedures

³⁶ ABRvS 23 mei 2012, LJN BW6340.

³⁷ Dit systeem wordt ook wel aangeduid als het 'hand aan de kraan'-principe.

tegen besluiten blijkt deze regel echter zelden aanleiding te vormen om niet als-nog te wijzen op nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen. Appellanten komen niettemin met nieuwe onderzoeken of wijzen op nog niet beproefde technieken, waarna veelal toch nog een inhoudelijke discussie plaatsvindt.

Een andere mogelijkheid betreft het in wet- en regelgeving aangeven van het moment waarop nieuwe ontwikkelingen dusdanig zijn uitgekristalliseerd dat er afdoende 'comfort' bestaat om dit in de besluitvorming te betrekken. Deze mogelijkheid is vooral nodig voor wetenschappelijke ontwikkelingen die al gaande zijn voorafgaand aan de vaststelling van het besluit, maar die niettemin nog niet afdoende zijn uitgekristalliseerd. Als voorbeeld wijs ik op de actualiseringsplicht van omgevingsvergunningen voor inrichtingen van de Richtlijn inzake industriële emissies (RIE).³⁸ Deze actualiseringsplicht bepaalt dat binnen vier jaar nadat nieuwe conclusies beschikbaar zijn over hetgeen als Best Beschikbare Technieken (BBT) moet worden beschouwd, beoordeeld moet worden of een verleende omgevingsvergunning voor een inrichting aan deze nieuwe conclusies voldoet. Zo niet, dan actualiseert het bevoegd gezag de vergunning.³⁹ Indien correct uitgevoerd, biedt deze aanpak de mogelijkheid om discussies over de mate waarin een inrichting *up-to-date* is te ondervangen. Mogelijke handavingsverzoeken tegen een inrichting zijn makkelijker te weerleggen als kan worden aangetoond dat de relevante vergunningen zijn getoetst aan de nieuwe BBT's en de inrichting zelfs aan de laatste BBT's is aangepast. In zekere mate kan het tijdig en afdoende meenemen van nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen besluitvorming versimpelen, mits deze ontwikkelingen afdoende uitgekristalliseerd zijn.

Samenvattend zie ik twee oplossingen voor de kennislacune veroorzaakt door nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen. Nieuwe ontwikkelingen hoeven na een bepaald punt in de besluitvormingsprocedure niet meer in de besluitvorming te worden betrokken en in wet- en regelgeving kan worden aangegeven wanneer bepaalde wetenschappelijke ontwikkelingen wel afdoende zijn uitgekristalliseerd. Beide opties zullen niet voorkomen dat discussie wordt gevoerd over hetgeen als bruikbare technieken wordt gezien. Niettemin kunnen deze oplossingen een bijdrage leveren aan het sneller afsluiten van een dergelijke discussie.

3.2 Wijzigingen in het juridische kader

De mate waarin de uitkomst van een besluitvormingsproces is te voorzien, wordt in belangrijke mate bepaald door het regelgevende kader dat van toepassing is op dit proces. Dit kader geeft de voorwaarden waarbinnen besluiten genomen kunnen worden. Deze voorwaarden kunnen strikt worden geformuleerd, waardoor geen nadere invulling in besluitvorming nodig is, of ruim worden geformuleerd, waarna nog wel nadere invulling dient plaats te vinden.⁴⁰ Met beleid kan een bestuursorgaan vervolgens nog invulling geven aan de wijze waarop met de

38 Richtlijn 2010/75/EU inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging).

39 De implementatie van deze bepaling uit de RIE vindt plaats in art. 5.10, tweede lid, Bor, zie Stb. 2012, 552.

40 Zie voor beleidsvrijheid onder meer Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 140 e.v.

ruimer geformuleerde voorwaarden kan worden omgegaan. Beleid biedt bijvoorbeeld een invulling van open normen of schrijft voor welke voorschriften verbonden worden aan besluiten.⁴¹ Door het opstellen van beleid kan de voorzienbaarheid van de uitkomst van besluitvorming worden vergroot, waarbij uiteraard moet worden opgemerkt dat enkel het bestuursorgaan wordt gebonden door eigen beleid en gemotiveerd afwijken een mogelijkheid blijft. Regelgeving en beleid vormen niettemin het kader waarbinnen de voorzienbaarheid van besluitvorming wordt bepaald, doordat deze aspecten inzicht bieden in de mogelijke uitkomst van een besluitvormingsproces.

De maatschappij stemt het eigen handelen en nalaten dus ook in grote mate af op de regelgeving en het beleid. Dit kader bepaalt immers de juridische mogelijkheden voor het verkrijgen van bepaalde besluiten. Om te bepalen welke juridische hobbels er misschien in de toekomst liggen, vormt een analyse van het juridische kader daarom veelal een onderdeel van het voortraject van een project. Deze analyse geeft inzicht in de slagingskansen en probleempunten in de realisatie van het project. Als er sprake is van een helder kader van regelgeving en beleid, waarbij zoveel mogelijk keuzes en opties al zijn ingevuld, dan kan deze analyse alvast een zekere uitkomst van het besluitvormingsproces geven. Bij ingewikkelde materie of projecten gaat dit niet zover dat bij voorbaat volledige duidelijkheid ontstaat. Niettemin biedt een stabiel en inzichtelijk kader meer basis voor een analyse en concrete uitkomst daarvan.

Gezien het belang van het regelgevende kader voor het handelen en nalaten van partijen is het noodzakelijk om bij eventuele wijzigingen hiervan rekening te houden met negatieve effecten op de inzichtelijkheid van de besluitvormingsprocedure. Als partijen hun handelingen afstemmen op het regelgevende kader, hebben wijzigingen in dit regelgevend kader immers invloed op dit handelen.⁴² Wijzigingen van het juridische kader kunnen dan ook negatieve neveneffecten hebben, als niet voldoende is gekeken naar mogelijke gevolgen. Dit risico is onder meer opgenomen in het Integrale Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK).⁴³ Dit beleidsinstrument biedt de stappen die de rijksoverheid dient te nemen bij het opstellen van nieuw beleid en regelgeving. Een van de stappen is de beoordeling van de gevolgen, zowel de bedoelde gevolgen als de onbedoelde, en mogelijk ongewenste, neveneffecten. Vervolgens moet in de wijziging zelf nog worden gekeken naar de noodzaak om overgangsregelingen op te nemen, conform de Aanwijzingen voor de regelgeving. De Aanwijzingen bepalen onder meer dat bij het opstellen van een wijziging of nieuwe regeling ook gekeken moet worden naar de mogelijke noodzaak voor het opnemen van overgangsrechtelijke bepalingen. Ondanks instrumenten zoals het IAK en de Aanwijzingen kan worden opgemerkt dat bij het wijzigen van regelgeving of beleid de gevolgen voor bestaande situaties of de mogelijke gevolgen op de korte termijn veelal onderbelicht blijven.

Ter illustratie een voorbeeld van een beleidswijziging die vooralsnog besluitvorming compliceert. Voor de realisatie van grote windparken op het land heeft het Rijk beleid geformuleerd, waarin onder meer de beoogde omvang van de

41 Art. 4:81 Awb e.v.

42 Zie voor het overgangsrecht uitgebreid Tijd voor verandering. *Over overgangsrecht* (Preadviezen Vereniging voor bestuursrecht 148), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

43 Kamerstukken II 2009/10, 31 731, nr. 6.

elektriciteitsproductie door deze windparken is opgenomen. Mede op basis van dit rijksbeleid, opgenomen in thans de Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte (SVIR) en voorheen in de Nota Ruimte, hebben verschillende provincies gebieden aangewezen waar de grote windparken kunnen worden gebouwd.⁴⁴ De besluitvorming voor deze windparken valt via de Elektriciteitswet 1998 onder de rijkscoördinatie-regeling (RCR) van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). Er bestaat in belangrijke mate afstemming tussen het Rijks- en provinciale beleid. Niettemin was er ook grote weerstand tegen het daadwerkelijk realiseren van bepaalde plannen, zowel op gemeentelijk als provinciaal niveau. Deze weerstand heeft ertoe geleid dat de Tweede Kamer een motie heeft aangenomen waarin de regering werd verzocht om de RCR voor de windparken stop te zetten gedurende zes maanden.⁴⁵ In deze periode dient de regering te komen tot nieuw beleid voor windparken op land en afspraken te maken met de provincies over de locaties voor de parken. Dit nieuwe beleid moet worden vastgelegd in een structuurvisie voor windparken op land (SWOL).⁴⁶ Deze motie heeft geleid tot nieuwe beleidsregels ter uitwerking van de aanhouding van nieuwe en lopende RCR-projecten.⁴⁷ De motie en het nieuwe beleid hebben tot onduidelijkheid over de voortgang van lopende projecten in de al bestaande provinciale zoekgebieden geleid. Konden deze projecten doorgaan vooruitlopend op het nieuwe beleid of niet? Overigens gaat het hier niet enkel over projecten waarvoor al besluitvorming door een bestuursorgaan plaatsvindt, maar ook over projecten die in de voorbereidingsfase daarop verkeren, zoals het verrichten van onderzoek noodzakelijk voor de vergunningaanvragen. In een recent gepubliceerde kennisgeving van het voornemen om de SWOL op te stellen staat dat deze projecten voorsnog met toepassing van de RCR doorgaan, maar dat ook voor deze projecten de vast te stellen SWOL als toetsingskader gaat gelden. Kan dit impliceren dat de al lopende projecten alsnog niet worden opgenomen in de SWOL en zo ja, moeten deze projecten dan alsnog worden gestopt? Oftewel, de politiek afgedwongen wijziging van het beleid heeft onduidelijkheid en onzekerheid gecreëerd voor de al lopende projecten.⁴⁸

Deze door de Tweede Kamer afgedwongen beleidswijziging leidt ertoe dat de lopende besluitvorming voor de grote windparken complexer wordt. De uitkomst van de besluitvorming is door het moratorium en de nog onduidelijke gevolgen van de SWOL onzekerder geworden. Hiervoor kwamen al vragen op over de realisatiemogelijkheden van de lopende projecten. Deze onzekerheid zorgt nu voor vertragingen in het project, aangezien de aanvragen langer op zich laten wachten en besluitvorming langer duurt. Dit leidt uiteraard tot kosten vanwege de vertraging zelf, maar ook tot kosten voor juridische advisering over deze situatie. Verder kan de juridische houdbaarheid van toekomstige besluiten negatief geraakt worden door de onduidelijkheid over de relatie tussen de SWOL en de al lopende projecten.

44 Zie voor de SVIR de bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 32 660, nr. 50.

45 Kamerstukken II 2011/12, 23 023, nr. 134.

46 Zie voor meer informatie over de SWOL: <www.centrumpp.nl/projecten/alle_procedures/windenergie_op_land__2012_.aspx>.

47 Regels voor de aanhouding van meldingen als bedoeld in art. 9b, derde lid, Elektriciteitswet 1998.

48 Zie voor een uitgebreide analyse van gevolgen van beleidswijzigingen H.E. Bröring, 'Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen', in: *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht* (Preadviezen Vereniging voor bestuursrecht 148), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 64-122.

De uitkomst van de SWOL kan mogelijk zo ver gaan dat al opgestarte projecten geen doorgang kunnen vinden of enkel in zeer gewijzigde vorm nog medewerking krijgen. Dit betekent kapitaalvernietiging, omdat al eerder gedane investeringen in deze projecten zinloos worden. Vervolgens rijst de vraag naar eventueel gewekt vertrouwen en recht op schadevergoeding. Uiteraard hangt het voorgaande af van de uiteindelijke nieuwe structuurvisie en wijze waarop rekening is gehouden met effecten op de lopende projecten. De onzekerheid die nu al is ontstaan vanwege de plotsklapse wijziging in het beleid wordt daarmee echter niet teniet gedaan.

Het belang van bestendig beleid op dit terrein is ook ter sprake gekomen tijdens de nationale Winddag 2012, die jaarlijks wordt georganiseerd door de Nederlandse Windenergie Associatie (NWEA).⁴⁹ Op deze informatiedag voor de windsector gingen enkele sprekers afkomstig van energiebedrijven in op het beleid voor windenergie in de landen om Nederland heen. Vooral Duitsland werd geroemd om zijn degelijke en bestendige beleid op dit gebied. Door sinds 2000 een bestendige en heldere beleidslijn te voeren ten aanzien van duurzame energieproductie, heeft Duitsland de realisatie van windparken op land en op zee gestimuleerd. Dit land loopt hierdoor ver voor op Nederland. De sprekers hechtten hierbij dus zeer aan de duidelijkheid die beleid kan scheppen. Marktpartijen en het bevoegde gezag in Duitsland konden met dit beleid in de hand aan de gang gaan. Oftewel, het Duitse beleid versimpelde de besluitvorming en daarmee kwamen projecten sneller tot stand.

Het voorgaande voorbeeld van het beleid voor de realisatie van windparken op land toont het belang van bestendigheid aan. Als beleid bestendig en duidelijk is, dan kan het een belangrijke bijdrage leveren aan minder complexe besluitvorming vanwege de versterking van de voorzienbaarheid. Ondoordachte en onverwachte wijzigingen van beleid kunnen echter leiden tot extra complexiteit in de besluitvorming, omdat de voorzienbaarheid wordt geschaad. Eenzelfde redenering geldt voor wijzigingen van wet- en regelgeving die niet afdoende rekening houden met de gevolgen voor lopende dan wel toekomstige besluitvormingsprocedures.

Deze onzekerheid over gevolgen van wijzigingen in wet- en regelgeving dan wel beleid kan bij partijen gedurende lange tijd bestaan. Deze onzekerheid werkt paralyserend, aangezien mensen geen of weinig stappen nemen zolang geen duidelijkheid over de gevolgen hiervan bestaat. Voor de besluitvorming betekent een dergelijke onzekerheid dat partijen in afwachting blijven van het starten van nieuwe projecten dan wel lopende projecten stopzetten. Door Florijn wordt dit adequaat omschreven: 'Zeker in omvangrijke projecten zoals besluitvorming op het terrein van de ruimtelijke ordening, kunnen nieuwe regels zorgen voor ingewikkelde problemen die, als er onvoldoende aandacht is besteed aan het overgangsrecht en de inwerkingtreding, tot lastige procedures, hoge kosten en teleurstellende uitkomsten kunnen leiden.'⁵⁰

Een aspect van deze onzekerheid betreft de periode van onduidelijkheid over de uitleg van de nieuwe regels. Pas na toepassing van de regels en mogelijke uitleg door een rechter ontstaat weer zekerheid over de toepassing in de praktijk. Een illustratie biedt de invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Deze regeling integreert verschillende oude vormen van toestemming in

49 Zie voor meer informatie: <www.nwea.nl/winddag-2012>.

50 Florijn 2010, p. 10.

één omgevingsvergunning. Hoewel de beoordelingskaders voor de verschillende activiteiten waar nu een omgevingsvergunning voor nodig is veelal gelijk zijn gebleven, ontstond er niettemin onduidelijkheid over de mate waarin de toepassing van de kaders onder de nieuwe Wabo ook daadwerkelijk gelijk bleven. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich bijvoorbeeld moeten buigen over de uitleg van de besluitonderdelen onder de Wabo. Ten tijde van de oude milieuvergunningen op grond van de Wet milieubeheer (Wm) werden de verschillende milieucategorieën gezien als aparte besluitonderdelen. Deze aanpak is komen te vervallen voor de nieuwe omgevingsvergunningen voor inrichtingen, waarin de milieuvergunningen zijn omgezet.⁵¹ Het is prijzenswaardig dat de Afdeling bestuursrechtspraak dit verschil ten opzichte van de oude situatie tijdig naar voren brengt in een uitspraak waarin dit juridische punt niet ter discussie stond, maar niettemin illustreert het voorbeeld de onduidelijkheid die kan ontstaan na wijziging van wet- en regelgeving. Blijft de oude jurisprudentie relevant of zorgt een toekomstige uitspraak voor verassingen?

De gemene deler in de voorgaande beschrijving van negatieve gevolgen van wijzigingen van wet- en regelgeving en onderliggend beleid is de onduidelijkheid die ontstaat bij lopende en toekomstige besluitvormingsprocedures. Het uitsluiten van iedere wijziging in wet- en regelgeving of beleid is uiteraard onmogelijk en onwenselijk, al was het maar omdat versimpeling van besluitvorming soms een wijziging van regelgeving of beleid nodig heeft. Het tot stand brengen van een wijziging dient dan wel rekening te houden met de gevolgen hiervan voor lopende en toekomstige besluitvormingsprocedures. Als de beoogde wijziging is geformuleerd, dan kan vervolgens een analyse van de effecten van deze wijziging worden uitgevoerd. In theorie kan deze analyse ver gaan, aangezien tot in redelijk detailniveau de gevolgen per besluitvormingsproces te bepalen zijn. Dit is echter praktisch gezien niet wenselijk, aangezien de tijd en energie die voor een dergelijke analyse nodig zijn waarschijnlijk niet opwegen tegen de winst in de besluitvormingsprocedures. In plaats daarvan kan worden volstaan met een meer globale analyse van de gevolgen, op basis waarvan weer eventuele aanpassingen aan de geformuleerde wijzigingen kunnen worden gemaakt. De onzekerheden dan wel onduidelijkheden die op basis van de analyse te verwachten zijn, kunnen worden aangestipt en zoveel als redelijkerwijs mogelijk door middel van overgangsrecht of een nadere toelichting worden aangepakt. Op deze wijze kunnen in zekere mate de negatieve effecten van wijzigingen op de besluitvormingsprocedures worden ondervangen.

Het voorgaande vereist wel tijd en middelen om de analyse uit te voeren en de bereidheid om de uitkomst van de analyse te gebruiken. Beide factoren willen nog wel eens tekortschieten in de totstandkoming van wijzigingen, waardoor de effecten hiervan niet goed bepaald zijn en onvoorziene dan wel onwenselijke neveneffecten kunnen optreden. Zo kan het politieke streven naar snelheid tijdsdruk doen ontstaan, zoals het voorbeeld van het beleid voor windparken toont. Een nadelig bijeffect van overhaaste wijzigingen is de mogelijke noodzaak om weer wijzigingen door te voeren ter reparatie van de gebrekkige eerdere wijzigingen. Het nemen van de nodige tijd en ruimte voor een gedegen analyse van

51 ABRvS 9 maart 2011, JB 2011/91.

de gevolgen van wijzigingen in het juridische regime kan in de toekomst dus op twee manieren tijdswinst opleveren, namelijk (1) doordat lopende en toekomstige besluitvormingsprocedures niet onnodig worden gecompliceerd en (2) reparatieregelingen niet nodig zijn.

Ook als er afdoende tijd en middelen beschikbaar zijn voor een analyse van de gevolgen van een wijziging van het juridische kader zal het niet mogelijk zijn om alle negatieve effecten te zien en te ondervangen. Uiteindelijk dient een wijziging eerst in de praktijk te worden toegepast, voordat er volledige duidelijkheid is over de gevolgen van deze wijziging. Dit betreft bijvoorbeeld duidelijkheid over de toepasselijkheid van oude jurisprudentie. Een andere mogelijkheid voor negatieve effecten ligt in de onduidelijkheid die bestaat gedurende het opstellen van de wijziging. Het politieke debat over een beoogde wijziging kan al zijn schaduw vooruit werpen, waardoor verlamming in de besluitvormingsfase optreedt voordat een wijziging tot stand is gekomen. Dit is tevens een keerzijde van de gestelde noodzaak aan tijd en ruimte voor de beoordeling van de wijzigingen. Een langere voorbereiding leidt dan tot een langere periode van onduidelijkheid en onzekerheid. Het streven is echter om in de voorbereiding van de wijziging te voorkomen dat in de besluitvormingsprocedures onnodige vertraging optreedt. Indien dit streven slaagt, dan is eventuele vertraging gedurende de voorbereiding te accepteren.

Samenvattend dient bij het uitvoeren van wijzigingen van politieke of beleidsmatige doelstellingen rekening te worden gehouden met de gevolgen hiervan voor lopende en toekomstige besluitvormingsprocessen. Hiertoe dienen afdoende tijd en middelen ter beschikking te worden gesteld om de gevolgen te beoordelen en vervolgens te mitigeren. Bij het opstellen van nieuwe wet- en regelgeving betekent dit bijvoorbeeld een analyse van de gevolgen en het daarop afstemmen van overgangsregelgeving. Weliswaar zal het niet mogelijk blijken te zijn om ieder negatief effect op de besluitvorming te voorkomen, maar hiermee wordt onnodige complexiteit van besluitvorming als gevolg van overhaaste en slordige wijzigingen voorkomen.

3.3 **Inspraakmogelijkheden**

De mate waarin partijen inspraak hebben op besluiten staat regelmatig ter discussie. Bedrijfsleven, politiek en bestuurders mopperen over nut en noodzaak van het bieden van inspraak en rechtsbescherming. Werkt dit niet onnodig vertragend voor de verdere ontwikkeling van de BV NL? Onderwerp van discussie is bijvoorbeeld de hoeveelheid partijen die aan het geding deelnemen. Een sprekend en niet onomstreden uitkomst van een dergelijke discussie vormt het relativiteitsvereiste in de Crisis- en herstelwet (Chw) en mogelijk in de toekomst het algemene bestuursprocesrecht.⁵² Als tegenreactie op de omvang van partijen in gedingen en de ruimte die deze partijen hebben om gronden ter vernietiging van een besluit aan te voeren, biedt het relativiteitsvereiste ruimte om bepaalde gronden niet tot vernietiging te laten komen. Een rechter hoeft met deze bepaling in de hand niet langer een besluit te vernietigen als de belanghebbende niet wordt

52 Wet aanpassing bestuursprocesrecht, Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 2.

beschermd door de norm waarop een beroep wordt gedaan. Met de relativiteitseis is de besluitvorming versimpeld, omdat minder partijen aanleiding kunnen vormen om een besluit te vernietigen. De uitkomst van het besluitvormingsproces is hiermee eerder duidelijk.

De verschillende wettelijke mogelijkheden voor inspraak, zijnde zienswijze, bezwaar, beroep en hoger beroep, staan toe dat belanghebbenden bij het te nemen besluit betrokken worden. Hoewel het recht van inspraak op zichzelf onomstreden is, vormt het wel een relevante bron voor complexiteit van besluitvorming. Deze complexiteit is zowel inhoudelijk als procedureel van aard.

De inhoudelijke complexiteit volgt uit de noodzaak om meer informatie te betrekken in het besluitvormingsproces. Inspraak leidt ertoe dat meer partijen betrokken kunnen zijn bij de totstandkoming van de besluitvorming. Deze partijen brengen meer belangen en meer informatie met zich mee. Deze belangen en informatie moeten worden verwerkt in het besluitvormingsproces. Omwonenden kunnen betrokken raken bij de vergunningverlening voor een afvalverwerkingsbedrijf, concurrenten kunnen opkomen tegen de realisatie van een nieuwe supermarkt en plaatselijke overheden kunnen aanleiding zien om te ageren tegen een voorgenomen (rijks)wegverbreding. Bij het formuleren van het voornemen om een besluit te nemen of een project te realiseren is niet volledig te voorzien welke partijen inspraak zullen leveren en wat de inhoud van de mogelijke inspraak is. Het bieden van inspraak leidt hierdoor tot een inhoudelijk complexiteit.

De procedurele complexiteit volgt uit zowel de verlenging van het totale besluitvormingsproces als uit de onduidelijkheid omtrent de mogelijke gevolgen van de inspraakmogelijkheden. De verlenging van het besluitvormingsproces volgt uit de termijn die noodzakelijk is om inspraak te bieden. Gedurende deze termijn kunnen zich omstandigheden voordoen die de besluitvorming verder compliceren. Een voorbeeld dat terugkomt in uitspraken over ruimtelijke ontwikkelingen betreft de economische uitvoerbaarheid van een beoogd project. Naarmate de economische crisis zich voortsleept, ontstaat meer discussie over de mogelijkheid om een project rendabel uit te voeren. Als dan ook de besluitvormingsprocedure langer duurt, dan wordt deze discussie ernstiger. Naarmate een procedure langer duurt, ontstaat dus de kans dat de vertraging aanleiding geeft om een initiatief af te blazen. Naast de langere procedure ligt de procedurele complexiteit ook in de onduidelijkheid van de mogelijke gevolgen van inspraak. Het is immers niet vooraf te bepalen tot welk resultaat het gebruik van inspraakmogelijkheden zal leiden. Zal inspraak leiden tot een aanpassing van een besluit, en zo ja, op welke wijze? Of blijft het besluit in stand, aangezien hetgeen wordt aangevoerd niet slaagt? Soms zijn deze vragen bij voorbaat te beantwoorden, maar veelal niet en is er onzekerheid over de uitkomst van inspraakmogelijkheden.

Het volledig wegnemen van iedere mogelijkheid van inspraak zal geen handen op elkaar krijgen. De positieve effecten van de inspraakmogelijkheden wegen hiervoor te zwaar. Niet in het minst is er de controle die hiermee op het bestuursorgaan wordt uitgeoefend. Als een bestuursorgaan geen rekening hoeft te houden met externe controle op de besluitvorming, dan is er geen tegenbalans voor de verleiding om niet conform de wet- en regelgeving te handelen. Verder dient een onafhankelijke en onpartijdige derde een oordeel te kunnen vellen over de wijze waarop het bestuur zijn machtsmiddel, zijnde het eenzijdig binden van burgers, inzet. In het verlengde hiervan ligt ook de waarde van inspraak voor de aanvaardbaarheid van een besluit. Sommige besluiten zijn dusdanig omstreden dat

belanghebbenden pas in enige mate genoegend daarmee kunnen nemen als een in hun ogen onafhankelijke rechter een oordeel erover heeft geveld. Als laatste kan de inspraak een kwalitatief beter besluit opleveren. Door middel van inspraak kan er gewezen worden op (onbedoelde) gebreken in de besluitvorming die vervolgens kunnen worden gerepareerd. Al met al is het niet wenselijk om iedere mogelijkheid van inspraak weg te nemen om de besluitvorming te versimpelen.

Als het niet wenselijk is om de complicerende factor inspraak in het geheel weg te nemen vanwege positieve effecten, dan rijst de vraag of het mogelijk is om deze complicerende factor op een andere wijze te mitigeren. De complicerende factor is de mogelijkheid van inspraak zelf. In plaats van afschaffen kan mogelijk worden gekeken naar manieren waarop het gebruik van inspraak kan verminderen. Het beperken van inspraak kan op twee manieren. Ten eerste door de juridische mogelijkheden om gebruik te maken van inspraakmogelijkheden te minimaliseren. Ten tweede door de noodzaak om inspraak te leveren in een besluitvormingsprocedure weg te nemen. Beide mogelijkheden worden hierna nader uitgewerkt.

3.3.1 *Het beperken van de juridische mogelijkheden*

Bij het beperken van de juridische mogelijkheden kan met twee middelen worden gewerkt, namelijk (1) het beperken van de momenten waarop inspraak mogelijk is en (2) het beperken van de partijen die inspraak hebben. Bij dit tweede punt is vooral te denken aan het beperken van de participanten en rechtspersonen die zijn aan te merken als belanghebbende bij een besluit. Dit punt blijft verder onbesproken, vanwege de omvang hiervan.⁵³

In het beperken van de momenten van inspraak speelt eerst het risico dat de positieve effecten van inspraak verloren gaan. Zoals al gezegd is het uitsluiten van elke vorm van inspraak onwenselijk. Als dit criterium wordt gehanteerd, dan is het vervolgens wel mogelijk om de momenten van inspraak te beperken. Een mogelijkheid is dan het concentreren van toestemmingen in één besluit, waar voorheen meerdere besluiten nodig waren. Een recent voorbeeld is de concentratie van toestemming in de omgevingsvergunning op grond van de Wabo.⁵⁴ Meerdere aparte vergunningplichten zijn samengevoegd tot een besluit, waardoor ook de inspraakmogelijkheden tegen deze aparte vergunningen zijn geconcentreerd. Met de Omgevingswet wordt weer een volgende stap genomen door een verdere integratie van de bestaande vergunningen.⁵⁵

Een andere wijze waarop inspraak kan worden verminderd is het vervangen van de vergunningplicht door algemene regels.⁵⁶ Een voorbeeld hiervan is te vinden in het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (Barim). Voor het oprichten en in werking hebben van bepaalde inrichtingen is de vergunningplicht komen te vervallen. De milieuaspecten van deze inrichtingen worden nu

53 Zie voor onder meer de subjectivering van het bestuursrecht J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: *De toegang tot de rechter beperkt* (Vereniging voor bestuursrecht 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 9-74.

54 W. Konijnenbelt, 'Ingewikkelde wetgeving en de wijze van wetgeven', in: *Complexiteit van wetgeving* (Vereniging voor Wetgeving en wetgevingsbeleid), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 45-79, p. 46.

55 Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3.

56 Florijn 2010, p. 26.

gereguleerd door de direct toepasselijke normen van het Barim. Hoewel er nog andere vergunningen nodig zijn voor deze inrichtingen, is één besluit komen te vervallen met een beperking van de inspraak tot gevolg.

Deze beperking sluit echter niet aan bij de geformuleerde wens dat de positieve effecten van inspraak niet verloren gaan. Iedere vorm van inspraak is immers komen te vervallen op het moment dat een vergunningplicht geheel wordt geschrapt. Hier toont zich een situatie waarin de aanpak van één complicerende factor strijdig is met de wijze waarop een andere complicerende factor kan worden beoordeeld. Het afschaffen van de vergunningplicht ten behoeve van het toepassen van algemene regels sluit aan bij het vastleggen van bepaalde normen op het niveau van wet- en regelgeving, zodat hierover niet op besluitniveau kan worden geprocedeerd. Hiermee is de besluitvorming in zekere mate versimpeld, omdat bepaalde keuzes niet meer op besluitniveau gemaakt hoeven te worden. Niettemin doet het afschaffen van de vergunningplicht afbreuk aan de wens om ten behoeve van de kwaliteit van besluitvorming en de aanvaardbaarheid van een besluit de mogelijkheid van inspraak te bieden. Een bijkomend nadeel van het afschaffen van een vergunningplicht ten faveure van algemene regels is de onmogelijkheid om rekening te houden met specifieke omstandigheden van het geval bij algemene regels.

Behalve het integreren van besluiten of het schrappen van een besluit kunnen ook procedurele regels de mogelijkheid bieden om de inspraakmogelijkheden te coördineren. Een voorbeeld hiervan ligt in de coördinatieregelingen van de Wro. Binnen deze procedureregels worden de besluiten tegelijk gepubliceerd en worden de inspraakmogelijkheden gezamenlijk behandeld. Niet zozeer de omvang van de inspraakmogelijkheden wordt hier beperkt, maar de timing van het gebruik hiervan. De vraag rijst in hoeverre coördinatieregelingen bijdragen aan vermindering van de complexiteit. De enige verbetering die lijkt op te treden ligt in de voorzienbaarheid van de stappen van de procedure. Het is eerder duidelijk op welke momenten mogelijk gebruik gemaakt kan worden van inspraakmogelijkheden. Dit lijkt een beperkte winst en ligt vooral in de versnelling die ten behoeve van het projectniveau kan optreden. Vermindering van inhoudelijke complexiteit op besluit- of projectniveau treedt slechts in beperkte mate op, namelijk doordat er een waarborg is voor onderlinge afstemming van de besluiten.

3.3.2 *Het creëren van draagvlak*

Om het gebruik van inspraak te verminderen is van belang vast te stellen welke redenen partijen hebben om inspraak te leveren. Er zijn vele redenen mogelijk en het gaat te ver om hier een uitputtend overzicht te willen geven. Eén reden die ik hier wil noemen is de afwezigheid van draagvlak van het besluit. Een partij kan het om meerdere redenen niet eens zijn met het genomen besluit, bijvoorbeeld doordat het besluit niet aansluit bij hetgeen is verzocht, er negatieve financiële consequenties aan verbonden zijn of resulteert in een negatieve impact op het woon- en/of milieu. Verder kan worden gedacht aan belangenorganisaties die opkomen voor bepaalde waarden, zoals natuur of monumenten. In ieder geval vindt hier gebruik van inspraakmogelijkheden plaats, omdat de uitkomst van de besluitvorming niet wordt geaccepteerd.

Door de acceptatie van de uitkomst van besluitvorming te vergroten, kan de reden om gebruik te maken van inspraakmogelijkheden komen te vervallen. De simpelste oplossing is om een besluit te nemen dat tegemoet komt aan de wensen

van de betrokken partijen. Een dergelijke utopie is natuurlijk onmogelijk, al was het maar vanwege tegengestelde belangen. Nu een besluit, vooral één betreffende moeilijke materie of grote projecten, niet altijd tegemoet zal komen aan alle wensen, is het reëel te verwachten dat er veelal negatieve consequenties aan dergelijke besluiten kleven. Als deze negatieve consequenties aanvaardbaar zijn voor de partijen die ze ondergaan, dan hebben deze partijen geen aanleiding om gebruik te maken van de beschikbare inspraakvoorzieningen. Kort gezegd, als er draagvlak is voor de positieve én negatieve uitkomsten van een besluit, dan kunnen de inspraakmogelijkheden ongebruikt blijven.

(i) *Het belang van draagvlak volgens de besproken onderzoeken*

Het belang van draagvlak van een besluit is ook onderkend door de in onderdeel 2 genoemde Nederlandse en Vlaamse onderzoekscommissies alsmede in de Evaluatie van de NMa. De onderzoekscommissies zien vooral baat in de verbetering van de voorfase voorafgaand aan de besluitvorming ten behoeve van draagvlak. De commissie-Elverding legt sterk de nadruk op de gebreken die zij signaleert in de verkenningsfase van de besluitvorming. Vaak ontbreekt deze fase en als deze fase wel wordt doorlopen, dan is ze van beperkte kwaliteit.⁵⁷ Het investeren in de kwaliteit van deze fase kan volgens de commissie-Elverding leiden tot het sneller tot stand brengen van een breed gedragen besluit. Om deze kwaliteitsverbetering tot stand te brengen stelt de commissie-Elverding een richtinggevende verkenningsfase voor. Eén doel van de voorgestelde verkenningsfase is het eerder en ruimer betrekken van andere partijen. Hierbij dient duidelijkheid te worden gegeven over de manier waarop de participatie van deze andere partijen wordt vormgegeven, wanneer zij worden geconsulteerd en hoe de communicatie verloopt. Door de betrokkenheid van onder meer burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties naar voren te halen in de besluitvormingsprocedure ontstaat de mogelijkheid om gezamenlijk te werken aan de probleemanalyse en de formulering van de ambities. Op basis hiervan kan ook gezamenlijk een voorkeursalternatief voor het geformuleerde probleem worden gekozen. Dit voorkeursalternatief dient breed te worden gedragen, maar unanieme steun is niet per se noodzakelijk.⁵⁸ Voor het draagvlak van dit voorkeursalternatief wijst de commissie-Elverding ook nog op het belang van voldoende duidelijkheid over de mogelijke effecten. Op hoofdlijnen moeten de effecten van alle alternatieven op economie, milieu, natuur en ruimte in beeld zijn.⁵⁹

De Commissie Investeringsprojecten wijst ook op het belang van een goede voorfase of voorprocedure.⁶⁰ Het begin van deze procedure ligt bij de vaststelling en een grondige analyse van een maatschappelijk probleem of een kans, die de aanleiding vormt om de besluitvormingsprocedure op te starten. Deze analyse dient breed te zijn opgezet, met een heldere, open en correcte communicatie, waarbij zoveel mogelijk partijen worden betrokken. Het gaat hier dus om het creëren van draagvlak. Hoe meer mensen overtuigd zijn van de ernst van een probleem of het belang van een bepaalde kans, hoe meer bereidheid er is om eventuele negatieve

57 Commissie-Elverding 2008, p. 9.

58 Commissie-Elverding 2008, p. 13-14.

59 Commissie-Elverding 2008, p. 16.

60 Commissie Investeringsprojecten 2010, p. 33.

consequenties van de uitwerking van het probleem of de kans te aanvaarden. De uitkomst van de voorfase dient een niet-appellabele startbeslissing te zijn. Deze politieke beslissing bevat een duidelijke en breed gedragen probleemschets, een visie op het te voeren proces en de verantwoording van het belang van het project.

De gelijkenis tussen de bevindingen van de Commissie Investeringsprojecten en de commissie-Elverding over het belang van de voorfase is opvallend. Beide commissies komen tot de overkoepelende conclusie dat veel versnelling van de besluitvorming voor complexe projecten kan worden behaald in de versterking van de voorfase. In de woorden van de Vlaamse commissie: 'Meer nog dan door aanpassingen van procedures voor opmaak van plannen en behandeling van vergunningen (...) is volgens de commissie vooral veel winst te verwachten van een goed voortraject met tijdige, getrapte en volgehouden politieke besluitvorming, een sterk, gemandateerd procesmanagement en een volgehouden en professioneel gemanaged proces van betrokkenheid, inspraak en participatie van bij aanvang van het proces tot de effectieve realisatie en mogelijk zelfs bij de exploitatie en onderhoud van de strategische investering.'⁶¹

Het is vervolgens opvallend dat de Evaluatie Energiewetgeving juist een andere richting kiest voor de voorfase. Uit de Evaluatie Energiewetgeving komt de voorkeur naar voren om het verplichte vooroverleg af te schaffen.⁶² Dit vooroverleg bestaat voor bepaalde besluiten van de NMa en houdt in dat de NMa met de relevante partijen in de energiemarkt vooroverleg moet voeren met als doel het creëren van zo breed mogelijk draagvlak voor het te nemen besluit. Deze overlegplicht heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven als volgt gedeut: 'Daaruit blijkt dat onder overleg moet worden verstaan dat de betrokken partijen op serieuze wijze trachten overeenstemming te bereiken over de vaststelling van de efficiencykortingen en dat, hoewel het de voorkeur heeft dat partijen overeenstemming bereiken, de eindverantwoordelijkheid bij verweerder ligt (TK 1998-1999, 26 303, nr. 7, p. 39). De wetgever heeft aldus een bijzondere positie toebedeeld aan de netbeheerders en de representatieve organisaties teneinde een zo breed mogelijk draagvlak voor het te nemen besluit te creëren.'⁶³

Zowel de NMa als de meeste marktpartijen waardeerden dit vooroverleg positief. Niettemin kon het vooroverleg niet voorkomen dat partijen toch gebruikmaakten van de wettelijke inspraakmogelijkheden. Als reden hiervoor wijst de Evaluatie op de inherente belangentegenstellingen die niet naar ieders tevredenheid te overbruggen zijn. De waarde van het vooroverleg gaat verloren op het moment dat het definitieve besluit op essentiële wijze afwijkt van het ontwerpbesluit. Deze afwijking geeft aanleiding om alsnog tegen het definitieve besluit op te komen. Het voorgaande leidde tot de aanbeveling om het vooroverleg te schrappen. Daarbij merkte de Evaluatie op dat de zorgvuldigheidseisen van de Awb een vergelijkbare rol kunnen spelen als het verplichte vooroverleg. De afschaffing had als bijkomend voordeel dat de NMa flexibel zou kunnen omgaan met de wijze waarop de voorfase werd doorlopen.

Waar de hiervoor weergegeven standpunten van de beide commissies richting een meer formele voorfase ten behoeve van de draagvlakcreatie gaan met een

61 Commissie Investeringsprojecten 2010, p. 13.

62 NMa 2012, p. 44.

63 CBB 3 november 2009, LJN BK1790.

afronding in de vorm van een besluit, wijkt de Evaluatie uit naar een minder formele voorfase. De commissies beogen met het investeren in deze fase meer draagvlak te creëren, waardoor eventueel tijdsverlies in de voorfase wordt gecompenseerd door tijdswinst later in de procedure. Uit de Evaluatie Energiewetgeving blijkt juist de wens om de voorfase minder formeel te maken, ten behoeve van flexibiliteit en daarmee tijdswinst. Uit deze keuze lijkt te volgen dat de Evaluatie concludeert dat meer tijdswinst is te generen door het schrappen van de voorfase ten opzichte van de tijdswinst die volgt uit de plicht om draagvlak te creëren.

Is er reden voor dit onderscheid tussen de commissies en de Evaluatie? De besluitvorming heeft betrekking op verschillende onderwerpen, namelijk ingrepen in de fysieke ruimte enerzijds en regulering van een markt anderzijds. In dit verschil zie ik echter geen grond om de plicht tot het creëren van draagvlak anders in te vullen. Beide onderwerpen kennen meerdere belanghebbenden en de betrokken belangen zijn veelal tegenstrijdig. Deze tegenstrijdige belangen kunnen veelal tot conflict leiden, waardoor het belang van het creëren van draagvlak in beide gebieden speelt.

Een toename van het gebruik van inspraakmogelijkheden als het definitieve besluit afwijkt van het ontwerpbesluit acht ik ook geen reden om verschil te zien in de rechtsgebieden. Ook een ontwerpbesluit voor een ruimtelijke ingreep kan immers naar aanleiding van zienswijzen wijzigen, waarna (andere) partijen weer aanleiding kunnen zien om inspraak te leveren.

De door de Evaluatie genoemde mogelijkheid dat de zorgvuldigheidseisen kunnen voldoen voor het creëren van draagvlak stemt verder niet overeen met de praktijk uit het omgevingsrecht, althans in het omgevingsrecht hebben deze eisen niet de functie om draagvlak te creëren. Op grond van artikel 3:2 Awb dient een bestuursorgaan de nodige kennis te verzamelen over de relevante feiten en de af te wegen belangen. Daaruit volgt geen inspanningsverplichting tot het aangaan van overleggen enzovoort om draagvlak voor een te nemen besluit te creëren, daargelaten de mogelijkheden om dit niettemin vrijwillig te doen. Verder zijn de andere partijen in de besluitvorming op grond van de zorgvuldigheidseisen niet verplicht om ten behoeve van het creëren van draagvlak mee te werken aan overleg. Het is jammer dat de Evaluatie geen analyse heeft uitgevoerd naar de wijze waarop in andere rechtsgebieden vanwege de zorgvuldigheidseisen actief wordt gewerkt aan draagvlak. Weliswaar bieden deze eisen de ruimte om te kijken naar draagvlak, maar de insteek van een verplicht vooroverleg om draagvlak te creëren is wezenlijk anders. Ik acht het dan ook niet zonder meer aannemelijk dat de zorgvuldigheidseisen eenzelfde rol zullen vervullen als de wettelijke plicht om ten behoeve van draagvlak in overleg te treden met de relevante partijen. Het afschaffen van het verplichte vooroverleg lijkt mij dan ook niet zonder effect op de doorlooptijd van besluitvorming te blijven. Door verwatering van het draagvlak zal vaker dan voorheen het geval is aanleiding bestaan om tegen de besluiten van de NMA op te komen. Eventuele tijdswinst in de voorfase door afschaffing van de overlegplicht wordt dan teniet gedaan door de inspraakmogelijkheden.

Een ander opvallend aspect van het afschaffen van de overlegplicht ligt in de positieve beoordeling door de partijen die hieraan onderworpen zijn. Deze positieve weging van het vooroverleg kan de indicatie geven dat het merendeel van de betrokken partijen nut zien in het vooroverleg, waar de aanname aan kan worden gekoppeld dat dit vooroverleg dus tot draagvlak leidt. Mogelijk acht de Evaluatie het afschaffen van het verplichte karakter van het vooroverleg minder ernstig,

vanwege deze positieve houding van het merendeel van de partijen. Deze houding kan doorwerken in de invulling van het overleg op grond van de zorgvuldigheidseisen. Deze aanname is echter niet zonder risico, indien de toekomst toch weerbarstiger blijkt te zijn.

(ii) *Een plicht tot draagvlakcreatie?*

Hiervoor is het belang van draagvlak voor een besluit voor de versimpeling van de besluitvorming naar voren gekomen. Uit de drie besproken onderzoeken kan worden afgeleid dat draagvlak bijdraagt aan een vermindering van gebruik van rechtsmiddelen in het besluitvormingsproces. Als er afdoende wordt geïnvesteerd in het creëren van draagvlak, dan kan het verdere verloop van de besluitvormingsprocedure versimpelen doordat dit gebruik achterwege blijft. Een illustratie van het mogelijke succes van investering in de voorfase is de realisatie van vijf windturbines door Fujifilm te Tilburg.⁶⁴ De vergunningen voor dit park zijn zonder bezwaren onherroepelijk geworden. Een woordvoerder van Fujifilm legt uit hoe dit kan: ‘Het is belangrijk om alle stakeholders, mensen uit de omgeving er zo vroeg mogelijk bij te betrekken zodat ze niet voor een voldongen feit staan als een vergunningprocedure al in gang is gezet. We hebben bijvoorbeeld voorlichtingsavonden georganiseerd voor omwonenden en vertegenwoordigers van Natuurmonumenten. Ook hebben we kleine aanpassingen doorgevoerd voor de omgeving. Bijvoorbeeld een iets andere plaatsing vanwege de slagschaduw en minder hoge masten vanwege de aanvliegroete van vliegveld Gilze-Rijen. Dat werd gewaardeerd.’ Geeft het voorgaande nu aanleiding om een juridische plicht op te nemen voor een initiatiefnemer tot het creëren van draagvlak?

Om het positieve resultaat te bereiken moeten de inspanningen in de voorfase in ieder geval aan bepaalde eisen voldoen. Een essentieel punt is te voorkomen dat het overleg in de voorfase vervalt tot een nieuwe inspraakmogelijkheid. Hiertoe moet de voorfase niet te juridisch worden ingekaderd. Het is in ieder geval niet de bedoeling om de invulling van de overlegplicht de vorm te geven van een nieuwe inspraakmogelijkheid vergelijkbaar met een zienswijze op een ontwerpbesluit. Om enig effect te hebben dient dit overleg ook plaats te vinden zonder officiële, al dan niet door het bevoegd gezag opgestelde, documenten. Dergelijke documenten bevatten immers gemaakte keuzes die in het verdere vervolg van het traject een eigen leven gaan leiden. Uiteraard zijn documenten ten behoeve van de discussie nodig, maar door hierbij buiten de juridische banen te blijven ontstaat geen schijn van al gemaakte keuzes. Daarom is de fase van het indienen van zienswijzen tegen het ontwerpbesluit ongeschikt voor het creëren van draagvlak, aangezien in een ontwerpbesluit al evidente keuzes zijn gemaakt. Eenzelfde bezwaar speelt bij het indienen van een zienswijze op het voornemen een milieueffectrapport op te stellen. Ook dan is het voornemen al geformuleerd en daarmee nader geconcretiseerd. Het leveren van inspraak dient juist vooraf aan dit stadium te gaan om afdoende ruimte te hebben om in de verdere procedure te worden betrokken.⁶⁵

64 L. Vening, ‘Windenergie en bedrijventerrein: een goede combinatie’, ROM oktober 2012.

65 Dit punt is ook onderkend bij de wijziging van de Tracéwet naar aanleiding van het advies van de commissie-Elverding: ‘Met het breed verkennen en het niet al te vroeg inzoomen op oplossingen wordt voorkomen dat in een te vroeg stadium een “oplossing” wordt gepresenteerd.’ (Kamerstukken II 2009/10, 32 377, nr. 3, p. 3).

Verder moet er tijdig worden begonnen met het zoeken naar draagvlak voor bepaalde ontwikkelingen. Andere partijen moeten het gevoel hebben dat zij vanaf het begin van het proces betrokken waren bij de ontwikkelingen. Dit voorkomt het gevoel dat zij worden overvallen door de plannen. Vervolgens moet er ook daadwerkelijk ruimte bestaan om de input van andere partijen te betrekken in de planvorming. Oftewel, de inspraak moet nog kunnen worden omgezet in uitvoering.⁶⁶ Als laatste is van belang dat de partijen terugkoppeling krijgen van de wijze waarop met hun input is omgegaan, zodat zij zien wat het resultaat van hun input is.

Het is overigens niet de bedoeling om een initiatiefnemer te verplichten bij ieder besluit alle mogelijke aspecten die naar voren worden gebracht te betrekken, ongeacht hoe ver een aspect afstaat van hetgeen met een besluit of project wordt beoogd. Voor ruimtelijke ontwikkelingen bijvoorbeeld geldt dat de inspraak moet aansluiten bij het detailniveau van de besluitvorming. Op planniveau bestaat er nog ruimte om te kijken naar bijvoorbeeld alternatieven op gebiedsniveau, terwijl op projectniveau kan worden gekeken naar inrichtingsvarianten van een project. Al gemaakte keuzes hoeven dus niet steeds opnieuw ter discussie worden gesteld, hetgeen de commissie-Elverding ook beoogt met het formuleren van een voorkeursalternatief.⁶⁷

De juridische normering van een overlegplicht ten behoeve van draagvlak voor een besluit kan als volgt gebeuren. Vooraleerst dient duidelijk te zijn dat het gaat om een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting. Er kan niet worden geëist dat volledig draagvlak bestaat alvorens een vergunningaanvraag in te dienen of besluitvorming te starten. Er kan wel worden geëist dat een partij eerst een inspanning levert om draagvlak te creëren. In de relevante regeling kan de plicht worden opgenomen dat een initiatiefnemer voorafgaand aan het indienen van een aanvraag dan wel het starten van besluitvorming in overleg treedt met de relevante belanghebbenden. Het overleg hoeft niet nader juridisch ingevuld te worden, zodat de invulling kan aansluiten op de praktijk. Afhankelijk van de hoeveelheid partijen kan het overleg de vorm van een rondetafelgesprek krijgen of kan worden gewerkt met inspraakavonden.

Een wijze waarop het informele vooroverleg zijn weerslag in de besluitvorming kan krijgen is het overleggen van een document waarin een verslag wordt gegeven van de wijze waarop draagvlak is gecreëerd dan wel getracht is te creëren. Wederom kan dit vormvrij zijn, maar een vergelijking kan worden gemaakt met het op te bouwen dossier in onteigeningskwesities. Op grond van de Onteigeningswet dient de onteigenende partij eerst te proberen via minnelijke overeenkomst de te onteigenen grond te verkrijgen. Van het minnelijke traject dient een logboek te worden bijgehouden, waaruit de genomen stappen moeten blijken. Uit dit logboek moet onder meer blijken welke financiële aanbiedingen zijn gedaan en of er compensatiegrond is geboden. Voor het creëren van draagvlak betekent het voorgaande dat een logboek moet worden opgemaakt waaruit blijkt op welke wijze invulling is gegeven aan deze inspanningsverplichting. Dit betreft bijvoorbeeld de partijen die zijn benaderd, de input die deze partijen hebben gegeven en de wijze waarop met deze input is omgegaan. Vooral dit laatste is van belang voor de kracht van deze voorfase. Naarmate beter kan worden gemotiveerd op welke wijze

66 Zie ook Commissie Investeringsprojecten 2010, p. 42.

67 Commissie-Elverding 2008, p. 15.

is gehandeld naar aanleiding van de input, is er meer draagvlak te verwachten voor de uitkomst van het proces.

Als het genoemde logboek met de invulling ten behoeve van het draagvlak is samengesteld, dan rijst de vraag welke rol dit document vervolgens in de besluitvorming dient te spelen. Kan dit stuk aanleiding vormen om een aanvraag af te wijzen en zo ja, wanneer is er grond om tot afwijzing over te gaan? Aangezien er enkel sprake is van een inspanningsverplichting tot het creëren van draagvlak voor het te nemen besluit of volledig te realiseren project, staat ter beoordeling in hoeverre naleving is gegeven aan deze inspanningsverplichting. Bij deze beoordeling kunnen enkele objectieve feiten worden bekeken, zoals welke partijen al dan niet zijn betrokken, op welke wijze is omgegaan met de input en of de input is weerlegd. Het wordt lastiger bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van hetgeen in het logboek staat. Gezien de aard van de verplichting is een terughoudende toetsing hiervan gepast, waardoor afwijzing van een aanvraag of vernietiging in bezwaar of beroep niet snel plaats dient te vinden.

Als serieus werk wordt gemaakt van het creëren van draagvlak, dan kan er in de besluitvormingsprocedure eerder en meer duidelijkheid ontstaan over de effecten van een voorgenomen besluit of project. Om draagvlak te creëren is immers in zekere mate inzicht in de mogelijke effecten noodzakelijk. Vervolgens wordt voorafgaand aan de formele besluitvorming al meer duidelijk over de te verwachten pijnpunten van een besluit of project. In het logboek dient immers de input te zijn opgenomen en de wijze waarop met deze input is omgegaan. Hieruit kan worden afgeleid tegen welke punten geen tot weinig weerstand bestaat en welke punten nog veel aandacht behoeven. Deze informatie kan vervolgens worden toegepast in de belangenafweging en het uiteindelijke (ontwerp)besluit, waarmee wederom een positieve bijdrage aan het draagvlak wordt geleverd.

De genoemde duidelijkheid in de voorfase is verder voordelig vanwege de betrokkenheid en openheid die hiermee kunnen worden gecreëerd. Als andere partijen naast de initiatiefnemer en bevoegd gezag van het begin af aan worden betrokken bij de eerste stappen van een besluit of project, dan kan dit voorkomen dat bij andere partijen het gevoel gaat leven dat een project een onderonsje tussen initiatiefnemer en de overheid is. Regelmatig bestaat bij andere partijen de indruk dat het bevoegd gezag op de hand is van de initiatiefnemer. Hieruit volgt het sentiment dat het bevoegd gezag vooringenomen is, dat er niet naar zorgen van anderen wordt geluisterd en enkel de rechter daadwerkelijk onafhankelijk is. Als partijen daarentegen van begin af aan kunnen meedenken en zien dat ook hun input wordt gewaardeerd, dan is het mogelijk dat de schijn van vooringenomenheid minder snel optreedt. Vervolgens kan het oordeel van een bestuursorgaan meer draagkracht krijgen.

Het invoeren van een verplichting zoals hiervoor beschreven heeft ook nadelige gevolgen voor de besluitvorming. Eerst ontstaat onduidelijkheid over de invulling van deze inspanningsverplichting in de praktijk. Hoewel deze onduidelijkheid in zekere mate kan worden ondervangen in de wetsgeschiedenis of andere toelichtende documenten, blijft toepassing in de praktijk nodig voordat duidelijk is op welke wijze met de draagvlakplicht kan worden omgegaan. Dit negatieve effect kan echter over een periode wegebben, indien geen nieuwe wijzigingen in de wet- en regelgeving weer tot nieuwe onduidelijkheden leiden. Een volgend pijnpunt, dat voornamelijk door initiatiefnemers zal worden aangestipt, betreft de noodzaak om al in een vroeg stadium openheid te geven over de voorgenomen plannen.

Hierdoor kunnen bedrijven een risico lopen, aangezien zij naar buiten toe treden met hun plannen zonder enige bestuurlijke toezegging of medewerking. Dit kan temeer problematisch zijn, aangezien het creëren van draagvlak niet mogelijk lijkt zonder enig inzicht in de mogelijke effecten van een bepaalde ontwikkeling. Hiervoor is het verrichten van onderzoek noodzakelijk, waardoor kosten worden gemaakt in een deel van het proces waarin nog veel onzekerheid bestaat.

Geconcludeerd kan worden dat, hoewel het niet wenselijk is om inspraak in besluitvormingsprocedures geheel weg te nemen, door middel van het creëren van draagvlak voor een besluit of project het gebruik van de beschikbare inspraakmogelijkheden kan worden beperkt. In het licht hiervan wijs ik nog op het volgende citaat uit het preadvies van 1995 van Heida: 'Ik vrees dat de relatie tussen burger en overheid tamelijk fundamenteel is veranderd en dat de overheid zijn democratisch gelegitimeerde positie niet als het ware automatisch terug krijgt als de rechter weer "in zijn hok wordt gejaagd".'⁶⁸ Alleen als de voorfase meer openheid krijgt, er meer ruimte is voor het inbrengen van ideeën en deze ideeën vervolgens ook daadwerkelijk hun weerslag kunnen vinden in besluitvorming, kan het uiteindelijke besluit het draagvlak krijgen dat het gezien de taak van de overheid ook verdient.

68 H.P. Heida, 'Complexe besluitvorming: tussen bestuursrecht en bestuurskunde', in: *Complexe besluitvorming* (VAR-reeks 120), Alphen aan de Rijn: Samson 1998, p. 128.

4 De aanpak van complicerende factoren

De factoren die kunnen bijdragen aan complexiteit van besluitvorming zijn legio en een uitputtende algemene beschrijving van deze factoren is in ieder geval niet binnen de omvang van dit preadvies mogelijk. Op basis van de wel beschreven factoren en overige factoren uit de literatuur en de eigen praktijk is het niettemin mogelijk om een tweetal algemene opmerkingen te maken over de wijze waarop deze factoren kunnen worden beoordeeld.

4.1 Groepering van de factoren

Uit de analyse van verschillende factoren voor complexiteit van besluitvorming komt naar voren dat een algemene indeling op basis van de aard mogelijk is. Factoren zijn dan te onderscheiden in (i) feitelijke aard, (ii) politiek-bestuurlijke aard en (iii) juridische aard.

- (i) Factoren van feitelijke aard zijn vaststaande gegevens waarmee rekening moet worden gehouden in de besluitvorming. Deze factoren bestaan buiten de macht van het bestuursorgaan, maar het bestuursorgaan dient deze factoren wel in de besluitvorming te betrekken. Denk hierbij aan de actoren, zoals de persoon van de vergunningaanvrager en omwonenden, maar ook de desbetreffende bewindspersoon. Deze personen drukken hun eigen stempel op het besluitvormingsproces. Hetzelfde geldt voor de feitelijke situatie ter plaatse. De besluitvorming ten behoeve van een industrieel complex is onder meer afhankelijk van de aanwezigheid van omwonenden, natuurgebieden en infrastructuur. Ook de beschreven afhankelijkheid van deskundige kennis en technische en wetenschappelijke gegevens zijn factoren van feitelijke aard. Deze factoren bestaan immers buiten de macht van het bestuursorgaan om en dienen als een gegeven beschouwd te worden.

De vaststelling dat deze factoren als feiten zijn te accepteren, is van belang voor de wijze waarop hiermee kan worden omgegaan. De invloed van een bestuursorgaan op deze factoren is beperkt. Door een aanpassing van het juridische kader of het beleid is het misschien mogelijk om deze factoren buiten de besluitvorming te plaatsen, bijvoorbeeld door het uitsluiten van bepaalde belanghebbenden of bepaalde effecten van een besluit. Een dergelijke oplossing lijkt echter niet snel wenselijk vanwege de beoogde kwaliteit van een besluit, waarvoor het betrekken van de relevante feiten en omstandigheden een belangrijk fundament is. Het aanpassen van de eigen organisatie op de noodzaak om deze factoren te betrekken is een andere oplossing. Deze oplossing is bijvoorbeeld besproken bij het omgaan met de noodzakelijke deskundige

kennis en de afhankelijkheid van andere partijen. De hierdoor veroorzaakte complexiteit is niet weg te nemen, maar wel te verminderen door in de eigen organisatie een zekere mate van deskundigheid ter beschikking te hebben.

- (ii) Een factor is van politiek-bestuurlijke aard indien deze volgt uit de politieke arena of de bestuurlijke dan wel ambtelijke praktijk. In deze groep vallen factoren die afhankelijk zijn van de (veranderingen in) politieke verhoudingen, relaties tussen het bevoegde gezag en het ambtelijke apparaat. Uit het advies van de commissie-Elverding kunnen onder andere worden genoemd (1) bestuurlijke drukte, (2) de kwaliteit van de ambtelijke voorbereiding en (3) scopeveranderingen in de besluitvormingsfase.⁶⁹ In dit preadvies is gekeken naar wijzigingen in het juridische kader.

Deze factoren liggen voornamelijk binnen de invloed van één bestuursorgaan, maar kunnen in een specifieke situatie ook buiten de macht van een bestuursorgaan bestaan. Ter illustratie de beschreven wijzigingen in het juridische kader. De wijze waarop met de gevolgen hiervan wordt omgegaan heeft het bestuursorgaan dat de wijziging tot stand brengt zelf in de hand. Voor eventuele andere bestuursorganen die door de wijziging worden geraakt, bijvoorbeeld lagere overheden, is er eerder sprake van het ondergaan van de gevolgen. Deze lagere overheden dienen de gevolgen voor zover nodig te verwerken in de eigen organisatie en kunnen daarbij rekening houden met de consequenties voor besluitvormingsprocedures, maar zijn in zekere mate afhankelijk van de wijze waarop het hogere orgaan invulling geeft aan de wijziging. Eenzelfde opmerking geldt voor de wijze waarop met de kwaliteit van de ambtelijke voorbereiding kan worden omgegaan. In principe ligt de oplossing van deze complicerende factor binnen de macht van het bestuursorgaan waarbinnen de ambtelijke voorbereiding speelt. Niettemin kunnen andere bestuursorganen gevolgen ondervinden van de wijze waarop met dit punt wordt omgegaan, doordat een kwaliteitsverbetering niet de beoogde effecten heeft.

- (iii) Factoren zijn juridisch complicerend als deze zijn terug te voeren op nationale dan wel internationale wet- en regelgeving, beleid of rechtspraak. Een voorbeeld ligt in het gebruik van rechtsmiddelen. Deze rechtsmiddelen kunnen worden gebruikt vanwege daartoe strekkende wetgeving. Ook een wijziging van het juridische kader of beleid valt hieronder. De reden voor een wijziging kan weliswaar liggen in een wijziging in de prioritering van een bestuursorgaan, maar eventuele nadelige gevolgen van de wijziging voor de besluitvorming zijn aan te merken als juridisch complicerend.

Juridische factoren kunnen zowel binnen de invloedssfeer van een bestuursorgaan liggen als daarbuiten. Een voorbeeld van het eerste is de genoemde wijziging in wet- en regelgeving. Een bestuursorgaan dat een wijziging tot stand brengt, kan hierbij in vergaande mate rekening houden met de gevolgen die besluitvorming kunnen compliceren. Eventuele lagere bestuursorganen die worden geraakt met een wijziging van hogere regelgeving kunnen echter minder invloed uitoefenen op de gevolgen hiervan. Op onduidelijke of tegenstrijdige jurisprudentie is weer weinig invloed uit te oefenen, tenzij via wet- en regelgeving het desbetreffende punt wordt genormeerd of via het voeren van procedures deze jurisprudentie ter discussie wordt gesteld.

69 Commissie-Elverding 2008, Bijlage III.

Deze uitsplitsing biedt weliswaar de mogelijkheid om factoren te groeperen, maar zoals al eerder opgemerkt zijn de factoren in vergaande mate onderling afhankelijk. De wijziging in het juridische kader kan bijvoorbeeld zowel spelen in de politiek-bestuurlijke aard als in de wet- en regelgeving. Deze onderlinge relaties bemoeilijken de aanpak van de factoren, omdat deze relaties de gevolgen van de aanpak vertroebelen.

Niettemin biedt de uitsplitsing in drie groepen een algemene indicatie van de wijze waarop complicerende factoren kunnen worden aangepakt. Deze aanpak kent twee mogelijkheden. Complicerende factoren kunnen in de macht van het desbetreffende bestuursorgaan of buiten de macht van dit bestuursorgaan liggen. In de eerste situatie kan het bestuursorgaan in vergaande mate actie ondernemen om de besluitvorming te versimpelen. Dit betreft bijvoorbeeld een eigen wijziging van het juridische kader. De wijze waarop deze wijziging vorm krijgt, is in hoge mate afhankelijk van het bestuursorgaan zelf. Dit bestuursorgaan heeft het derhalve in zijn macht om complexiteit te verminderen of te voorkomen. Als de factor buiten de macht ligt van een bestuursorgaan, zoals bij de wetenschappelijke ontwikkelingen, dan kan een bestuursorgaan enkel zijn organisatie op deze factoren afstemmen. Hierdoor kan de complexiteit van besluitvorming verminderen, maar de mate waarin is afhankelijk van de externe factor. In deze situatie zal eerder een zekere mate van complexiteit in de besluitvorming aanvaard moeten worden.

4.2 Een beoordelingskader voor complicerende factoren

Aan de hand van de gegeven beschrijvingen van complicerende factoren en de wijzen waarop besluitvorming kan worden versimpeld, kan een algemeen beoordelingskader van de factoren worden geformuleerd. Hierbij maak ik de kanttekening dat een algemeen kader voor een veelzijdig onderwerp als de factoren van complexe besluitvorming toepasbaar dient te zijn voor verschillende situaties. Vanwege de grote variëteit aan factoren, is het onduidelijk of elke factor binnen een algemeen beoordelingskader past. Met deze kanttekening in gedachte stel ik het volgende beoordelingskader voor.

Allereerst moet de factor worden benoemd en een beschrijving worden gegeven van de wijze waarop deze factor bijdraagt aan complexiteit van besluitvorming. Bij deze beschrijving moet ook worden ingegaan op de mogelijke positieve effecten op de besluitvorming. Een factor die leidt tot complexiteit kan namelijk dusdanige positieve effecten hebben op de besluitvorming dat dit de negatieve effecten van de complexiteit mitigeert. Een sprekend voorbeeld is het bieden van inspraakmogelijkheden. Deze mogelijkheden kunnen de besluitvorming compliceren, maar leveren ook een positieve bijdrage aan de kwaliteit van de besluitvorming. Het dwingt een bestuursorgaan volledig toepassing te geven aan de relevante wet- en regelgeving en rekening te houden met de belangen van andere partijen, omdat een gebrekkig besluit anders door het gebruik van rechtsmiddelen onderuit kan gaan. Niettemin compliceren inspraakmogelijkheden de besluitvorming. In een afweging van de voor- en nadelen van inspraakmogelijkheden komt echter de conclusie naar voren dat het afschaffen van de inspraakmogelijkheden onwenselijk is. De vraag is dus in hoeverre het nuttige effect van een factor van complexiteit de negatieve gevolgen aanvaardbaar maken. Enkel als het nuttige effect onvoldoende wordt geacht, dan moet voor deze factor van complexe besluitvorming een

oplossing worden gezocht. Er is dan immers sprake van een onwenselijke complicerende factor.

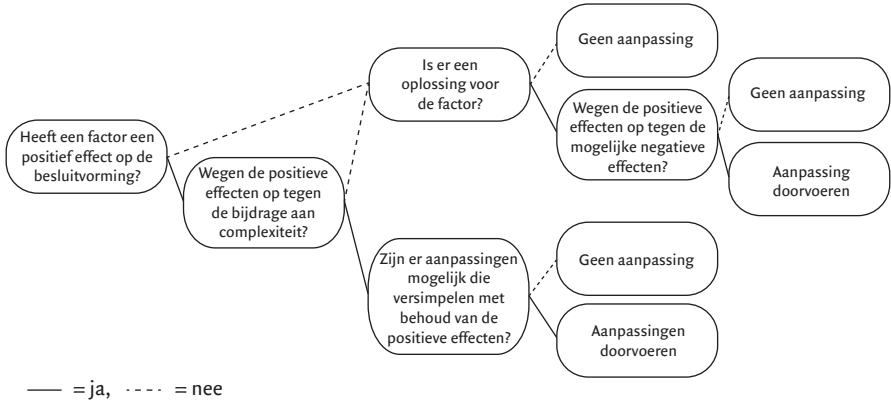
Als een factor overwegend positieve effecten heeft voor de besluitvorming, dan hoeft hiermee nog niet te worden gezegd dat ieder ingrijpen onwenselijk is. Het kan mogelijk zijn om de complicerende factor dusdanig aan te pakken dat het positieve effect behouden blijft, maar er niettemin een versimpeling van de besluitvorming optreedt. De complicerende factor wordt dan gewijzigd zonder dat er een negatief effect op de kwaliteit van de besluitvorming optreedt. Denk hierbij aan de integratie van verschillende besluiten, zodat ook de inspraakmogelijkheden tegen deze besluiten worden geïntegreerd. Hierdoor zijn er minder aparte inspraakmomenten, waardoor de procedurele complexiteit van de besluitvorming vermindert. Inspraak blijft niettemin mogelijk, waardoor de positieve effecten hiervan niet verloren gaan.

Behalve factoren die een nuttig effect hebben, zijn er uiteraard complicerende factoren waarvan geen nuttig effect uitgaat, zoals de beschreven afhankelijkheid van deskundige kennis. Deze factoren zijn onnodig complicerend voor besluitvorming en dienen in principe te worden opgelost. Ik zeg 'in principe', omdat de vraag rijst of alle factoren daadwerkelijk zijn aan te pakken. Oplossingen van complicerende factoren kunnen liggen in de aanpassing van wet- en regelgeving, bestuurlijke veranderingen, financiële en personele middelen of andere feitelijke aanpassingen. Het is echter niet uitgesloten dat een specifieke factor niet is op te lossen. De al genoemde complexe samenleving is een voorbeeld van een onoplosbare factor van complexiteit. Ook de mate waarin afhankelijkheid blijft bestaan van deskundige kennis en derden toont dat niet alle complexiteit is op te lossen door aanpak van de complicerende factoren. Een dergelijke onoplosbare factor is nog enkel te accepteren. Hiertegen ageren is verspilling van energie en middelen.

Als eenmaal is bepaald welke oorzaken van complexe besluitvorming onnodig dan wel onwenselijk zijn en ook zijn op te lossen, dan dienen vervolgens de mogelijke oplossingen te worden geformuleerd. Hierbij moeten deze mogelijke oplossingen worden afgewogen tegen eventuele nadelige gevolgen van het doorvoeren daarvan. Sommige oplossingen staan mogelijk niet in verhouding tot het probleem. Een factor kan bijvoorbeeld een zeer geringe bijdrage leveren aan de complexiteit, maar enkel op een zeer ingrijpende wijze worden opgelost. Een andere mogelijkheid is dat het oplossen van één oorzaak mogelijk leidt tot een nieuwe oorzaak of een verergering van een al bestaande andere oorzaak van complexe besluitvorming. Hier toont zich de al genoemde interactie tussen de factoren van complexe besluitvorming. In dergelijke situaties kan het wenselijker zijn om af te zien van de aanpassing van de factor.

Dan resteert nog de vaststelling dat er factoren van complexe besluitvorming zijn die onwenselijk en onnodig zijn en waarvoor een passende oplossing bestaat, die opweegt tegen de eventuele nadelige gevolgen daarvan. Deze factoren van complexe besluitvorming kunnen dus worden aangepakt, waardoor de besluitvorming kan worden vereenvoudigd.

Het voorgaande kan als volgt in een stroomschema worden weergegeven:



Figuur 1

Als eenmaal een complicerende factor voor besluitvorming is geïdentificeerd, dan kan aan de hand van dit stroomschema bepaald worden welke aanpak bij deze factor past. Het doel hiervan is om de beoordeling van de mogelijke versimpeling van complexe besluitvorming op een meer eenduidige wijze te verrichten. Niet de complexe besluitvorming als volledig fenomeen staat hiermee ter discussie, maar de factoren die deze complexiteit veroorzaken. Deze factoren verdienen aanpassingen om de besluitvorming te vereenvoudigen, waarbij dit stroomschema kan helpen.

5 Conclusie en stellingen

Complexe besluitvorming is een lastig fenomeen. Het is niet terug te brengen tot een definitie of vast te stellen aan de hand van een grens. Wel kan worden gesteld dat de complexiteit afhankelijk is van de voorzienbaarheid van de uitkomst van een besluitvormingsproces. Naarmate deze voorzienbaarheid afneemt, is een besluitvormingsproces complexer. Een besluitvormingsproces bevindt zich hiermee op een schaal tussen enerzijds eenvoudige, simpele besluitvorming en anderzijds volledig complexe besluitvorming. Ergens op deze schaal ligt het omslagpunt naar complex. Waar dit omslagpunt ligt, is echter niet van te voren te bepalen. Dit omslagpunt zal ook niet steeds voor ieder besluitvormingsproces gelijk zijn. Er is een veelheid aan verschillende besluitvormingsprocessen mogelijk aan te merken als complex, waarbij de redenen om deze processen als complex aan te merken onderling verschillen.

De mate waarin een besluitvormingsproces complex is, is afhankelijk van de factoren die deze besluitvorming beïnvloeden. Deze factoren bepalen de voorzienbaarheid van de uitkomst van het proces. Zowel de totale omvang van de factoren als de onderlinge relaties hiertussen kunnen deze voorzienbaarheid verminderen. Net als het brede spectrum aan besluitvormingsprocessen die als complex kunnen worden aangemerkt, zijn er vele soorten factoren die aan de complexiteit van besluitvorming kunnen bijdragen. Dergelijke factoren zijn bijvoorbeeld de partijen en personen betrokken in de besluitvorming, de regels die van toepassing zijn, de te betrekken materie en de te voeren procedures. Nadere invulling van deze algemene aanduidingen leren dat de variaties in de factoren groot kunnen zijn. Zo blijkt dat een kennislacune in de besluitvorming kan worden veroorzaakt door de afhankelijkheid van deskundige kennis, de afhankelijkheid ten opzichte van andere partijen en nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen.

Nu de complexiteit van besluitvorming afhankelijk is van de achterliggende factoren, dienen deze factoren beoordeeld te worden op de mate waarin zij kunnen worden aangepakt teneinde besluitvorming te versimpelen. Er zijn echter grenzen aan het streven naar versimpeling, waardoor volledige versimpeling zelden mogelijk is. Ten eerste, omdat sommige factoren niet weg zijn te nemen. Denk hierbij aan de inherente complexiteit van onze samenleving of de inherente complexiteit van bepaalde materie. Bij factoren die wel zijn aan te pakken, kan vervolgens nog een restant overblijven dat niet is weg te nemen. Hierdoor blijft deze factor in zekere mate besluitvorming compliceren. Beide beperkingen samen tonen aan dat er een zekere mate van complexiteit in de besluitvorming bestaat, die niet is weg te nemen.

Niettegenstaande het voorgaande is er ruimte om besluitvorming te versimpelen. Hierbij moet wel oog blijven bestaan voor eventuele positieve effecten van de desbetreffende factor. Als een complicerende factor een positief effect op de besluitvorming heeft, dan dient een aanpassing van deze factor niet te leiden tot

verlies van dit positieve effect. In het verlengde hiervan moet een eventuele oplossing van een factor van complexe besluitvorming wel op haar merites worden afgewogen tegen mogelijke negatieve effecten. Beide aspecten kunnen ervoor zorgen dat een factor van complexiteit niet of niet volledig dient te worden opgelost.

De vermindering van complexiteit is vanwege het voorgaande ook aan te duiden als een balanceeract tussen enerzijds de wens om te versimpelen en anderzijds de noodzaak om de kwaliteit van het besluitvormingsproces te waarborgen. Dit toont zich onder meer in de mogelijkheid om door vermindering van inspraak de besluitvorming te versimpelen. Het bieden van inspraak binnen een besluitvormingsproces heeft belangrijke positieve bijdragen aan het besluit, maar compliceert besluitvorming ook. Vanwege de positieve bijdragen is vermindering van deze complexiteit echter slechts in zeer beperkte mate mogelijk. Een te ver doorgevoerde versimpeling door beperking van inspraak kan dan negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit van de besluitvorming, terwijl slechte organisatie van de inspraakmogelijkheden de besluitvorming onnodig kan compliceren.

Het voorgaande doet de vraag rijzen in hoeverre het streven naar versimpeling van de besluitvorming wenselijk is. De mate waarin versimpeling tot stand kan komen is immers afhankelijk van een integrale beoordeling van een specifieke factor van de besluitvorming. Door een analyse van deze factor, mogelijke gebreken en positieve effecten daarvan en eventuele aanpassingen daarin kan besluitvorming weliswaar worden versimpeld, maar de focus ligt hierbij niet op de versimpeling zelf. Deze focus ligt op een verbetering van deze factor. Mede gezien de ongrijpbaarheid van complexe besluitvorming, de onmogelijkheid om te bepalen of besluitvorming niet langer als complex is aan te duiden en de genoemde focus op verbetering van een specifieke factor is een streven naar versimpeling van het besluitvormingsproces niet de meest praktische aanpak. In plaats daarvan is het aan te raden om bij andere handelingen, zoals de wijziging van wet- en regelgeving dan wel beleid, ook te kijken naar de gevolgen voor de complexiteit van het besluitvormingsproces. De complexiteit, of de wenselijke versimpeling van besluitvorming, is dan een van de aspecten waarmee in het kader van andere ontwikkelingen rekening moet worden gehouden.

Als laatste verdient aanbeveling om de complexe besluitvorming niet steeds als een negatief fenomeen te beschouwen. Zoals betoogd, is de mate van complexiteit het resultaat van verschillende factoren die de besluitvorming beïnvloeden. Voor zover er aan een besluitvormingsproces negatieve kanten kleven vanwege de complexiteit, zijn deze negatieve kanten het gevolg van de factoren. Hoewel versimpeling van deze factoren mogelijk is, zal volledige versimpeling van de besluitvorming echter zelden mogelijk zijn. Daarmee is complexe besluitvorming eerder een gegeven dat geaccepteerd dient te worden en niet een fenomeen dat steeds negatief moet worden benaderd.

Stellingen

- (1) Complexe besluitvorming is niet weg te nemen, maar de complexiteit kan enkel worden verminderd.
- (2) In wet- en regelgeving dan wel beleid moeten keuzes worden gemaakt voor de te hanteren reken- en meetmethodes dan wel grenswaarden enzovoort om de discussie in het besluitvormingsproces over deze aspecten te beperken.
- (3) Er dient gewerkt te worden met een deskundigenregister dan wel een certificeringsmethode voor deskundigen om de discussie over de deskundigheid van partijen in het besluitvormingsproces te beperken.
- (4) Een wettelijke inspanningsplicht van een initiatiefnemer tot creatie van draagvlak kan bijdragen aan de acceptatie van besluitvorming en daarmee tot minder gebruik van inspraakmogelijkheden.
- (5) Complexiteit als toetsingskader is geen effectieve wijze om besluitvorming te verbeteren.

Verslag Jonge VAR: Complexe besluitvorming

M.W. Holtkamp*

Op 30 november 2012 vond de vergadering van de Jonge VAR plaats bij AKD Advocaten en Notarissen in Rotterdam. Het thema van de vergadering was complexe besluitvorming. De preadviseurs Olaf Kwast, Jan van Beuningen & Jeroen van Bergenhenegouwen en Erwin Noordover behandelden dit thema vanuit verschillende invalshoeken. Voorzitter van de vergadering was Ben Schueler.

Inleiding Ben Schueler

Na een woord van welkom stond Ben Schueler kort stil bij de vergadering van de VAR in 1998 waar ‘complexiteit in het bestuursrecht’ ook het centrale thema was. De onderwerpen die toen behandeld werden, houden ons nog steeds bezig. Ben Schueler merkte op dat we in het recht vaak methoden zoeken om complexe zaken op te lossen, maar dat we er dan vaak achter komen dat het recht zelf een bron van complexiteit is. Recht is ook vaak een simplificatie van de problemen. Het besluit is eveneens een simplificatie die misschien wel te ver van de werkelijkheid afstaat. De volgende jaarvergadering van de VAR zal hierop verder gaan. Deze Jonge VAR-vergadering kan volgens Ben Schueler dienen als goede voorbereiding daarop.

Complexe besluitvorming in het economisch bestuursrecht; Energiewetgeving in transitie

Jan van Beuningen en Jeroen van Bergenhenegouwen hebben gezamenlijk het preadvies geschreven. Zij zijn de projectleiders van de wetgevingsagenda STROOM, over het wijzigen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet bij het Ministerie van Economische Zaken. Hun preadvies gaat niet over complexe besluiten (in de

* Merel Holtkamp volgt de Legal Research Master van de Universiteit Utrecht en is bedrijfsjuriste bij ProRail.

zin van de Awb) en regeltjes (in wet- en regelgeving) maar over complexe besluitvorming/het proces van complexe besluitvorming. Hoe kunnen ingesloten processen veranderd worden? Toegespitst op de energiesector: hoe kan de overheid haar verantwoordelijkheid voor een duurzame energievoorziening waarmaken in samenwerking met de stakeholders uit de energiesector en de samenleving? Katalysator van het nieuwe besluitvormingsproces in de energiesector is de gewenste omwenteling van een fossiele markt naar een duurzame markt. Sinds de laatste omwenteling in de energiesector, die naar een vraaggestuurde markt in de jaren negentig, is de sector in een relatiepatroon – dat zich kenmerkt door verticale sturing, het afschuiven van verantwoordelijkheid en toenemend wantrouwen – gevangen geraakt. Daarbij kwam de verantwoordelijkheid voor het publieke belang steeds exclusiever bij EZ te liggen, met als spiegelbeeld de marktpartijen die zich gelegitimeerd achtten om met inzet van alle middelen in overwegende mate hun eigenbelang te dienen.

Volgens de preadviseurs is dit specifieke patroon schadelijk voor de energiewereld en zij achten het noodzakelijk om – mede omwille van de duurzame transitie – dit relatiepatroon te veranderen. In het eerste deel van de presentatie behandelde Jan van Beuningen de liberalisering van de energiemarkt. Jeroen van Bergenhenegouwen vertelde vervolgens over de komende energietransitie.

De gedachte achter de liberaliseringsoperatie in de jaren negentig was ‘een markt waar mogelijk, een overheid waar nodig’. Tot 1998 was de hele energiemarkt in handen van de overheid. Mede onder druk van Brussel ging ook deze markt open. De productie van energie werd snel vrijgegeven, terwijl het netbeheer onder strenge (wettelijke) controle van de overheid bleef. Door de snelheid van de veranderingen was het voor energieproducenten niet mogelijk om investeringen die eerder waren gedaan terug te verdienen. Er ontstond een belangenstrijd tussen bestaande aanbieders, nieuwe aanbieders en de overheid (het Ministerie van Economische Zaken). De overheid nam de stelling in dat zij verantwoordelijk was voor de behartiging van het algemeen belang. Deze stellingname heeft veel in gang gezet. Door de verticale sturing van de overheid en de nadruk op het najagen van deelbelangen door private partijen is er een relatiepatroon ontstaan dat berust op een groot wantrouwen.

Dit relatiepatroon zette een negatieve spiraal in gang van meer sturing door de overheid, meer reflexief gedrag door de sector en ook steeds minder probleemoplossend, zelfregulerend en organiserend vermogen in de sector, waardoor steeds nieuwe problemen ontstaan die meer overheidssturing noodzakelijk maken. Van Beuningen gaat dieper in op deze negatieve spiraal en behandelt de rol van de politiek, van het bestuur, van de sector en van de toezichthouder. De politiek eigent zich steeds meer problemen toe en zegt toe de problemen op te lossen; het bestuur wordt steeds meer ingericht als probleemoplossingsfabriek; de sector wordt ‘ont-eigend’ en gaat achterover hangen, probleemoplossende capaciteiten verminderen en meer problemen ontstaan; de toezichthouder, ten slotte, rapporteert over de toegenomen problemen. Eén resultaat van deze spiraal is complexe en gedetailleerde wet- en regelgeving; complexiteit als gecondenseerd wantrouwen. In het geschreven preadvies geven de schrijvers een aantal voorbeelden van falende zelfregulering en een bijspringende overheid. De uitdaging waarvoor men nu staat bij het maken van de nieuwe energiewetgeving is om partijen te laten inzien dat

zij een gedeeld belang hebben en dat zij hier ook zelf verantwoordelijkheid voor moeten dragen. Hoe draai je die spiraal om; hoe kun je die weg terug bewandelen?

Jeroen van Bergenhenegouwen startte zijn betoog met de stelling dat de energietransitie een 'wicked problem' is; een probleem zonder duidelijke formulering en zonder duidelijke oplossing. Partijen zijn het oneens over de te varen koers. Daarnaast staan de vele deelbelangen in de sector een behartiging van het gezamenlijk, overstijgende belang in de weg. Bij de oplossing van het probleem van de energietransitie gaat het in de eerste plaats dus om een zoektocht naar een overstijgend gemeenschappelijk belang. Een zaak van overheid, sector en samenleving.

De preadviseurs noemden deze zoektocht naar het gemeenschappelijke belang het in gang zetten van een positieve spiraalbeweging. Hiervoor moet de overheid zich allereerst twee doelen stellen. Het eerste doel is materieel: een schone energiehuishouding en een koolstofvrije economie. Het tweede doel is maatschappelijk: een zodanige inrichting van wet- en regelgeving dat het materiële doel bereikt kan worden én dat de bestaans- en functioneringsvoorwaarden van de overheid, de sector en de samenleving worden gereproduceerd.

Met de wetgevingsagenda STROOM wil de overheid beide bovenstaande doelen bereiken. Zowel de inrichting van de nieuwe wet als het wetgevingsproces zelf zijn hiervoor van belang.

Bij de inrichting van de wet onderscheidden de preadviseurs drie verschillende fasen. De eerste is infaseren, het zorgen voor flexibele kaders die veranderingen in de sector kunnen opvangen. De tweede fase is consolideren, het optimaliseren en stroomlijnen van bestaande kaders. De derde fase is het uitfasen van wetgeving. Dit uitfasen moet zorgen voor minder regeldruk en moet ook het probleemoplossende vermogen in de sector verhogen.

Het wetgevingsproces kent drie doelstellingen. Ten eerste moet het een solide en goed onderbouwde wet zijn. Ten tweede moet de wet worden gedragen door alle *stakeholders*. Om tot deze brede acceptatie te kunnen komen moet het wetgevingsproces zo worden ingericht dat alle onderwerpen aan de orde komen en dat het onderlinge begrip en vertrouwen zodanig groeit dat alle *stakeholders* commitment voelen aan de uitkomst. Gevolg hiervan is dat er vóór de politieke behandeling al een 'done deal' ligt. Dit lijkt een grote ommekeer met het verleden. Hier zien de preadviseurs ook wel een risico dat ze willen *managen* door alle partijen (ook de Staten-Generaal) vroegtijdig te betrekken bij het proces, door bijvoorbeeld intensief gebruik te maken van sociale media. Deze benadering past bij het standpunt van de preadviseurs dat de primaire rol van de overheid bij het wetgevingsproces gericht is op het ordentelijk verloop hiervan. De overheid legt als het ware een denkbeeldig tafellaken in handen van de *stakeholders*, laat hen daaraan trekken en wederzijds ervaren welke tegenkrachten in het spel zijn. Hoe het tafellaken uiteindelijk op tafel komt te liggen is van ondergeschikt belang. Wetgeving is een instrument om te komen tot gedeelde maatschappelijke doelstellingen en dit vereist een ander relatiepatroon en een andere sturing. Ten derde zouden door het ontstane vertrouwen en de toegenomen probleemoplossende capaciteiten toekomstige problemen eenvoudiger, in gezamenlijkheid moeten kunnen worden aangepakt.

Vragen en discussie

De discussie spitste zich toe op het veranderde wetgevingsproces zoals de preadviseurs dit voorstaan. Is het realistisch om te denken dat een wetsvoorstel gedragen

kan worden door alle *stakeholders*? Kom je tot een evenwichtige afspiegeling van alle belangen? De preadviseurs hopen dat dit geen utopische gedachte is. Ze hanteren nu deze werkwijze en het lijkt te werken. Zij denken dat door deze aanpak de drempels om te gaan lobbyen in het parlement hoger worden; weghalen doe je ze nooit. Maar het is belangrijk om transparant te maken wat de belangen van de verschillende partijen zijn. Ook Kamerleden zien duidelijker de belangen achter suggesties voor Kamervragen en kunnen beter afwegen of deze het waard zijn om in debat te brengen. Daarnaast brachten de preadviseurs naar voren dat zij als ambtenaren natuurlijk wel blijven nadenken en interventies kunnen blijven plegen.

Ben Schueler vroeg zich af wanneer de preadviseurs tevreden zijn met de nieuwe werkwijze. Hun antwoord was dat de nieuwe behandeling in ieder geval moet zorgen voor een wet waarvan heel veel partijen vinden dat het beter is dan het was en waarvoor maar een beperkt aantal amendementen zijn aangenomen. Ook moet het minder complex zijn geworden.

Stelling: kan dit werken?

Een aanzienlijke minderheid van de vergadering denkt dat dit kan werken.

Complexe besluitvorming in het omgevingsrecht

Olaf Kwast⁷⁰ presenteerde zijn preadvies als een denkexerctie. Hij is van mening dat de betekenis van het besluit als duiding van de rechtsverhoudingen in het bestuursrecht aan het afnemen is terwijl projecten niet alleen meer zien op feitelijk handelen maar verworden zijn tot een soort rechtsvorm. Achterliggende vraag is: waar moet nou de aandacht liggen als we het hebben over het regelen van zaken rondom projecten, rondom de leefomgeving en alle belangen die daaromtrent spelen?

Olaf Kwast denkt dat het scherpe onderscheid tussen feitelijk handelen en besluiten aan het vervagen is. Niet alleen duidt het besluit minder de rechtsverhoudingen die ertoe doen bij projecten, maar ook projecten zelf worden meer een soort rechtsvorm waaraan consequenties verbonden zijn. Waarom is dit nou belangrijk? Begripsvorming is van belang voor een goed begrip van het recht. Met begrippen versimpel je de werkelijkheid en de preadviseur denkt dat dit heel belangrijk is. Als jurist hoef je niet overal aandacht voor te hebben maar het is wel belangrijk dat je binnen een bepaald feitencomplex op de essentie kan wijzen van de rechtsverhoudingen en de regels die daaraan vast zitten. Hier kunnen we het over hebben omdat deze rechtsverhoudingen elementaire begrippen zijn die zich lenen voor een goede gedachtewisseling waar het nou eigenlijk om gaat in het omgevingsrecht.

Olaf Kwast gaf vervolgens een aantal voorbeelden die zijn stelling onderbouwen. In de Tracéwet is sprake van een concentratie van beleidsvrijheid: het bestuursorgaan dat het Tracébesluit vaststelt, neemt de beslissingen over het nut en de noodzaak van het hele project. In de Wabo is een 'schaduwvocabulary' tot stand gekomen van toestemmingen en clustering van beoordelingsvrijheid. Hoewel er één omgevingsvergunning is gekomen, blijven de verschillende besluitonderdelen onverminderd van belang. In de Crisis- en herstelwet zijn alle voor een project

70 Advocaat bij AKD Advocaten en Notarissen.

benodigde vergunningen gebundeld. In een MER prevaleert de ondeelbaarheid van een project boven de bevoegdheid van afzonderlijke bestuursorganen. En tot slot geeft de Habitatrictlijn het voorbeeld dat het voor een project niet uit hoeft te maken dat de regels voor de verschillende besluiten verdeeld zijn over verschillende wetten (dus met verschillende aanvragen).

De preadviseur is van mening dat de aard van het project is veranderd vanwege het feit dat we in het omgevingsrecht allerlei regels hebben gesteld over projecten. De aard van het project is een juridisch debat aan het worden en daarom denkt Olaf Kwast dat het zinvol is om na te denken over projecten als rechtsvorm.

Over de nieuwe Omgevingswet merkt Olaf Kwast op dat het waarschijnlijk is dat het projectbesluit en de omgevingsvergunning hierin terugkomen. Hij denkt dat in de Wabo een aantal elementen zitten die niet bruikbaar zijn. Het grootste pijnpunt is dat de wetgever wel één omgevingsvergunning heeft geïntroduceerd, maar deze nieuwe werkelijkheid niet heeft opgeschreven. Er zijn geen nieuwe termen geïntroduceerd die aansluiten op de nieuwe werkelijkheid.

Vragen en discussie

Stellingen:

1. Het omgevingsrecht komt geen woorden tekort, wel rechtsbegrippen.
2. Projecten worden rechtsvormen.
3. Integratie van toetsingskaders is wel mogelijk.

Op een vraag uit de zaal wat Olaf Kwast in de eerste stelling bedoelt met 'rechtsbegrippen', zegt hij dat dit geen keiharde normen zijn maar simpelweg: hoe noemen we dingen? Wat zijn onze afspraken in de beroepsgroep over hoe wij met dingen omgaan waarvan we vinden dat die een bepaalde rechtsverhouding aanwijzen? Goede rechtsbegrippen zorgen voor een code waarin de essentie van een rechtsverhouding is gevangen. Een dergelijke code hebben we ook nodig in het omgevingsrecht.

Alke Metselaar vraagt zich af wat Olaf Kwast bedoelt met zijn tweede stelling. Moeten we ook anders gaan kijken naar projecten? Olaf Kwast zegt dat in het omgevingsrecht erg onzorgvuldig wordt omgegaan met projecten in vergelijking met de manier waarop in het algemeen bestuursrecht wordt omgegaan met het besluitbegrip. Er bestaan verschillende omschrijvingen van de term projecten in de verschillende wetten. Zijn bedoeling met stelling twee is niet zo zeer te benadrukken dat een project iets is gericht op rechtsgevolg, maar dat het een juridisch relevant begrip is waarvan de verschillende gevolgen niet goed zijn onderzocht. Op de vraag uit de zaal welke definitie van projecten Olaf Kwast zelf zou voorstellen, zegt de preadviseur dat hij hier geen definitief antwoord op heeft. Een project blijft feitelijk handelen, een ingreep in de omgeving. Voor een definitie zou hij beginnen met de ruimtelijke infrastructurele projecten die we nu kennen.

Harm Borgers merkt op dat hij de eerste stelling deelt met de preadviseur maar hij vraagt zich af waarom we het besluitbegrip zouden vervangen door het projectbegrip en waarom we beide begrippen niet naast elkaar gebruiken. Olaf Kwast zegt hierop dat het niet zijn bedoeling is om projecten te zien als vervanging van het besluitbegrip. Je zult besluiten houden. Je kan niet zonder beslissingen. Wat hij zou willen zien is een accentverschuiving. Met het besluit gaat het wel goed in het omgevingsrecht, daar moeten wij ons niet op richten. Maar we moeten ons richten

op het kanaliseren van alle materiële belangen via het project in plaats van via het besluit.

Willem Konijnenbelt zegt dat hij eerst dacht dat het preadvies ging over de ‘vervolking’ van het omgevingsrecht. Maar uiteindelijk gelooft hij dat de clou van het preadvies betrekkelijk eenvoudig is: hebben we voldoende fantasie om het mechanisme van de Tracéwet in ruimere zin toe te passen? Volgens Willem Konijnenbelt moeten we eerst de problemen inventariseren die moeten worden opgelost. Olaf Kwast zegt dat je daarmee in de verkeerde discussie terecht komt omdat je een discussie krijgt over het toepassingsbereik. Wanneer is een project complex? Met als aantekening dat je voor complexe projecten een ander institutioneel arrangement nodig hebt. Dit is volgens Olaf Kwast de verkeerde discussie omdat je er dan opnieuw van uitgaat dat je besluiten moet categoriseren naar de juiste wolk. Het gaat Olaf Kwast erom dat alle projecten een simpele vergunning nodig hebben. Wanneer ben je bereid het daar niet bij te laten en op een abstracter niveau een voor het project integrale beslissing te nemen?

Complexe besluitvorming vanuit rechtstheoretisch perspectief

De laatste preadviseur, Erwin Noordover,⁷¹ startte zijn presentatie met de uitleg dat zijn preadvies ziet op complexe besluitvorming zelf; wanneer is hier sprake van en hoe duid je het?

De preadviseur vindt het opvallend dat complexe besluitvorming vooral negatief wordt benaderd. Het wordt gezien als een probleem dat moet worden opgelost. Zowel de commissie-Elverding als een vergelijkbare commissie in Vlaanderen kwam tot deze conclusie. Maar net als in andere onderzoeken wordt er volgens Erwin Noordover geen eenduidige visie gegeven over wat complexe besluitvorming is. Daarom worden de volgende vragen ook niet beantwoord: wanneer is er sprake van complexiteit? Welk algemeen kader wordt gebruikt om complexiteit aan te pakken? Wanneer resteert er nog complexiteit? Deze vragen heeft Erwin Noordover gebruikt als basisvragen in zijn preadvies.

Wat is complexe besluitvorming? De preadviseur zegt dat dit de mate van onvoorzienbaarheid is van het besluitvormingsproces. Deze mate is afhankelijk van de voorzienbaarheid van de uitkomst op het moment van het indienen van een aanvraag voor een besluit. Allerlei toetsingskaders en belangenafwegingen maken de uitkomst meer onvoorzienbaar en daarmee complexer. Een zeker omslagpunt naar complexiteit is echter niet te bepalen, maar de beweging van een besluitvormingsproces richting complexiteit is afhankelijk van de factoren die in dit proces spelen. Als wordt geconcludeerd dat deze factoren complexiteit veroorzaken, dan kan gekeken worden hoe deze kunnen worden aangepakt. Erwin Noordover stelt dat complexiteit in besluitvorming echter niet is weg te nemen, maar slechts te verminderen. Drie complicerende factoren heeft hij nader onderzocht: kennislacunes in de besluitvorming, wijzigingen in het juridische kader en inspraakmogelijkheden. Erwin Noordover sloot zijn presentatie af met een aantal algemene lijnen. Volgens hem kunnen de complicerende factoren grofweg worden ingedeeld in

71 Advocaat bij Stibbe Advocaten.

drie groepen: feitelijke factoren, politiek-bestuurlijke factoren en juridische factoren. Meteen maakt hij hierbij een voorbehoud door te zeggen dat ook deze indeling niet absoluut is, omdat er allerlei dwarsverbanden bestaan tussen de drie groepen.

Vragen en discussie

Stellingen:

1. Complexiteit in besluitvorming is niet weg te nemen, maar de complexiteit is enkel te verminderen.
2. Door in wet- en regelgeving dan wel beleid keuzes te maken voor de te hanteren reken- en meetmethodes en grenswaarden wordt de discussie in het besluitvormingsproces over deze aspecten beperkt.
3. Een deskundigenregister dan wel een certificeringsmethode voor deskundigen kan de discussie over de deskundigheid van partijen in de besluitvormingsprocedure beperken.
4. De wettelijke plicht tot draagvlakcreatie draagt bij aan acceptatie van besluitvorming en daarmee minder gebruik van wettelijke inspraakmogelijkheden.
5. Complexiteit als toetsingskader is geen effectieve wijze om besluitvorming te verbeteren.

De discussie die ontstaat, spitst zich toe op stelling drie.

Richard Schulll vraagt zich af of Erwin Noordover met 'draagvlakcreatie' uit stelling vier niet hetzelfde bedoelt als de brede verkenning in de Tracéwet. Erwin Noordover zegt hierop dat hij met draagvlakcreatie een niet-juridisch ingekaderd proces bedoelt, waarbij het belangrijk is dat met partijen in overleg kan worden getreden op het moment dat een plan nog niet is uitgewerkt maar nog in een zo open mogelijke fase verkeert.

Olga Bos vraagt de preadviseur of je niet meer complexiteit toevoegt met een wettelijke plicht tot draagvlakcreatie. Een nieuwe stap erbij levert nieuwe onzekerheid op en dus wordt de uitkomst minder voorzienbaar. Erwin Noordover zegt dat het niet zijn bedoeling is om de fasen erg in te kleden: het is aan partijen en het is een inspanningsverplichting. De juridische consequenties zouden beperkt moeten blijven. Wel geef je met deze inspanningsverplichting een zekere formaliteit aan een proces dat je al proeft in de praktijk. Ook de commissie-Elverding memoreerde dat hoe meer je investeert in de voorfase, hoe meer winst je boekt in de latere fase van de procedure.

Op de vraag van Arwin Bos of je met de draagvlakcreatie het politieke proces niet juridiseert, zegt Erwin Noordover dat hij niet denkt dat hier het gevaar is van een grote overlap. Politieke verkiezingen vinden slechts eens in de vier jaar plaats op een veel globaler niveau dan keuzes voor specifieke projecten.

Harm Borgers vraagt Erwin Noordover hoe hij de positie van derden beschouwt in het proces van draagvlakcreatie. Erwin Noordover zegt dat je in eerste instantie uit moet gaan van goed gedrag van bestuursorganen: afspraken moeten worden nagekomen. Mocht blijken dat de afspraken niet worden nageleefd, dan is hier veelal documentatie van. Deze documentatie biedt dan grond voor toetsing van de inspanningsverplichting. Daarnaast zou volgens Erwin Noordover ruimte zijn voor actie uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter.

