

Mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling

Mr. A.W.G.J. Buijze*

1 Inleiding

Gebiedsontwikkeling is een complex proces, waarbij talloze partijen zijn betrokken en velerlei belangen moeten worden afgewogen. Het is bovendien vaak een zaak van lange adem. De eerste plannen voor de herstructurering van het Utrechtse stationsgebied ontstonden bijvoorbeeld al in de jaren tachtig. Naar verwachting zal het project worden voltooid in 2030. Gedurende het proces moet worden ingespeeld op onverwachte gebeurtenissen en maatschappelijke veranderingen. Planologen pleiten daarom tegen de grootschalige plannen van weleer en voor een meer organische manier van ontwikkeling.¹ Dit vereist een minder controlerende rol van publieke autoriteiten en meer vrijheid voor private initiatiefnemers.

Maar tussen droom en werkelijkheid staan wetten in de weg, en praktische bezwaren. Regelgeving, vooral wanneer die gedetailleerd en complex is, maakt het proces van gebiedsontwikkeling niet eenvoudiger. De flexibiliteit die vereist is voor de nieuwe vormen van gebiedsontwikkeling ontbreekt. Vanuit sommige hoeken klinkt dan ook de roep om meer flexibiliteit.

Ook vanuit het duurzaamheidsdenken is die roep om flexibiliteit goed te begrijpen. De overgang naar een duurzame samenleving is een transitieproces.² Dat vereist innovatie en inbreng uit de private sector.³ Rechtsregels zijn echter van nature conservatief: nieuwe, onvoorziene, maar wel wenselijke ontwikkelingen kunnen onbedoeld in strijd zijn met geldend recht. Het is het aloude probleem van de wetgever die nu eenmaal niet iedere situatie kan voorzien, waardoor de toepassing van rechtsregels in individuele gevallen soms tot onwenselijke uitkomsten leidt. Dat kan men beschouwen als de prijs van rechtszekerheid – het is immers van belang dat mensen op voorhand weten wat hun rechten en plichten zijn – maar blijkbaar wordt dit nadeel van rechtszekerheid tegenwoordig niet meer, of althans minder, geaccep-

* Anoeska Buijze (a.buijze@uu.nl) werkt als postdoc bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law.

1. PBL (Planbureau voor de Leefomgeving) & Urhahn Urban Design, *Vormgeven aan de spontane stad. Belemmeringen en kansen voor organische stedelijke herontwikkeling*, PBL, Den Haag 2012.
2. J.M. Cramer, 'De bijdrage van milieurecht aan duurzame ontwikkeling', in: N. Teesing (red.), *De Toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter? Verslag van het congres ter gelegenheid van het 30-jarig jubileum van de Vereniging voor Milieurecht, VMR 2012-3*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 23.
3. Cramer 2013, p. 19-20.

teerd. Wanneer de maatschappij snel verandert, zoals bij de transitie naar een duurzame samenleving wenselijk is, komen dergelijke uitkomsten wellicht ook vaker voor. Er wordt daarom wel beweerd dat het recht beter opzij gezet kan worden ten gunste van *adaptive governance*: governance-processen zijn beter geschikt om om te gaan met vernieuwing, innovatie en onzekerheid.⁴ Ze bieden ruimte voor inbreng door private partijen en voor ad-hoc-oplossingen voor onvoorziene problemen.⁵ Ze hebben echter ook nadelen: rechtszekerheid en de waarborgfunctie van het recht worden opzij gezet.⁶

In het CONTEXT-project doet de Universiteit Utrecht met een viertal partneruniversiteiten⁷ onderzoek naar de interactie tussen wetgeving en governance-processen bij duurzame gebiedsontwikkeling.⁸ De voorbeelden in dit artikel zijn ontleend aan dit project. In zeven casestudies⁹ is onderzocht welke rechtsregels tijdens die processen tot problemen leidden, of en hoe die problemen zijn opgelost en in welke mate flexibiliteit en innovatie ten koste gingen van rechtszekerheid en de bescherming van milieustandaarden. Het project toetst de hypothese dat open resultaatnormen het best geschikt zijn de hang naar flexibiliteit te verenigen met de waarborgfunctie van het recht, maar gedurende het onderzoek werd duidelijk dat alternatieve mechanismen om flexibiliteit te creëren beter geschikt zijn voor de Nederlandse context.

De meeste initiatieven die moeten leiden tot een flexibeler systeem zoeken dan ook naar een ideaal tussen twee uitersten, naar een recht dat aan de ene kant voldoende flexibiliteit biedt om de noodzakelijke innovatie te faciliteren en aan de andere kant wel zijn waarborgfunctie blijft vervullen. Er zijn verschillende manieren om de

4. M. van Rijswick & W. Salet, 'Enabling the Contextualization of Legal Rules in Responsive Strategies to Climate Change', *Ecology and Society*, vol. (2012) 17, nr. 2, art. 18, available at <http://dx.doi.org/10.5751/ES-04895-170218>, p. 1, en de daar aangehaalde literatuur.
5. Van Rijswick & Salet 2012, p. 1.
6. Van Rijswick & Salet 2012, p. 2.
7. UvA, TU Delft, Université Paris-Est en de University of Liverpool. Zie verder <http://context.verdus.nl>.
8. W. Salet & J. de Vries, *The Innovative Potential of Contextualising Legal Norms in Processes of Urban Governance: The Case of Sustainable Area Development*, CONTEXT Report 1. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.
9. De ontwikkeling van de Westflank Haarlemmermeer, waar nieuwe woningen moeten worden ingepast tussen bestaande natuur en rekening moet worden gehouden met de regelgeving over Schiphol; Markermeer/IJmeer, waar een robuust ecologisch systeem wordt gecreëerd als 'compensatiereservoir' voor toekomstige ontwikkelingen, binnen de grenzen van de Vogel- en Habitatrichtlijnen; de transformatie van de Amsterdamse wijk Buiksloterham via een flexibel bestemmingsplan van een industrieterrein tot een gemengd gebied waar wonen, werken en lichte industrie gecombineerd worden; de ontwikkeling van veenpolder Rijnenburg tot een duurzame woonwijk; de herstructurering van het Utrechtse stationsgebied, die werd bemoeilijkt door regelgeving over bodem- en luchtkwaliteit; de ontwikkeling van een entertainmentcentrum in de Triangle de Gonesse, in de periferie van Parijs; de ontwikkeling van een gedereguleerde Enterprise Zone nabij het vliegveld in Manchester.

flexibiliteit van het recht te vergroten, elk met zijn eigen voor- en nadelen. Inmiddels berucht is de methode Borgers,¹⁰ met of zonder positieve evenredigheid,¹¹ maar ook open normen en discretionaire bevoegdheden, substantiële en procedurele uitzonderingsmogelijkheden of een integraal afwegingskader bieden mogelijkheden tot flexibiliteit. Dan zijn er nog de equivalentiebepaling, en meer specifieke instrumenten als saldering, de gebiedsgerichte aanpak en het globale bestemmingsplan. Elk van deze methoden heeft zijn eigen voor- en nadelen waar het gaat om de ruimte voor inbreng van private partijen, het risico op proceduralisering, het dichtslippen van open normen, rechtszekerheid, het bereikte beschermingsniveau en derdenbelangen. Bij deze bespreking gaat het echter primair om de vraag of de diverse vormen van regulering ruimte bieden voor flexibiliteit en innovatie, althans voor zover die bijdragen aan duurzame gebiedsontwikkeling.

2 Dereguleren

Loslaten is beangstigend. Zoals hiervoor al werd aangestipt, zijn er auteurs die ervoor pleiten sturing door middel van het recht op te geven ten gunste van zogenoemde *adaptive governance*-processen. Juristen zullen dergelijke pleidooien niet met veel enthousiasme verwelkomen. Want hoe wordt gegarandeerd dat ook de belangen van partijen die niet proactief willen of kunnen deelnemen aan het governance-proces worden meegewogen, om maar niet te spreken van de intrinsieke waarde van plant- en diersoorten en ecosystemen? De veeleisende natuur- en milieuwetgeving is er niet voor niets. Het is maar al te makkelijk milieu- en natuurbelangen opzij te zetten ten gunste van meer economische ontwikkeling. Maar is die vrees gerechtvaardigd?

In de casestudie in Manchester konden de CONTEXT-onderzoekers met eigen ogen zien waar al te losse regelgeving toe leidt. Aanvankelijk werd de casus opgenomen in het project, omdat de flexibele aanpak in het Verenigd Koninkrijk aantrekkelijk leek. Daar werd wel soepel omgegaan met natuur- en milieunormen, zo was de gedachte. Sterker nog, Londen heeft lokale overheden de mogelijkheid geboden om zogenoemde *enterprise zones* in te stellen, waar extra wordt ingezet op ontwikkeling en economische groei. Lokale autoriteiten kunnen ervoor kiezen in de *enterprise zones* de regeldruk verder te verminderen. Bedrijven kunnen daar gemakkelijker vergunningen krijgen, zonder de administratieve rompslomp die daar gebruikelijk mee gepaard gaat.¹² Rond het vliegveld in Manchester is een derge-

10. H.C. Borgers, *Duurzaam handelen. Een onderzoek naar een normatieve grondslag van het milieurecht (diss. EUR)*, Den Haag: Borgers/Sdu Uitgevers 2012.

11. J. van der Heijden & H. Borgers, *Positief Positief Recht: Dworkin in De Polder*, April 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2121532> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2121532>.

12. N. Headlam, *Case Study Manchester Airport City Enterprise Zone, UK: Twin Engines for Growth*, CONTEXT Report 6. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

lijke zone aangewezen. Het governance-proces aldaar lijkt wel degelijk effectief. De marktgerichte benadering van de Commission for the New Economy, die de touwtjes in handen heeft, werpt vruchten af. Het vliegveld heeft recent een aanzienlijke buitenlandse investering binnengehaald en de door de crisis veroorzaakte tijdelijke verlamming lijkt verholpen.¹³ Maar de Manchester-casus toont ook de verwachte nadelen van een ongereguleerde governance-benadering. Aan andere dan economische belangen wordt nauwelijks aandacht besteed. De weinige burgers die aankloppen bij lokale autoriteiten vinden geen gehoor. Ze worden geconfronteerd met het feit dat het beleid wordt vastgesteld op regionaal niveau, waar zich geen nieuwe accountabilitymechanismen hebben ontwikkeld. De Stadsregio en het vliegveld kunnen in relatieve isolatie hun op groei gerichte strategie uitvoeren. Innovatieve duurzaamheidsmaatregelen worden er niet genomen: er worden spaarlampen in fittingen gedraaid, maar verder dan dat gaat het allemaal niet. Wanneer het doel van flexibilisering is dat nieuwe projecten doorgang kunnen vinden en de economie een boost krijgt, dan is dit een effectieve oplossing – maar ook een kostbare, in termen van schade die wordt toegebracht aan andere belangen. Wie hoopt dat extreme deregulering leidt tot duurzame initiatieven komt in de Engelse context bedrogen uit.¹⁴ Een governance-benadering leidt – niet heel verrassend – niet tot een duurzaam resultaat als de betrokkenen zich niet aan duurzaamheid gecommitteerd hebben. Wellicht is de governance-benadering te redden door criteria te stellen waar het governance-proces aan moet voldoen, om te voorkomen dat er een situatie zoals in Manchester ontstaat waarbij bepaalde belangen én belanghebbenden systematisch van besluitvormingsprocessen worden uitgesloten. Juist de instituties die zijn opgericht om economische groei te bevorderen hebben de meeste invloed op de besluitvorming. Dat zou natuurlijk anders kunnen. Zo'n aanpak is zeker een optie, maar heeft ook een aantal nadelen. Hierna komt deze procedurele benadering, waarbij het governance-proces zelf gereguleerd wordt, nog nader aan de orde.

3 Naar een andere omgang met het recht?

Een ongereguleerde governance-benadering leidt dus niet zonder meer tot duurzame resultaten. Maar is het omgekeerde, dat wetgeving de transitie naar duurzaamheid bemoeilijkt dan wel waar? Is het recht echt zo inflexibel als de governance-literatuur doet vermoeden? Niet noodzakelijk: de ware sleutel tot flexibiliteit ligt wellicht niet bij een ander soort normen, integrale afwegingskaders of wettelijke

13. A. Morby, 'Chinese Contractor backs Manchester Airport City', *Construction Enquirer*, 14 October 2013, www.constructionenquirer.com/2013/10/14/chinese-contractor-backs-800m-manchester-airport-city.

14. Headlam 2013.

uitzonderingsgronden, maar bij een andere omgang met het recht in zijn huidige vorm. Het gebrek aan flexibiliteit is dan niet zozeer het resultaat van de manier waarop de wetgever normen opschrijft, maar meer van de houding van de actoren die die normen vervolgens interpreteren en toepassen. Borgers heeft in zijn proefschrift uiteengezet hoe het recht geïnterpreteerd zou kunnen worden op een manier die duurzaam handelen mogelijk maakt.¹⁵ Zijn uitgangspunt is dat de wet in feite al voldoende flexibel is. De betekenis van de wet ligt immers niet besloten in de wettekst zelf. De wet krijgt pas betekenis in een sociale context en die betekenis wordt bepaald door de deelnemers, in die specifieke context. Meestal kost dit proces weinig moeite, de betekenis die aan een regel gegeven moet worden is dan duidelijk. Regels worden routineus toegepast. Maar in bijzondere gevallen, als duidelijk wordt dat de toepassing van een regel op de gebruikelijke wijze tot een pervers resultaat leidt, kunnen we gezamenlijk tot de conclusie komen dat de regel zo toch niet bedoeld is. De betekenis die we aan de regel geven verandert, of liever, wordt vastgesteld voor die specifieke situatie. Dat gebeurt niet willekeurig. De interpretatie die we geven reflecteert in de maatschappij levende normen, normen die ook in het rechtssysteem als geheel geïntegreerd zijn. Op het eerste gezicht lijkt dit een aantrekkelijke optie: het recht blijkt in staat met de samenleving mee te evolueren zonder tussenkomst van de wetgever. Er is al flexibiliteit, juist in die gevallen waar het nodig is om duurzaam handelen te faciliteren. Maar op basis van het CONTEXT- onderzoek lijkt dit geen haalbare kaart. Actoren lijken in de Nederlandse context niet bereid om de in de wet aanwezige flexibiliteit optimaal te benutten op de wijze die Borgers voorstaat. Het gaat hier om een methode van rechtsvinding die zwaar leunt op het werk van Ronald Dworkin. En hoewel diens werk ook in Europa sterk resoneert, is de rechterlijke aanpak die Dworkin beschrijft, ontleend aan zijn eigen, Amerikaanse rechtssysteem, en dan met name aan de benadering van het Hooggerechtshof. De inhoudelijke toets van het constitutionele hof lijkt in weinig op de toets die verricht wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: Afdeling). Dat de Afdeling meer in die richting zou gaan bewegen, lijkt onwaarschijnlijk en wordt in de Nederlandse context over het algemeen ook onwenselijk geacht: de rechter dient niet op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Zodoende toetst de Afdeling dus met name procedureel. Dat beïnvloedt sterk hoe bestuursorganen hun besluiten rechtvaardigen. Ze blijken risicomijdend. Bij de voorbereiding van besluiten ligt veel nadruk op de vraag of de toets van de Afdeling zou worden doorstaan, mocht het besluit aangevochten worden. Wie op de gebaande paden blijft, loopt relatief weinig risico. Creatieve inhoudelijke interpretaties zijn minder aantrekkelijk: de voordelen worden bij de rechtmatigheidstoet-

15. H.C. Borgers, *Duurzaam handelen. Een onderzoek naar een normatieve grondslag van het milieurecht (diss. EUR)*, Den Haag: Borgers/Sdu Uitgevers 2012.

sing nauwelijks meegewogen en de besluitvormingsprocedure overdoen wanneer het besluit vernietigd wordt, is tijdrovend en kostbaar. Alleen als er zwaarwegende redenen zijn, zijn bestuursorganen bereid wetgeving te contextualiseren.¹⁶ Uit de casestudies blijkt dat die zwaarwegende redenen veelal van economische of financiële aard zijn. Het robuuste ecologische systeem dat in het Markermeer moet verrijzen, maakt potentieel winstgevende ontwikkelingen mogelijk die anders niet gerealiseerd zouden kunnen worden.¹⁷ De in Utrecht geïmplementeerde biowasmachine kan worden gerealiseerd tegen een fractie van de kosten die gemoeid zouden zijn met traditionele sanering.¹⁸ Maar zelfs dan is contextualisering een moeizaam, risicovol en tijdrovend proces: lokale autoriteiten laten het liever aan de wetgever over de wetgeving aan te passen, zodat ook zonder ingewikkelde interpretatie duidelijk is dat hun plannen rechtmatig zijn. In Utrecht ging dat niet, omdat de tijdsdruk te groot was.¹⁹ Bij de robuuste ecologische zone ontbreekt het aan commitment op rijksniveau om wetgevingsmaatregelen te nemen, zodat lokale actoren op zichzelf aangewezen zijn om het project ook juridisch mogelijk te maken.²⁰

Overigens geldt ook bij de methode Borgers dat flexibiliteit alleen bijdraagt aan duurzaamheid wanneer duurzaamheid als waarde verankerd is in de maatschappij en het recht. Deze methode van rechtsvinding kan dus op zijn best voorkomen dat het recht in de weg staat aan het realiseren van een al levende wens duurzaam te handelen. Duurzaam handelen bevorderen als we daar niet toch al toe geneigd zijn, dat zal niet gebeuren. Hoe dan ook: lokale actoren zoeken zelden uit zichzelf naar nieuwe interpretaties. Het is dan ook niet vreemd dat de wetgever ervoor kiest bewust flexibiliteit te creëren en niet rekent op de inherente flexibiliteit van rechtsregels. Dat blijkt echter de nodige creativiteit te vereisen, zeker omdat het belang van rechtszekerheid en de waarborgfunctie van het recht niet uit het oog verloren mogen worden.

4 De traditionele benadering: discretionaire bevoegdheden

Wanneer de wetgever de indruk heeft dat het bestuur beter in staat is te beoordelen wat in een concreet geval het beste besluit is, dan zal hij het bestuur een discretionaire bevoegdheid toekennen. Dat kan op verschillende manieren. Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen beleidsvrijheid, beoordelingsvrijheid en beoor-

16. B. Waterhout, W. Zonneveld & E. Louw, *Case Study Markermeer-IJmeer, the Netherlands: Emerging Contextualization and Governance Complexity*, CONTEXT Report 5. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013; A. Buijze, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: How PPPs Restructured a Station, a Shopping Mall and the Law*, CONTEXT Report 4. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

17. Waterhout e.a. 2013, p. 6-7.

18. Buijze 2013, p. 47.

19. Buijze 2013, p. 47.

20. Waterhout e.a. 2013, p. 49.

delingsruimte. Deze bieden een aflopende hoeveelheid ruimte aan het bestuur.²¹ Het is goed ook een onderscheid te maken tussen discretionaire ruimte wat betreft de te realiseren uitkomst en discretionaire ruimte met betrekking tot de instrumenten die het bestuur kan inzetten om een vastgestelde uitkomst te realiseren. Door middel van resultaatsnormen kan een bepaald beschermingsniveau gegarandeerd worden, maar kan het bestuur, ook in overleg met non-gouvernementele actoren, zelf bepalen hoe dit resultaat bereikt wordt. Dat combineert rechtszekerheid met een zekere mate van flexibiliteit. Op zijn minst opent het de mogelijkheid nieuwe innovatieve technieken in te zetten voor het realiseren van inflexibele doelen of het bereiken van rigide standaarden. Daarmee wordt in elk geval tegemoetgekomen aan de klacht dat wetgeving overdreven instrumenteel is.²² Wanneer discretionaire ruimte bestaat om zelfstandig een acceptabel beschermingsniveau vast te stellen, is de flexibiliteit groter. Er bestaat dan ook de mogelijkheid om in overleg met lokale non-gouvernementele actoren het beschermingsniveau vast te stellen. Dat gaat wel ten koste van rechtszekerheid en een gegarandeerd minimum beschermingsniveau. In het algemeen vergroten discretionaire bevoegdheden de flexibiliteit van het bestuur. Ze bieden uitstekende mogelijkheden om gebruik te maken van lokale kennis en om zo goed mogelijk aan te sluiten bij specifieke lokale of onvoorziene omstandigheden. Dit gaat enigszins ten koste van de rechtszekerheid van betrokkenen, maar dat is een afweging die gemaakt moet worden.

Niettemin zijn er bij discretionaire bevoegdheden en open normen twee risico's die de flexibiliteit kunnen verminderen. Ten eerste blijken open normen vaak dicht te slibben, zodat toch minder vrijheid bestaat dan aanvankelijk gedacht. Daarnaast is er het risico van doorgesloten proceduralisering: het bestuur blijft wel vrij het besluit te nemen dat het het meest verstandig acht in de gegeven omstandigheden, maar wordt daarbij geconfronteerd met zo veel procedurele verplichtingen dat het besluitvormingsproces zelf rigide wordt.

5 Beginselregulering

Verwant aan wettelijke bepalingen die aan het bestuur discretionaire ruimte laten, is de zogenoemde beginselregulering waarvoor wordt gepleit door Salet & Van Rijswick.²³ Deze methode maakt de normatieve beginselen die ten grondslag liggen aan het recht duidelijk en laat het vervolgens aan lokale actoren over om deze beginselen in concrete gevallen toe te passen. Beginselregulering biedt geen pasklare oplossing in concrete gevallen, maar identificeert wel de waarden die ten grondslag

21. Zie uitgebreider Buijze 2013, p. 50 e.v.

22. Van Rijswick & Salet 2012, p. 2.

23. Van Rijswick & Salet 2012.

liggen aan het rechtssysteem. Als zodanig geeft ze meer houvast dan de methode Borgers: het zijn dezelfde waarden die bepalen wat de rechtens juiste oplossing is, maar anders dan bij de dworkiniaanse rechtsvinding hoeven ze niet afgeleid te worden uit het rechtssysteem als geheel, maar worden ze voorgeschreven door de wetgever. Voordeel daarvan is dat ze progressiever kunnen zijn. Dworkiniaanse rechtsbeginselen worden afgeleid uit het rechtssysteem als geheel. Als duurzaamheid niet al een waarde is die naar voren komt in het recht, zal beginselgestuurde rechtsvinding niet tot duurzame uitkomsten leiden. Wanneer de wetgever duurzaamheidsbeginselen introduceert, kan daadwerkelijk verandering optreden.

Via beginselregulering worden actoren gedwongen om oplossingen op maat te vinden voor concrete gevallen. Daarmee wordt aanvankelijk het risicomijdende gedrag dat de methode Borgers ondermijnt voorkomen. Maar het gaat ook hier om open normen: breed geformuleerde resultaatsnormen om precies te zijn. We lopen tegen grotendeels dezelfde problemen aan als bij discretionaire bevoegdheden. Open normen slibben dicht wanneer steeds meer regels worden afgeleid van de in de wetgeving opgenomen beginselen, door het bestuur zelf of door de rechter. En ook hier is het risico dat procedurele normen worden ontwikkeld die de flexibiliteitswinst weer tenietdoen.

Dat open normen in de praktijk gemakkelijk werken, blijkt niet uit de in CONTEXT onderzochte casussen. Zo werden bij de ontwikkeling van Rijnenburg door de juristen van het Waterschap problemen voorzien met het gelijkheidsbeginsel.²⁴ Dat zou eraan in de weg staan dat het Waterschap bijdroeg aan maatregelen die een hoog veiligheidsniveau in de nieuwe Utrechtse wijk zouden garanderen, terwijl in het naburige Nieuwegein het oude, lagere veiligheidsniveau zou worden gehandhaafd. Daarmee worden de burgers van Nieuwegein anders behandeld dan die in Rijnenburg. Dat is een wel heel rigide interpretatie van het gelijkheidsbeginsel, die het nagenoeg onmogelijk zou maken het veiligheidsniveau geleidelijk te verhogen. In Buikslooterham werd geworsteld met de ‘goede ruimtelijke ordening’, ook een norm die bijzonder veel ruimte laat aan het lokale bestuur.²⁵ Nu is de ruimte die die norm biedt natuurlijk minder groot dan je bij lezing van de wettekst zou denken, maar ook waar wel ruimte is, blijkt de operationalisering heel wat voeten in de aarde te hebben. Zowel het dichtslibben van open normen als het gevaar van proceduralisering wanneer geen inhoudelijke normen worden gesteld, wordt door deze casus geïllustreerd.

24. A. Buijze, *Case Study Utrecht Rijnenburg, the Netherlands: Failure to Launch*, CONTEXT Report 7. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

25. S. Dembski, *Case Study Amsterdam Buikslooterham, the Netherlands: The Challenge of Planning Organic Transformation*, CONTEXT Report 2. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

6 Open normen slibben dicht

Wanneer de wetgever een open norm opneemt in de wet, biedt dat aanvankelijk mogelijkheden. Maar het is geenszins gezegd dat die mogelijkheden blijven bestaan. Soms is dat bewust, wanneer open normen verplicht worden ingevuld bij algemene maatregel van bestuur (AMvB). Maar vaak kiest het bestuur er zelf voor nadere regels vast te stellen of zich te laten leiden door handreikingen en richtlijnen die zijn opgesteld door partijen met meer kennis van zaken.²⁶ Dat hoeft geen verbazing te wekken en is vaak ook verstandig: vuistregels zijn nu eenmaal efficiënter en het is zonde als steeds weer door ieder bestuursorgaan afzonderlijk het wiel moet worden uitgevonden. Het afwegen van verschillende belangen kost tijd en expertise, en wanneer die afweging maar één keer gemaakt hoeft te worden, is dat winst. Wanneer het om ingewikkelde materie gaat, heeft ook niet ieder bestuursorgaan de benodigde kennis zelf in huis. Uit oogpunt van flexibiliteit is het minder positief. Zelfs wanneer de nadere regels niet bindend zijn, moet een aarzeling worden overwonnen om ervan af te wijken. Wie van de gebaande paden afdwaalt, loopt een risico. En dat heeft alles te maken met de wijze waarop de Afdeling besluiten toetst. Want uiteindelijk is het niet het bestuur zelf dat bepaalt hoeveel discretionaire ruimte de wetgever heeft gelaten, de bestuursrechter heeft het laatste woord. Dat is zo als het gaat om een wettelijke bepaling waar beoordelingsruimte in zit, omdat dan de bestuursrechter vol toetst, maar ook wanneer het bestuur denkt beoordelingsvrijheid te hebben loopt het risico's: het is immers de bestuursrechter die bepaalt of het gaat om beoordelingsruimte of beoordelingsvrijheid, en die de intensiteit van zijn toetsing daarop aanpast. Daarom is het op voorhand onzeker of een nieuwe, creatieve wijze van handelen binnen de grenzen van de wet valt. Met een conservatieve houding loopt het bestuur eenvoudigweg minder risico's. De Afdeling zal immers een besluit dat overeenstemt met een gezaghebbende handreiking of van tevoren opgesteld beleid eerder goedkeuren.

Hoe normen in de praktijk dichtslibben, kan goed geïllustreerd worden aan de hand van de ontwikkeling van Buiksloterham. In Amsterdam valt het niet mee aan de geldende geluidsnormen te voldoen. Enige creativiteit is vereist, maar daar is ook ruimte voor. Het gaat hier om resultaatsnormen: er is een maximaal geluidsniveau dat acceptabel is waar binnen zekere grenzen van afgeweken kan worden, maar hoe dat niveau bereikt moet worden, volgt niet uit de wetgeving. Er is dus ruimte

26. Er zijn overigens ook auteurs die beargumenteren dat het opstellen van beleidsregels weleens verplicht zou kunnen zijn op grond van het transparantiebeginsel, althans in de Europese context. Het belang van rechtszekerheid wordt dan zo groot geacht, dat veel van de inherente flexibiliteit van discretionaire bevoegdheden wordt opgegeven. A. Prechal & M. De Leeuw, 'Dimensions of Transparency: the Building Blocks of a New Legal Principle', in *REAL* 2007, p.p. 51-61, p.p. 54-56.

genoeg voor flexibele oplossingen. Je zou verwachten dat de gemeente die ruimte zo veel mogelijk wil laten bestaan om het zichzelf niet nog moeilijker te maken aan de norm te voldoen. Maar toch heeft de gemeente in haar beleidsregel ‘Vaststelling hogere grenswaarden Wet geluidhinder, Amsterdams beleid’ opgenomen dat gebouwen minimaal één ‘stille zijde’ (met een geluidsbelasting van minder dan 50 dB(A)) moeten hebben. Die extra regel leverde bij de herontwikkeling van Buikslooterham problemen op, zelfs al ging het hier maar om een beleidsregel.²⁷ Ook voor de vraag hoe omgegaan moet worden met geluidsnormen bij het opstellen van het bestemmingsplan zijn vuistregels opgesteld. Het toenmalige ministerie van VROM heeft de Handreiking industrielaawaai en vergunningverlening opgesteld. De Handreiking suggereert een maximaal te tolereren geluidsbelasting van 55 dB(A) op de gevel van een woning. De Vereniging Nederlandse Gemeenten heeft vervolgens een lijst opgesteld met minimumafstanden tussen woningen en verschillende bedrijventypen, zodat niet steeds in individuele gevallen een acceptabele afstandsnorm berekend hoeft te worden. Hoewel de lijst niet bindend is, zal een zwaardere motivatieplicht gelden wanneer van de voorgestelde afstanden afgeweken wordt.

Ook de gemeente Utrecht bracht zichzelf in de problemen met te rigide normstelling op lokaal niveau. De vaststelling van het gebied waarin bodemverontreiniging door middel van de biowasmachine plaats zou vinden, vond plaats in twee fasen. Over hoe dat moest gebeuren, was in de Wet bodembescherming (Wbb) niets vastgelegd. De gemeente had dus alle vrijheid. Er werd eerst een relatief klein gebied vastgesteld, op een later moment zou dat worden uitgebreid. Voor die uitbreiding werden op voorhand criteria vastgesteld, die later technisch niet toepasbaar bleken te zijn. Daarmee had de gemeente zichzelf verplicht het onmogelijke te doen.²⁸

7 Proceduralisering

Wanneer inhoudelijke beslissingen worden overgelaten aan andere actoren, betekent dat niet dat de wetgever alle controle opgeeft. Door transparantie- en rapportageverplichtingen op te leggen aan het bestuursorgaan dat de standaarden bepaalt, kan een zekere controle behouden worden. De wetgever reguleert hier in feite het governance-proces zelf in plaats van de uitkomst ervan. Door het volgen van de juiste procedure wordt geprobeerd een acceptabele uitkomst te garanderen. Deze benadering wordt door de Europese wetgever gebruikt bij kaderrichtlijnen. Het uitgangspunt van bijvoorbeeld de kaderrichtlijn water is dat de lidstaten beter in staat

27. Dembski 2013.

28. Buijze 2013, p. 46. De wijziging van de Wet bodembescherming bracht uiteindelijk uitkomst.

zijn realistische kwaliteitsstandaarden vast te stellen dan de EU-instituties.²⁹ Het opleggen van onderzoeksplichten is een andere manier om het besluitvormingsproces te reguleren zonder op voorhand een uitkomst vast te leggen.

Niet alle procedurele eisen komen van de wetgever. Ook de rechter stelt eisen aan besluitvormingsprocedures. Wanneer het bestuur veel discretionaire ruimte heeft, is een procedurele toets het enige instrument dat de rechter heeft om rechtvaardige besluitvorming te garanderen. Wanneer inhoudelijke normen ontbreken, zullen al gauw procedurele eisen zwaarder gaan wegen. Dit is ook het argument dat Schueler geeft tegen al te open normen in het omgevingsrecht.³⁰ Zulke normen kunnen alleen over de band van motivering en zorgvuldigheid worden getoetst. Er moet dus intensief onderzocht en afgewogen worden wanneer er open normen en discretionaire bevoegdheden zijn.

Maar in de praktijk worden juist ook procedurele eisen als belastend ervaren. Het is moeilijk grenzen te stellen: wanneer is een procedure zorgvuldig, als altijd meer en beter onderzoek gedaan kan worden, en gebruikte methoden altijd ter discussie kunnen worden gesteld? Onderzoeksresultaten zijn bovendien maar beperkt houdbaar, wat ook schuurt met de roep om flexibiliteit en versnelling van procedures. Wil men toch nog iets veranderen in een plan, dan moet vaak nieuw onderzoek uitgevoerd worden. In Buiksloterham werd bij het ontwerpen van het bestemmingsplan veel aandacht besteed aan het 'Raad-van-State-proof' maken van het bestemmingsplan. De aandacht voor de toch voornamelijk procedurele toets van de Raad van State ging ten koste van de aandacht voor de inhoud, maar leidt ook tot rigiditeit in het besluitvormingsproces. Er is veel mogelijk, dus er bestaat wel degelijk flexibiliteit wat betreft aanvaardbare uitkomsten, maar erg soepel gaat het allemaal niet. Vlug inspelen op veranderende omstandigheden is er niet bij.³¹

8 Gebiedsgerichte benadering en saldering

Bij een gebiedsgerichte benadering wordt een norm gesteld voor het gebied als geheel. Binnen het gebied kan gedifferentieerd worden. Het gaat hier niet om het afstrepfen van de ene kwaliteit tegen de andere, zoals bij de hierna te bespreken integrale benadering, maar om een flexibelere omgang met één bepaalde standaard. Een (tijdelijk) lagere luchtkwaliteit in een deel van het gebied kan gecompenseerd

29. S. van Holten & M. van Rijswijk, 'The consequences of a governance approach in European Environmental directives for flexibility, effectiveness and legitimacy', in: M. Peeters & R. Uylenburg (eds.), *EU environmental legislation: Legal perspectives on regulatory strategies*, Edward Elgar Publishing verschijnt mei 2014.

30. B. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve evenredigheid', *Men R* 2012/47.

31. Dembski 2013, p. 55.

worden door een betere kwaliteit elders, bijvoorbeeld.³² Of een tijdelijke verslechtering van de bodemkwaliteit is acceptabel omdat die bijdraagt aan een verbetering van de kwaliteit van het gebied als geheel op de langere termijn.³³ De gebiedsgerichte aanpak kan inderdaad innovatieve technieken mogelijk maken. In Utrecht is dat met de biowasmachine ook gebeurd. Door vervuiling rond te pompen wordt de natuurlijke afbraak van gifstoffen gestimuleerd. Op lange termijn komt dat de bodemkwaliteit ten goede, maar daarvoor verspreidt de vervuiling zich naar gebieden die nu nog schoon zijn.

Waar het minimumstandaarden betreft die uit veiligheids- of gezondheidsoogpunt zijn gesteld, is deze manier van flexibilisering minder geschikt. Een goede kwaliteit in een deel van het gebied kan dan de lagere kwaliteit elders niet compenseren. Maximaal toegestane concentraties van giftige stoffen zijn een voor de hand liggend voorbeeld.

De gebiedsgerichte aanpak werkt het best wanneer lokaal en tijdelijk afwijken van de norm nodig is om op termijn de kwaliteit in het hele gebied te vergroten. Om differentiatie in kwaliteitsniveaus mogelijk te maken is een gebiedsgerichte aanpak overbodig. Minimumstandaarden sluiten differentiatie niet uit: over het algemeen is er geen beletsel om een hogere kwaliteit dan het gestelde minimum na te streven. Het gevaar van een meer algemene toepassing van de gebiedsgerichte benadering is dan ook dat het mogelijk wordt om minimumnormen te omzeilen. Het gaat er dan in eerste instantie om dat in delen van het gebied een lagere norm geldt. De hogere kwaliteit elders in het gebied is compensatie, een prijs die betaald moet worden voor het overschrijden van de standaardnorm. Wordt de gebiedsgerichte aanpak op deze manier gebruikt, dan wordt de waarborgfunctie van het recht aangetast op een wat mij betreft onacceptabele wijze. In meer algemene zin kan een gebiedsgerichte aanpak nadeel opleveren voor eigenaren en gebruikers van die delen van het gebied waarvoor normoverschrijding wordt toegestaan.

Ten slotte zijn met een gebiedsgerichte aanpak de nodige administratieve lasten gemoeid. Een gebiedsgerichte aanpak lijkt geen garantie voor eenvoudiger besluitvorming. Kritisch over de gebiedsgerichte aanpak als manier om minimumnormen voor natuur- en milieubescherming te omzeilen is bijvoorbeeld Woldendorp.³⁴ Hij

32. N. Bontje, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: Legal Contextualization as Suitable Solution for Air Quality*, CONTEXT Report 9. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

33. A. Buijze, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: How PPPs Restructured a Station, a Shopping Mall and the Law*, CONTEXT Report 4. AISSR programme group Urban Planning, Amsterdam 2013.

34. Hans Woldendorp, 'Waar is de gek die de normen heeft vastgesteld? Het gebiedsgerichte natuurbeschermingsbeleid in het perspectief van een geïntegreerde gebiedsgerichte aanpak', *BR* 2009, p. 451.

twijfelt ook of door een gebiedsgerichte aanpak de besluitvorming over bouwprojecten wordt vereenvoudigd, laat staan versneld.³⁵

Binnen CONTEXT komen de gebiedsgerichte benadering en saldering veelvuldig om de hoek kijken. Vanuit duurzaamheidsoogpunt geeft dat wisselende resultaten. De gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging lijkt kansrijk. De traditionele gevalsgerichte benadering was niet alleen een blokkade voor nieuwe bouwprojecten, maar leidde ook niet tot een verbetering van de bodemkwaliteit, terwijl het daar toch om begonnen was. Niet alleen de bouwprojecten, maar ook de sanering stagneert.³⁶ De in Utrecht ontwikkelde biowasmachine lijkt dan ook in bijna alle opzichten een verbetering.³⁷ Het Nationaal Actieprogramma Luchtkwaliteit en de Utrechtse variant daarvan daarentegen hebben vanuit duurzaamheidsoogpunt geen winst opgeleverd, alle goede bedoelingen ten spijt.³⁸ Nieuwe projecten kunnen doorgang vinden en dat kan natuurlijk wel degelijk beschouwd worden als een pluspunt, maar met de luchtkwaliteit blijft het kwakkelen. In beide studies werd ook duidelijk dat een gebiedsgerichte aanpak besluitvormingsprocedures niet noodzakelijkerwijs vergemakkelijkt. Met name de studie naar luchtkwaliteit suggereert dat voor lokale overheden de besluitvorming over welke projecten onder welke voorwaarden doorgang kunnen vinden hoge eisen stelt aan hun capaciteit.³⁹

9 Een integraal afwegingskader

Een integraal afwegingskader maakt het mogelijk verschillende waarden tegen elkaar af te wegen. Het resultaat van een dergelijke afweging is onvoorspelbaar en er bestaat een risico dat steeds dezelfde belangen het afleggen. Flexibiliteit met betrekking tot de uitkomst gaat hier waarschijnlijk het meest ten koste van de rechtszekerheid en van het borgen van zwakke belangen. Daarnaast is de noodzaak van procedurele normen om een legitieme uitkomst te garanderen groot: welke afweging ook gemaakt wordt, een goede onderbouwing is noodzakelijk.

Een integraal afwegingskader lijkt wel wat op het positieve evenredigheidsbeginsel:⁴⁰ er wordt een integrale kosten-batenafweging gemaakt, en zo lang de uiteindelijke balans positief is, is de ontwikkeling in kwestie toelaatbaar. Het heeft echter een aantal nadelen ten opzichte van de combinatie van standaardregels met dat positieve evenredigheidsbeginsel. Er is geen standaardregel die in simpele gevallen de oplossing voorschrijft: er moet steeds een integrale afweging worden gemaakt. De

35. Idem.

36. Hans Woldendorp, 'Ondergrondse regelingen opgediept (deel 2)', *Bouwrecht* 2012/112.

37. Buijze 2013, noot 21, supra.

38. Bontje 2013, p. 28.

39. Bontje 2013, p. 28.

40. Van der Heijden & Borgers 2012.

winst die vuistregels opleveren, is er hier niet. Daarnaast heeft positieve evenredigheid een veiligheidsklep: het toepassen van het beginsel kost moeite. Er moet gemotiveerd en onderzocht worden, en de besluitvorming zal kostbaarder zijn dan wanneer het beginsel niet wordt toegepast. Dat biedt enige garantie dat alleen wordt afgeweken van de voorgeschreven standaarden wanneer daarmee aanzienlijke winst valt te behalen. Bij een integraal afwegingskader ontbreekt die veiligheidsklep: de procedure is immers altijd dezelfde.

Ook hier geldt dat de waarborgfunctie van het recht op de tocht komt te staan. Er is geen gemakkelijk toepasbare inhoudelijke norm waaraan getoetst kan worden of de integrale afweging rechtmatig is. Ook hier zal de rechter teruggrijpen op het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel om besluiten te toetsen, met alle verantwoordings- en onderzoeksplichten van dien.⁴¹

10 Afwijkingsgronden

Bij wettelijke afwijkingsgronden heeft de wetgever voor ogen wat voor resultaat hij wil bereiken, en hoe. Er is een standaardoplossing: een gedragsnorm die wanneer hij wordt nageleefd naar verwachting positief bijdraagt aan beleidsdoelstellingen. Tegelijkertijd is op voorhand duidelijk dat die standaardoplossing niet in alle gevallen werkt. Voor die gevallen heeft de wetgever een uitzondering opgenomen. De standaardnorm wordt opzij gezet en er wordt ruimte geboden voor een beter passende oplossing. De gevallen waarin dat mogelijk is, zijn op voorhand gedefinieerd, maar er kan verschil zitten in hoe ruim ze zijn geformuleerd. Wanneer de uitzonderingsgronden redelijk scherp zijn geformuleerd, is de rechtszekerheid gegarandeerd en ook de waarborgen die de wetgever wil bieden, blijven in stand. Maar de daadwerkelijke flexibiliteit bij deze methode is beperkt, want wat kan, is afhankelijk van de voorzienigheid van de wetgever. Omdat die per definitie tekortschiet, blijven er altijd onvoorziene situaties waarin het onverkort toepassen van de wetgeving een minder dan optimaal resultaat geeft. Het opnemen van wettelijke uitzonderingen biedt wel meer mogelijkheden dan alleen een standaardregel, maar creëert geen echte flexibiliteit in de zin dat effectief kan worden omgegaan met onvoorziene situaties. Daarnaast leidt juist de neiging om voor iedere situatie een passende regel te willen maken tot fijnmazige, complexe wetgeving. En daar wilden we nu juist vanaf.

Wel is denkbaar dat er brede wettelijke afwijkingsgronden komen. Afwijken van de standaard is dan mogelijk wanneer dat bijdraagt aan bijvoorbeeld het realiseren van het doel van de wetgeving, het creëren van een duurzame samenleving, of met toepassing van het zogenoemde positieve evenredigheidsbeginsel. Hoewel dat in

41. B. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve evenredigheid?', *Men R* 2012/47.

theorie zou kunnen leiden tot meer duurzame oplossingen – vooral wanneer duurzaamheid een uitzonderingsgrond wordt – zijn dergelijke normen voor een rechter slecht toetsbaar. Het gevaar van proceduralisering steekt dan weer de kop op. Omdat aan de inhoudelijke norm slecht getoetst kan worden, valt de rechter terug op veeleisende procedurele normen.

11 Afwijkingsprocedures

Hoe moet het dan wel? Het opnemen van afwijkingsprocedures in wetgeving biedt een oplossing voor het belangrijkste probleem van de afwijkingsgronden. De wetgever definieert nog steeds een hoofdregel. Weer realiseert hij zich dat die hoofdregel niet in alle gevallen tot de beste uitkomst zal leiden. Maar anders dan bij de afwijkingsgronden, erkent hij dat hij niet kan voorzien wanneer dat het geval is. Hij laat het aan het bestuur over dat te bepalen. Dat kan afwijken van de norm wanneer de daartoe geëigende procedure wordt gevolgd. Inhoudelijk worden er geen handvatten geboden om de afweging te maken of afwijken gerechtvaardigd is. De waarborg zit in de te volgen procedure. Voor standaardgevallen schrijft de wetgever de uitkomst van het besluitvormingsproces voor. Leidt dat tot onwenselijke resultaten, dan valt hij terug op de andere optie die hiervoor werd geïdentificeerd: het reguleren van het governance-proces.

Deze methode heeft duidelijke voordelen ten opzichte van het uitsluitend reguleren van het governance-proces. Voor standaardgevallen is immers een standaardoplossing voorhanden. Er hoeven dan geen veeleisende procedures gevolgd te worden. Wanneer het niet om standaardgevallen gaat, heeft deze methode dezelfde nadelen. De rechtszekerheid en de waarborgfunctie staan op de tocht, en er wordt zwaar geleund op de aanname dat procedurele regels kunnen leiden tot een legitieme uitkomst. Deze methode garandeert wel dat dat niet zomaar gebeurt: het is kostbaar om af te wijken van de standaardregel en dat zal dus alleen gebeuren als er in zeker opzicht winst valt te behalen. Of een meer duurzame oplossing die additionele kosten rechtvaardigt, althans in de optiek van degene die de regeling moeten toepassen, moeten we maar afwachten.

12 Equivalentiebepalingen

Een laatste alternatief is het opnemen van een equivalentiebepaling. In feite is dat een algemeen geformuleerde materiële uitzonderingsgrond. De wet schrijft de methode voor waarmee een in de wet opgenomen doel gerealiseerd dient te worden, maar houdt de mogelijkheid open dat een andere, nu nog onbekende, methode even goed werkt. Anders dan bij de hiervoor besproken afwijkingsgronden hoeft de wetgever op voorhand niets over de methode te weten. In die zin is een equivalentie-

tiebepaling beter geschikt om innovatieve technologieën te faciliteren. Zoals hiervoor al uiteengezet, leveren dergelijke brede uitzonderingsgronden potentieel wel problemen op bij de rechterlijke toetsing, leiden ze mogelijk tot proceduralisering en bereiken ze niet de beoogde flexibiliteit. Mijn inschatting is dat het makkelijker is aan een equivalentiebepaling te toetsen dan aan het positieve evenredigheidsbeginsel of aan een norm die duurzaamheid vereist. Die begrippen vereisen meer interpretatie en afweging, terwijl of iets een equivalente methode is in de eerste plaats een technische kwestie is. Wel rijst de vraag hoe de gelijkwaardigheid van de methode aangetoond kan worden. In elk geval dient de te bereiken standaard voldoende duidelijk geformuleerd te zijn. Daarnaast moet nagedacht worden over handzame bewijsregels die iets verder gaan dan een enkele verdeling van de bewijslast. Initiatiefnemers zou op voorhand duidelijk moeten worden gemaakt hoe zij kunnen aantonen dat hun methode equivalent is. Ik heb op dit moment geen pasklaar antwoord op de vraag hoe die bewijsregels eruit moeten gaan zien. Maar wanneer relatief heldere bewijsregels mogelijk blijken te zijn, heb ik goede hoop dat met de equivalentiebepaling de nodige juridische blokkades voor duurzame innovatie verwijderd kunnen worden.

13 Conclusie

In deze bijdrage is gezocht naar methoden van regulering die flexibiliteit en rechtszekerheid combineren, zodat duurzame gebiedsontwikkeling wordt gefaciliteerd. Hoewel enige flexibiliteit noodzakelijk is om duurzame initiatieven te faciliteren, is het niet zo dat flexibiliteit per definitie leidt tot duurzaamheid. Het is dan ook nuttig een onderscheid te maken tussen een verhoging van de flexibiliteit om nuttige innovatie en creatieve oplossingen mogelijk te maken en flexibiliteit die andere doelen dient, zoals het bespoedigen van besluitvormingsprocessen, het mogelijk maken van projecten die heilzaam zijn voor de economie of het simpelweg verlagen van standaarden. Ook in die gevallen kan flexibiliteit nut hebben. Of de voordelen opwegen tegen de nadelen is een afweging die anderen moeten maken. Dit artikel ziet uitsluitend op flexibiliteit als mogelijkheid om duurzame initiatieven te faciliteren. *Adaptive governance* leidt niet zonder meer tot duurzame besluiten. Het recht daarentegen is vaak weinig flexibel. Dat ligt niet alleen aan de wetgever. Natuurlijk, er zijn ook gedetailleerde wettelijke normen die af en toe de uitvoering van een goed idee bemoeilijken. Maar meestal is er toch wel wat interpretatieruimte en zijn het juist andere actoren die niet het risico van een creatieve interpretatie willen dragen. Vaak ook deelt de wetgever het bestuur discretionaire bevoegdheden toe. Daarmee wordt in potentie flexibiliteit gecreëerd, al verdwijnt die in de praktijk na verloop van tijd. Het lijkt erop dat de diverse actoren, zowel het bestuur als de bestuursrechter, een steuntje in de rug nodig hebben om flexibiliteit te omarmen. In theorie heb-

ben resultaatsnormen, of beginselgestuurde wetgeving, de beste kaarten, maar in de praktijk bestaat behoefte aan meer houvast en slibben dergelijke normen langzaam dicht. Bij gebrek aan houvast wat betreft de inhoud wordt bovendien zwaar geleund op procedurele waarborgen die dan wel niet een bepaalde uitkomst voorschrijven, maar wel het besluitvormingsproces rigide maken. De kunst is dus om wel houvast te bieden, maar te voorkomen dat normen dichtslibben.

Er zijn, grof gezegd, twee manieren om de nadelen die kleven aan governance-processen te corrigeren met behulp van wetgeving. Het is enerzijds mogelijk op voorhand het aantal acceptabele oplossingen te beperken en inhoudelijke normen te stellen en anderzijds om het proces zelf te reguleren in de hoop dat procedurele waarborgen een goede uitkomst garanderen.

Wordt voor de tweede optie gekozen, dan ligt daaraan het idee ten grondslag dat het reguleren van besluitvormingsprocessen daadwerkelijk een goede methode is om een rechtvaardig resultaat te bereiken. Maar transparantie, participatie en accountability kunnen niet automatisch kortetermijndenken en machtsverschillen neutraliseren.⁴² Veeleer ondersteunen ze de effectuering van materiële normen, mits die zijn gesteld. Gebeurt dat niet, dan raken slecht georganiseerde belangen nog steeds ondergesneeuwd. Maar ook wie het uitgangspunt accepteert dat procedurele waarborgen voldoende zijn om rechtvaardigheid te bewerkstelligen, heeft daarmee geen oplossing in handen die tot de gemakkelijke acceptatie van duurzame innovaties leidt. Overigens prijzenswaardige pogingen om besluitvormingsprocessen te reguleren en op die manier flexibiliteit in uitkomst te garanderen, lijken niet daadwerkelijk tot flexibiliteit te leiden, althans niet in die zin dat slagvaardig en snel gereageerd kan worden op nieuwe ontwikkelingen. Procedures kunnen minstens net zo verstikkend werken als inhoudelijke normen. Hoe we procedurele rechtvaardigheid kunnen bewerkstelligen, zonder eindeloze procedures te vereisen, dat weten we (nog) niet. Dat een focus op procedures gebiedsontwikkeling duurzamer maakt, lijkt onwaarschijnlijk.

Kiest de wetgever ervoor wel inhoudelijke normen te stellen, dan beperkt dat de flexibiliteit in de zin dat niet alle uitkomsten acceptabel zijn. Maar er is wel verschil in de mate waarin die flexibiliteit beperkt wordt. Wordt gedetailleerd vastgesteld welke instrumenten gebruikt moeten worden om beleidsdoelen te realiseren, dan beperkt dat de flexibiliteit. Opvallend genoeg wordt dat effect vergroot wanneer die beleidsdoelen zelf niet zijn vastgelegd in wetgeving. Dat maakt het immers nog lastiger de methode Borgers toe te passen en, wanneer de omstandigheden daarom vragen, de wet zo te interpreteren dat een betere, innovatieve techniek tóch tot de

42. Zie onder meer Van Rijswijk & Salet 2012, p. 2; W.E. Wagner, 'Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture', *ExpressO* 2009. http://works.bepress.com/wendy_wagner/1/; A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss.), Universiteit Utrecht 2012.

mogelijkheden behoort. Zo was het bij de vormgeving van de biowasmachine lastig dat niet duidelijk was wat precies de functie is van de zorgplicht in artikel 13 Wbb.⁴³ Resultaatsnormen daarentegen, mits voldoende strak gedefinieerd, bieden rechtszekerheid én flexibiliteit. Wel moet duidelijk zijn hoe het bestuur (of andere verantwoordelijke partijen, met name de initiatiefnemer) kan aantonen dat met zijn benadering dat resultaat behaald wordt. Voor standaardgevallen kan gemakkelijk worden vastgelegd welke methoden acceptabel zijn, maar er moet dan wel duidelijk worden gemaakt dat de voorgestelde standaardoplossing niet de enige oplossing is om het dichtslibben van de norm te voorkomen. Voor niet standaardoplossingen kan dan een wettelijke uitzonderingsgrond worden opgenomen. Dat kan een specifieke uitzondering zijn, maar die vergen veel van de wetgever. Een algemene equivalentiebepaling is een voor de hand liggend alternatief. Wanneer daar voor gekozen wordt, moet wel aandacht worden geschonken aan de bijbehorende bewijsregels: hoe kan een initiatiefnemer of een bestuursorgaan aantonen dat de gekozen benadering daadwerkelijk equivalent is? Gebeurt dat niet, dan dreigt de flexibiliteit direct weer aanzienlijk beknot te worden door rigide procedurele eisen.

Ten slotte is flexibiliteit kostbaar. Een op maat gesneden oplossing voor een individueel geval vereist dat alle feiten en belangen zorgvuldig in kaart worden gebracht en worden afgewogen. Zeker in complexe gevallen vereist dat soms zeer uitgebreid onderzoek. De vraag is of de kosten daarvan opwegen tegen de winst die wordt gemaakt door de op maat gesneden oplossing. Daarnaast is het weinig efficiënt individuele bestuursorganen steeds opnieuw het wiel te laten uitvinden. Juist complexe afwegingen, waarvoor veel onderzoek en expertise nodig is, kunnen misschien beter op centraal niveau gemaakt worden. Vuistregels blijven dus onmisbaar, zeker voor standaardgevallen. Maatwerk is prima, maar alleen wanneer de daarmee gemoeide kosten een redelijk doel dienen. Een mechanisme om uitzonderingen te maken op bestaande regels lijkt dus zinvoller dan het overboord zetten van die regels.

43. G.J.K. Kremers en M.H.J. Herms, 'Gebiedsgerichte sanering van grootschalige grondwaterverontreiniging volgens het Utrechts model', *Bouwrecht*, nr 4, april 2009, p. 309-319.