

# Leren van het verleden

## Lessen uit het waterstaatsrecht voor de toekomst van het omgevingsrecht

Marleen van Rijswick<sup>1</sup>

Dit essay gaat over ontwikkelingen in het omgevingsrecht en in het bijzonder het waterstaatsrecht en de lessen die we daaruit kunnen leren voor de verdere vormgeving van het omgevingsrecht, met het doel hiermee een bijdrage te leveren aan de discussie over de toekomst van het omgevingsrecht en het bestuursrecht. Het bestuur dient zich te realiseren dat de komende jaren gepaard zullen gaan met veel onzekerheden terwijl de samenleving tegelijkertijd voor grote opgaven staat. Men zou niet te bang moeten zijn om de mogelijkheden van de Omgevingswet ten volle te benutten. ‘Nat gaan’ bij de Raad van State zal deel van dat proces zijn, en is de enige manier om duidelijkheid te krijgen over de mogelijkheden die wetgeving biedt en om een visie te verwezenlijken.

### Inleiding

Recent is de Omgevingswet zowel door de Tweede als de Eerste Kamer met grote meerderheid aanvaard. Momenteel wordt gewerkt aan de uitvoeringsregelgeving en naar verwachting wordt deze zomer de tekst van de algemene maatregelen van bestuur – die zeer belangrijk zijn voor de daadwerkelijke inhoud van het toekomstige omgevingsrecht – openbaar. Dit essay gaat over ontwikkelingen in het omgevingsrecht en in het bijzonder het waterstaatsrecht en de lessen die we daaruit kunnen leren voor de verdere vormgeving van het omgevingsrecht. Ik probeer hiermee een bijdrage te leveren aan de discussie over de toekomst van het omgevingsrecht en het bestuursrecht. Ik kijk daarbij naar de rol van de wetenschap, de wetgever, het bestuur en de rechter en stel daarbij vier aspecten centraal:

- het behoud van de passie voor dit vakgebied, voor onszelf en voor nieuwe generaties;
- de wijze waarop de publieke zaak van het waterbeheer door het recht wordt gediend;
- de kwetsbare positie van de burger; en ten slotte
- de noodzaak de hindermacht te koesteren (te bevorderen of ten minste een kritisch tegengeluid niet te belemmeren).

Ik gebruik in dit essay het woord waterstaat, alhoewel moet worden bedacht dat tegenwoordig de term omgevingsrecht meer gangbaar is. Er bestaat geen waterstaatsrecht meer, zelfs geen ministerie of minister van

waterstaat. En dat terwijl de waterstaat meer is en ook wezenlijk iets anders dan infrastructuur. Waterstaat gaat over de publieke werken en dus over de bijzondere verantwoordelijkheid die de overheid daarvoor heeft. Het gaat over het publieke belang, de publieke zaak.

### De bijdrage van de juridische wetenschap aan goed waterbeheer

Goed waterbeheer vereist constante aandacht. Naast het wat saai ‘beheer en onderhoud’ is ook innovatie steeds noodzakelijk. Er is niet alleen visie, maar ook verbeelding nodig om te kunnen blijven innoveren. Binnen het waterstaatsrecht is dat steeds met een duidelijk achterliggend doel voor ogen: *een land beveiligd tegen overstromingen* – of wat ambitieuzer: *een veilige wereld – , met voldoende en schoon water voor iedereen.*

Binnen de waterwereld ziet men een opmerkelijke passie voor het vakgebied. Dat komt mijns inziens omdat het vakgebied en ook het waterstaatsrecht in de eerste plaats inhoudelijk zijn: dat is wat inspireert en enthousiasmeert en dat maakt het ook voor nieuwe generaties studenten een prachtig vakgebied waar je idealen tot werkelijkheid kunt maken, of er op zijn minst je steentje aan bij kunt dragen.

Het is een intellectuele uitdaging om mee te denken over goede inhoudelijke wetgeving (en de daarbij horende jurisprudentie) die het achterliggende doel van het waterstaatsrecht dichterbij brengt. Hier in Nederland, in Europa

en in andere delen van de wereld. Kritiek leveren op wetgeving en jurisprudentie is aanzienlijk makkelijker dan deze te ontwerpen of uitspraken te concipiëren, dat realiseer ik me goed. Naast het bereiken van het doel staat ook de positie van de burger daarbij voor mij voorop.

Ik koos zo'n dertig jaar geleden voor het bestuursrecht omdat het destijds ook tot mijn verbeelding sprak. Bescherming van de burger tegen de machtige overheid. Er kwam meer rechtsbescherming tegen overheidsop treden. De rechter was de burger goed gezind en ook het milieurecht kreeg warme aandacht van zowel de wetgever

## Binnen de waterwereld ziet men een opmerkelijke passie voor het vakgebied

als de rechter. Het Nederlands milieubeleid en de wetgeving liepen voorop, niet alleen inhoudelijk, maar ook procedureel. De toegang tot milieu-informatie en toegang tot de rechter was beter dan in de rest van Europa.<sup>2</sup> De mate van transparantie en ambitie voor het water- en milieubeleid zorgden dat op Europese bijeenkomsten de juristen uit andere lidstaten vol bewondering en jaloezie naar onze verhalen luisterden. Een beetje activistisch was het ook, dat vond ik wel spannend. Het paste bij mijn wellicht wat naïeve idee dat recht en rechtvaardigheid iets met elkaar te maken hadden en dat ik door mijn werk bij kon dragen aan een eerlijker samenleving.

### Bewustwording en kritische reflectie om het belang van goed waterrecht onder de aandacht te brengen

Soms is het nodig kritisch te kijken naar ontwikkelingen in je vakgebied. Dat wordt ook van de wetenschap verwacht. Ik ben niet altijd blij met die rol. Ik zou liever mensen bewust maken van het belang van goed waterbeheer zoals de kunstenaar en uitvinder Daan Roosegaarde dat doet. Zijn lichtshows laten zien hoe hoog het water komt zonder ons fantastische waterbeheer. Zijn werk verrast en er gaat een ongelooflijke positieve kracht vanuit.<sup>3</sup> Maar ja, ik ben geen uitvinder en geen kunstenaar. Wel wil ik wijzen op het

belang van goed waterbeheer en een juridisch systeem dat zorgt dat dit doel kan worden bereikt. Voor grote delen van de wereld is het een vakgebied dat letterlijk van levensbelang is en dat zie ik terug in verzoeken van over de hele wereld om als gastonderzoeker bij ons Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law te kunnen verblijven. Ons onderzoek is vaak multidisciplinair en praktijkgericht. We proberen een antwoord te vinden op de vraag hoe het recht kan bijdragen aan een billijk en duurzaam waterbeheer, uitgaande van gedeelde verantwoordelijkheden.<sup>4</sup> Dat brengt met zich mee dat er speciale aandacht is voor zachte waarden en kwetsbare belangen die – in een samenleving die steeds meer gekenmerkt wordt door economisering van alles wat van waarde is – nogal eens in de verdrukking komen.

### De bijdrage van wetgeving aan goed waterbeheer

De waterstaatswetgeving en meer in het algemeen de wetgeving op het terrein van het omgevingsrecht verkeert in een identiteitscrisis. Zij mist steeds meer een aansprekend doel en hinkt op verschillende gedachten. Ik zie echter een belangrijke rol voor wetgeving, die niet alleen procedureel is, maar ook een inhoudelijk doel beoogt te verwezenlijken, passend binnen rechtsstatelijke eisen. Kan met de huidige en de toekomstige wetgeving – ik denk daarbij met name aan de Omgevingswet – het achterliggende doel van (onder meer) de waterstaatswetgeving worden bereikt en is de gekozen wetgevingsvorm daarvoor het meest geschikt?

Goede wetgeving draagt bij aan de verbeelding. Dat 'minder regels' per se beter is heeft mij nog nooit overtuigd en inspireert ook niet echt. Integratie kan wel een belangrijke meerwaarde hebben, maar is eveneens geen doel op zich. De Waterwet is een voorbeeld waar integratie goed heeft uitgepakt, omdat het een inhoudelijke integratie betrof en omdat werd geïntegreerd wat zich laat integreren: watersysteembeheer als publieke taak.

De vraag rijst hoe het omgevingsrecht het beste vorm gegeven kan worden. Ik verwijs graag naar een recent afgerond onderzoek – CONTEXT genaamd – waarin aan de hand van case studies in Nederland, Frankrijk en Engeland is onderzocht wat voor soort regels nu innovaties en duurzame gebiedsontwikkeling bevorderen of juist belemmeren.<sup>5</sup> Daar kwamen verrassende resultaten uit. Werkt regelgeving belemmerend voor innovaties? Dat is maar ten dele waar.<sup>6</sup> In het ruimtelijk spoor blijkt dat

#### Auteur

1. Prof. mr. H.F.M.W. Rijswijk is hoogleraar Europees en nationaal waterrecht aan de Universiteit Utrecht en zij leidt het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law. Haar leerstoel wordt financieel ondersteund door de Stichting Schilthuisfonds. Deze bijdrage is een bewerking van de lezing die zij hield bij de uitreiking van de Schilthuispenning op 10 februari 2016.

#### Noten

2. A.A.J. de Gier & J. Robbe, 'De actio

popularis in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht', *De Gemeentestem*, 1999, 7109 en recenter A.T. Marseille, 'Burgers in bezwaar en beroep', *JV* 2014, 1.3, 21-3.

3. In december 2015 werd ik door dijkgraaf Hetty Klaviers van waterschap Zuiderzeeland uitgenodigd om dat op Schokland mee te maken. Eerder was zo'n lichtshow te zien in Amsterdam.

4. Zie de website van het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law: <http://ucwosl.rebo.uu.nl/>. Het juridische

onderzoekscenarium maakt deel uit van de Utrechtse strategische thema's Sustainability (www.uu.nl/en/research/sustainability-water-climate-and-ecosystems) en Instituti-ons (www.uu.nl/onderzoek/instituti-es-voor-open-samenlevingen) en het focusgebied Future Delta's (www.uu.nl/onderzoek/profiel/focusgebieden/future-deltas).

5. A. Buijze, 'Promoting Sustainable Water Management in Area Development: A Regulatory Approach', *Journal of Water Law*, 2015, volume 24, issue 1, p. 166-173; A.W.G.J. Buijze, *Case Study Utrecht Rijnen-*

*burg, the Netherlands: Failure to Launch*, Amsterdam: AISSR programme group Urban Planning 2013, 25 p.; A.W.G.J. Buijze, *Case Study Utrecht Station Area, the Netherlands: How PPPs Restructured a Station, a Shopping Mall and the Law*, Amsterdam: AISSR programme group Urban Planning 2013, 57 p.

6. A. Buijze, 'Mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling', in: N. Teesing (ed.), *Duurzame gebiedsontwikkeling - over vormen van regulering en de rol van aanbesteding*, Bju, 2014, p. 13-30.



Nederland, Noord-Brabant, Werkendam, 01-04-2016; 'Ruimte voor de Rivier' project Ontpoldering Noordwaard, foto richting Biesbosch  
© Siebe Swart / Hollandse Hoogte

open normen die veel beleidsvrijheid laten, niet a priori leiden tot innovaties en duurzame ontwikkeling. Dat komt omdat bestuurders de hun geboden vrijheid vaak zelf weer inperken.<sup>7</sup> Andersom is knellende en strenge beschermingswetgeving – zoals de bodembeschermingswetgeving en de natuurbeschermingswetgeving – niet altijd een belemmering, maar vaak juist een stimulans na te denken hoe het dan wél kan. Het stationsgebied in Utrecht en de ontwikkelingsmogelijkheden voor het Markermeer en IJmeer zijn goede voorbeelden van de laatste situatie. Een belangrijke conclusie uit het onderzoek was ook dat met name de bestuurscultuur bepalend is voor het welslagen van innovaties en duurzame gebiedsontwikkeling. Bestuurscultuur laat zich echter niet veranderen door wetgeving. Dat is ook logisch, want daar is wetgeving niet voor bedoeld. Gezien de resultaten van dit eerste verkennende onderzoek pleit ik voor meer empirisch onderzoek om te bezien in hoeverre de Omgevingswet de aanpak van grote maatschappelijke vraagstukken, zoals de energietransitie, de circulaire economie en het omgaan met klimaatverandering, belemmert, faciliteert, stimuleert of zelfs af kan dwingen.

### Verleiden of reguleren?

Is wetgeving überhaupt wel de beste weg? Is verleiden niet effectiever dan reguleren? Alles op zijn tijd zou ik zeggen, en natuurlijk afhankelijk van urgentie en politiek draagvlak. Maar bedenk dat wetgeving ook stimulerend kan zijn. We hebben daar *robuuste wetgeving* voor nodig. Die dient te voldoen aan de volgende eisen:

- wetgeving moet langere tijd mee kunnen – ook onder veranderende omstandigheden, en dient daarmee ruimte te bieden voor innovaties en nieuwe inzichten;
- wetgeving dient rechtszekerheid te bieden en dus duidelijkheid te scheppen over rechten en verplichtingen. Zij dient richting te geven aan het handelen van bur-

gers en bedrijven, zeker wanneer een beroep op eigen verantwoordelijkheid wordt gedaan. Die behoefte bestaat ook bij bedrijven wanneer het gaat om de energietransitie en bij vragen over de circulaire economie. Voor burgers is het van groot belang bij bijvoorbeeld het overstromingsrisicobeheer en meerlaagse veiligheid (waarbij bescherming door middel van dijken deels wordt vervangen door maatregelen in het ruimtelijk spoor en betere evacuatievoorzieningen);

- wetgeving die inhoudelijk is en dus doelen en normen in de wet heeft staan; en
- wetgeving met instrumenten die burgers de mogelijkheid bieden hun rechten te verwezenlijken. In dit verband wil ik toch opmerken dat inspraak en participatie echt iets anders zijn dan rechtsbescherming.

De waterstaatswetgeving voldeed deels aan deze kenmerken. Zij stond enerzijds – om het in moderne bewoordingen te zeggen – adaptief beheer en lerend vermogen niet in de weg. Anderzijds was ze voorheen wel zeer gefragmenteerd en te instrumenteel. Door de integratie in de Waterwet werd het waterstaatsrecht minder objectgericht en was er een betere aansluiting met de beleidscyclus. De Waterwet is dan ook een zeer geslaagd wetgevingsproduct.

Maar dat is niet de weg die we nu op lijken te gaan. In de afgelopen jaren zien we dat de omgevingswetgeving steeds procedureler van karakter is geworden. Een Angelsaksische benadering die er van uitgaat dat als de procedure goed is, ook de uitkomst goed zal zijn. Het Angelsaksische systeem kent wetgeving met open normen, die kunnen worden ingevuld aan de hand van beginselen en waarbij het recht grotendeels gevormd wordt in de jurisprudentie.

### Identiteitscrisis

Hier zien we in het bestuursrecht en het omgevingsrecht de identiteitscrisis. Er wordt gekozen voor een proce-

## Een Angelsaksische benadering die er van uitgaat dat als de procedure goed is, ook de uitkomst goed zal zijn

durele benadering en meer open normen die het bestuur beleidsvrijheid geven. Maar er wordt niet gekozen voor beginselen in wetgeving die richting geven aan die beleidsvrijheid. Tegelijkertijd beperkt de bestuursrechter zich tot een marginale toetsing en een meer efficiënte geschillenbeslechting. Een efficiënte geschillenbeslechting betekent overigens dat het bestuur wél zijn fouten en omissies mag herstellen door middel van de 'bestuurlijke lus', maar dat deze mogelijkheid er niet voor de burger is. Er is ook steeds minder aandacht voor de vraag of besluiten op zich zelf rechtmatig zijn en het achterliggende doel van de wetgeving dienen. Dit alles vindt plaats in combinatie met een keuze voor beleidsinstrumenten die bij voorkeur *niet* kunnen leiden tot een beroepsprocedure bij de bestuursrechter. Denk daarbij aan plannen, bestuursakkoorden, algemene regels die de vergunningplicht vervangen en besluiten die op de negatieve lijst bij de Awb worden geplaatst. Dat alles tezamen maakt dat we een systeem op het terrein van het waterstaatsrecht en het omgevingsrecht ontwikkelen dat niet meer tot de verbeelding spreekt en waarbij de wellicht theoretische voordelen van de gekozen benadering in de praktijk niet tot hun recht komen.

Ik waarschuw daar voor omdat we veel te verliezen hebben. Het Nederlandse waterstaatsrecht heeft een goede naam in de wereld. Een recent rapport van de OESO heeft dat nog eens bevestigd,<sup>8</sup> en Nederland werd gekenschetst als een voorbeeld voor de wereld. Ik denk dat daarbij de combinatie van een duidelijk inhoudelijk doel met effectieve wetgeving (in de zin dat de wetgeving in staat is het doel te verwezenlijken) en een adequate institutionele vormgeving een belangrijke rol speelt. We weten wat we willen: *een veilige en schone delta, waar het goed leven is*. Een systeem gebaseerd op een goede mix van solidariteit en profijt, twee beginselen die in evenwicht moeten zijn. Arm en rijk zijn gelijk beschermd, heel anders dan in het Angelsaksische systeem. Er is passende wetgeving, toegepast op de publieke taak.

### Ruimte voor hindermacht

Nederland kende lange tijd een geïnstitutionaliseerde ruimte voor zowel meedenken als kritisch tegengeluid: van kennisinstellingen, milieuorganisaties, belangengroeperingen, burgers, en adviescommissies zoals de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving. Dat is de laatste jaren veranderd. Ook in deze tijd is er toenemende aandacht voor betrokkenheid van burgers, maar vooral in het voortraject van de plan- en besluitvorming. Naast inspraak

en participatie wordt gestreefd naar wat heet een 'Prettig contact met de overheid'. Dat is een goede ontwikkeling, maar niet genoeg om voldoende legitimiteit mee te verwezenlijken. Jaren geleden werd ik gevraagd een verhaal te houden op een dag voor juristen van Rijkswaterstaat. Daar werd 'de burger' door een van de uitgenodigde gastsprekers bestempeld als een hindermacht. Ik ben het nooit vergeten en het baart me zorgen. Want die hindermacht wordt steeds meer buitenspel gezet.

### De rol van het bestuur

De samenwerking tussen de verschillende overheden met taken op het terrein van het waterbeheer wordt steeds beter. Dat is goed nieuws. Verder krijgt het bestuur steeds meer beleidsvrijheid. Dat vraagt om een sterk bestuur, met zowel een visie als een rechte rug. Ik denk soms dat het stiekem toch ook prettig moet zijn om een ongewenste ontwikkeling tegen te houden door te kunnen verwijzen naar de wet, of liever nog naar Europa of 'Brussel'. Beleidsvrijheid kan ten koste gaan van de rechtszekerheid, terwijl zowel burgers als bedrijven behoefte aan rechtszekerheid hebben zodat zij hun handelen en investeringen op de wetgeving af kunnen stemmen.

Uit het eerder genoemde CONTEXT-onderzoek bleek ook dat een belangrijke zorg van bestuurders de vraag is of de besluitvorming wel '*Raad van State proof*' is. En het is juist die angst die zorgt dat men minder vooruitstrevend of innovatief is dan men soms zou willen zijn. Bovendien is het een angst die als men naar de jurisprudentie kijkt niet helemaal terecht is, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is nogal geneigd met het bestuur mee te denken. Ik ben van mening dat bestuurders zich niet hoeven te schamen als een besluit uiteindelijk niet '*Raad van State proof*' blijkt te zijn, zeker niet wanneer men probeert innovaties of duurzame ontwikkeling te stimuleren (dat ligt natuurlijk anders als besluiten niet zorgvuldig worden voorbereid). Want als men die houding aan blijft nemen, zullen de mogelijkheden die de Omgevingswet gaat bieden nooit ten volle benut worden. De Omgevingswet introduceert door de vergaande integratie voor alles nieuwe begrippen en gaat uit van een nieuwe sturingsfilosofie. Dat betekent dat bewust is gekozen niet voort te borduren op leerstukken, kennis en ervaringen uit het verleden. Dat kan ook niet, omdat wetgeving met zeer verschillende doelstellingen wordt geïntegreerd.<sup>9</sup> Alle begrippen zullen dus in de praktijk en de jurisprudentie opnieuw ingevuld moeten worden. Dat wordt een zoektocht voor alle betrokkenen en we

7. S. Dembski, A. Buijze, & M. van der Veen, 'Het Janushoofd van het bestemmingsplan', *Rooilijn* 2014, 47 (6), p. 432-439.

8. OECD, *Water Governance in The Netherlands, Fit for the Future?*, Parijs:

OECD 2014; zie ook: R. Nehmelman, H.F.M.W. van Rijswijk, A.W.G.J. Buijze, W.W.P. Ernst & H.K. Gilissen, *Allocation of Roles and Responsibilities in Dutch Water Governance: Legitimacy, Accountability and Effectiveness from a Legal Perspective*,

Universiteit Utrecht, OECD, 2013, background research paper, <http://ucwosl.rebo.uu.nl/>.

9. H.F.M.W. van Rijswijk, 'Een normatief kader voor het omgevingsrecht', in: C.W. Backes, N.S.J. Koeman, F.C.M.A. Michiels,

A.G.A. Nijmeijer, H.F.M.W. van Rijswijk, B.J. Schueller, J. Struiksma & R. Uyenburg (red), *Naar een nieuw Omgevingsrecht, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht*, Instituut voor Bouwrecht, p. 5-29.



zullen moeten accepteren dat dat vele jaren gaat duren en met onzekerheid gepaard zal gaan.

### De rol van de rechter

Dat brengt me bij de rol van de rechter. Deze rol dient naar mijn mening in het toekomstige omgevingsrecht te veranderen. De hiervoor beschreven ontwikkelingen zullen er toe leiden dat er tegen steeds minder besluiten bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat. Als de rechter dezelfde weinig inhoudelijke wijze van toetsing blijft hanteren, zullen appellanten van de rechter horen dat een verwijzing naar vastgestelde plannen een voldoende motivering is voor het besluit dat in de betreffende zaak ter discussie staat. Daarbij maak ik – ook als rechter – regelmatig mee dat het gaat om plannen van waterbeheerders die vaak betrekkelijk vaag zijn en waarin andere terminologie wordt gebruikt dan in de wetgeving. Om een voorbeeld te geven: betekent een verwijzing naar een gebiedsproces, waarbij met alle betrokken belangen rekening is gehouden en dat heeft geleid tot aanpassing van een oorspronkelijk project zodat er minder nadelige gevolgen voor de landbouw zijn, dat een beroep op een van de uitzonderingen van de Kaderrichtlijn water wordt gedaan? En welke uitzondering dan? Of heeft men het doel voor het gebied in kwestie bijgesteld? En op grond waarvan? Dat blijft in de praktijk van het waterbeheer allemaal onduidelijk, terwijl het juridisch stelsel redelijk duidelijk is.

De waterplannen van de waterschappen staan veelal in relatie tot provinciale plannen, die zelf weer in relatie staan tot plannen van het rijk of erger nog: voortbouwen op weer oudere provinciale plannen of plannen uit een ander beleidsdomein (ruimtelijke ordening, natuur, reconstructiewet) of waarbij aangesloten wordt bij de bestuursakkoorden die tussen verschillende overheden gesloten zijn. Dat maakt het voor de appellant wel heel moeilijk om aan te tonen dat zijn belangen zijn geschaad, dat een motivering die berust op een achterliggend plan onvoldoende is en dat hij in het voortraject voldoende actie heeft ondernomen; alsof hij twintig jaar geleden de in de rechtszaak ter discussie staande consequentie zelfs maar had kunnen bedenken. De motivering van het bestuur is sluitend en de redenering van de rechter veelal consistent, maar de frustratie van appellant blijft of neemt zelfs toe en is ook zeer begrijpelijk!

In dit verband wil ik graag ook wijzen op een standaardoverweging die er kort gezegd op neerkomt dat als een waterschap zijn besluiten met onderzoeken onderbouwt, het wel goed zal zijn want 'het waterschap heeft nu eenmaal een bijzondere deskundigheid'.<sup>10</sup> Nu vind ik ook dat de waterschappen hun taak met grote deskundigheid uitvoeren, en de waterbeheerders lopen ook ver vooruit als het gaat om participatie en 'een prettig contact met de overheid'. Maar ik vraag me af of ik zo'n argument tegengeworpen zou willen krijgen op ieder terrein waar de overheid besluiten neemt. Daarbij ga ik er van uit dat de overheid haar publieke taak op ieder terrein met de noodzakelijke deskundigheid vervult, ondersteund door eveneens deskundige ambtenaren.

Hoe komt het dat de rechter veelal marginaal en weinig inhoudelijk toetst en zo vertrouwt op de deskundigenrapporten die het bestuur aan zijn besluiten ten grond-

slag legt? De eerste en zeker niet de minst belangrijke reden is dat de meeste juristen helemaal niet begrijpen wat er in die onderzoeksrapporten staat. Ik heb dat *quick en dirty* empirisch onderzocht.<sup>11</sup> Daar waar de exacte wetenschappers goed weten hoe normatief een model kan zijn; en welke, en hoe onzekerheidsmarges in modellen een rol spelen, geldt dat niet voor de gemiddelde jurist. En dat kan ook niet anders, want dat is niet onze expertise. Dat is een belangrijke reden waarom ik in de afgelopen jaren steeds meer heb samengewerkt met andere disciplines, zowel de meer technische als de bestuurswetenschappen. Dat is ook de reden dat in de opleiding van de SSR nu wordt samengewerkt met de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak. Het is belangrijk dat juristen proberen te begrijpen waar het in de werkelijkheid – die zeker niet altijd gelijk is aan de juridische werkelijkheid – nu eigenlijk over gaat.

Verder dragen ook de open normen, de beleidsvrijheid voor het bestuur en de sterkere nadruk op procedures bij aan de steeds minder inhoudelijke toetsing door de rechter. Dat is een bewuste keuze, niet alleen van de wetgever maar ook van de rechter. Ik heb bij de voorbereiding van waterzaken waar ik bij de rechtbank in Den Bosch betrokken ben, wel eens gekeken of het anders zou kunnen, gewoon als gedachtenexperiment. Ik heb namelijk eerder gepleit voor een terugkeer naar een

## Het is belangrijk dat juristen proberen te begrijpen waar het in de werkelijkheid – die zeker niet altijd gelijk is aan de juridische werkelijkheid – nu eigenlijk over gaat

meer inhoudelijke toetsing door de rechter.<sup>12</sup> Maar eerlijk gezegd kwam ik daar niet helemaal uit. Dat is namelijk makkelijker gezegd dan gedaan, zelfs als je wat rebels en activistisch zou willen zijn. Niet iedere zaak leent zich namelijk even goed voor een inhoudelijke toetsing. Het is alleen mogelijk om inhoudelijk te toetsen voor zover de wet daarvoor de handvatten biedt. Want – en dat is denk ik toch doorslaggevend – als democratisch is besloten dat de wetgeving aangeeft hoe en in welke procedure de toetsing dient plaats te vinden, dan is het niet aan de rechter om daar op eigen houtje tegen in te gaan. Hoe opwindend de *Urgenda*-zaak ook is en hoe ik ook vol bewondering ben voor de rechtbank die dit vonnis wees, de balans tussen de machten is ook wat waard. Het activisme van de rechter moet daarmee beperkt blijven tot de ruimte en mogelijkheden die de wet biedt. Daarbij kunnen grenzen natuurlijk worden opgezocht. Ik noem een vijftal mogelijkheden:

– de rechter zou weer objectiever kunnen toetsen, (het

*recours objectif* in plaats van het *recours subjectif*).<sup>13</sup> zeker gezien de onzekerheid die we met de toekomstige Omgevingswet tegemoet moeten zien zou dat de praktijk enorm veel helpen;

- de rechter kan – zoals in het verleden in bijvoorbeeld het milieurecht gebeurde – zelf de open normen invullen, dat geeft de praktijk eveneens houvast;
- bij gebrek aan beginselen in de Omgevingswet kan de rechter rechtstreeks toetsen aan de beginselen uit het Europees recht;
- de rechter zou inhoudelijker en indringender kunnen toetsen;
- en ten slotte biedt het Europees recht de burger en de rechter meer houvast. Daarom kan de rechter ook best wat vaker prejudiciële vragen stellen. Vanzelfsprekend is niet iedere zaak geschikt voor het stellen van prejudiciële vragen. Op het terrein van het waterrecht en de implementatie van de Kaderrichtlijn water had dat echter goed gekund bij de zaken over de Nieuwe Meer<sup>14</sup> en de Waterkrachtcentrale in Borgharen.<sup>15</sup> Waarom wachten we bijna vijftien jaar op Duitse rechters om meer duidelijkheid te krijgen over de verplichtingen die uit de Kaderrichtlijn water voortvloeien terwijl de waterkwaliteit in Nederland nog in geen jaren aan de vereiste kwaliteitseisen zal voldoen?<sup>16</sup>

Dat zou een enorme verandering zijn in de rol die de rechter zichzelf toebedeelt, en meer vergelijkbaar met de tijd waarin ik voor het bestuursrecht en het omgevingsrecht als vakgebied koos. Het is lente, en de zaak over de gaswinning in Groningen is misschien de zwaluw die een nieuwe zomer aankondigt. Dat kan ook inspirerend zijn voor studenten. We zien immers de belangstelling voor het bestuursrecht en het omgevingsrecht in heel Nederland terug lopen. Het vakgebied spreekt niet meer tot de verbeelding van studenten en dat begrijp ik eerlijk gezegd helaas goed. De praktijk heeft echter wel goede bestuursrecht- en omgevingsrechtjuristen nodig om de grote opgaven waar we voor staan te kunnen realiseren.

## Een toekomstperspectief

Waarom maak ik me hier zo druk over? Dat komt door mijn ervaringen in China, waar ik in 2015 gasthoogleraar was. De reden voor mijn verblijf was dat Chinezen willen leren van ervaringen uit Europa en Nederland, maar waar het op neer kwam was dat ik ook veel leerde van China.<sup>17</sup> In China lag de afgelopen jaren de nadruk in het beleid op economische ontwikkeling. Net als tegenwoordig in Nederland. De Chinese overheid haalde miljoenen mensen uit de armoede en de economische ontwikkeling heeft een omvang waar we in Nederland alleen maar van kunnen dromen, zelfs bij de huidige teruglopende Chi-

nese groeicijfers. De samenleving bruist van energie en optimisme. En er is ruimte voor innovatie. Precies wat we in Nederland ook willen. We kunnen voor onze wetgeving dus wellicht ook leren van China. Maar daarbij moeten we ook de keerzijden van de nadruk op economische ontwikkeling onder ogen zien. De milieuvervuiling is in

## China wil weliswaar van ons leren, maar wij ontwikkelen nu juist een systeem dat sterke Chinese kenmerken heeft

China enorm, het water is sterk vervuild. Burgers hebben grote waterstaatswerken en stedelijke ontwikkelingen te dulden. Men heeft inspraak, maar beperkt.<sup>18</sup> De macht van de overheid daarentegen is bijna onbeperkt. Ondanks dat er veel water- en milieuwetgeving is, ligt de focus primair op de rol van het bestuur. De wetgeving kent zeer algemeen geformuleerde doelstellingen. Er wordt gewerkt aan de ontwikkeling van de *'rule of law, maar dan op Chinese wijze'*. Daarin heeft nog steeds niet de wetgeving of het recht het primaat, want dat blijft bij de politiek. Plannen zijn een belangrijk beleidsinstrument, net als in Nederland. Afspraken tussen overheden onderling zijn eveneens een belangrijk beleidsinstrument. Daar staan de burgers verder buiten. Datzelfde geldt voor de steeds populairder wordende Nederlandse bestuursakkoorden. Ondanks de oprichting van de eerste milieurechtbanken is het niet gebruikelijk dat burgers tegen de overheid procederen, dat vergt moed. Het organiseren van een hindermacht door de overheid zelf om zo de besluitvorming te verbeteren is onbekend. De rechter heeft de beleidsvrijheid van het bestuur te respecteren, net als bij ons. Voor de burger is binnen de *Chinese rule of law* in de praktijk weinig plaats. Ik kwam tot constatering dat China weliswaar van ons wil leren, maar dat wij nu juist een systeem ontwikkelen dat sterke Chinese kenmerken heeft. Veel macht voor het bestuur, wetgeving die nauwelijks inhoudelijk sturend of bepalend is, een rechter met beperkte toetsingsmogelijkheden (of wensen), veel aandacht voor plannen en meer softe beleidsinstrumenten, en een overheid die vertrouwd eist te worden door haar burgers en dat bewerkstelligt door steeds minder bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden.

10. Zie Rb. Oost-Brabant 7 oktober 2014,

ECLI:NL:RBOBR:2014:5982; Rb. Oost-Brabant 16 juli 2013,

ECLI:NL:RBOBR:2013:2978; Rb. Oost-Brabant 14 maart 2013,

ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4677 en ABRvS 10

augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4602.

11. Dat betekent dat ik tijdens SRR cursussen gevraagd heb wie de achtergrondrap-

porten nu eigenlijk echt doorgrondt.

12. Zie bijv. ook E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep, A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, 2015 en de bijbehorende rede van de voorzitter, B.J. Schueler (zie [www.verenigingbestuursrecht.nl](http://www.verenigingbestuursrecht.nl)).

13. B.J. Schueler, 'Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht',

*Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2005, 4.

14. ABRvS 13 april 2011, *M en R* 2011/165 m.nt. HVR.

15. ABRvS 8 februari 2012, *M en R* 2012/56 m.nt. HVR; *AB* 2012/57, m.nt. Van Hall.

16. HvJ EU 1 juli 2015, C-461/13, *AB*

2015/262 (*Wezer*), m.nt. HVR.

17. Ik was daar samen met een Chinese col-

lega, waardoor ik beter inzicht kreeg in de achtergronden van het systeem. Zie ook L. Dai, *Chinese water resources law in transition* (diss. Utrecht), 2015.

18. L. Dai, O. Spijkers, & Xian Li, 'Sustainable development in China's international and domestic law', *Journal of Water Law*, 2015, 24 (5/6), p. 207-220.

Nu kan men mij tegenwerpen dat het in Nederland heus anders is. Wij hebben een rechtsstaat, wij hebben geen dictatoriale staat met maar één partij. Daarbij hebben we in het algemeen integere bestuurders en gewetensvolle en deskundige ambtenaren. Maar blijft dat zo? Een goede balans tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht heeft daar wellicht aan bijgedragen. Een te vergaande verschuiving van de macht richting bestuur draagt risico's in zich. Daar moeten we de ogen niet voor sluiten.

### De zachte kracht van water

Laat ik mijn betoog samenvatten. Ik heb gepleit voor waterstaatswetgeving die zowel tot de verbeelding spreekt omdat zij een duidelijk inhoudelijk doel kent en tegelijkertijd de eisen van de rechtsstaat respecteert. De wetgeving verkeert in een identiteitscrisis. Dat komt met name door de wijze waarop de verschillende onderdelen die ik heb besproken elkaar beïnvloeden. Het is het geheel dat niet meer tot de verbeelding spreekt. Daarmee lopen we het risico dat steeds meer mensen zich van het omgevingsrecht afkeren en de burgers het vertrouwen in het rechtstelsysteem verliezen.

## Het lijkt er op dat de burger steeds vaker zijn heil zal moeten zoeken bij de civiele rechter en daar wellicht zelfs beter af is

Het valt op dat de publieke opinie vaak negatief is over de overheid en overheidsop treden. Je lijkt een Don Quichot als je je inzet voor de publieke zaak. Het is dus opmerkelijk en juist wél iets om trots op te zijn dat in het waterbeheer de burger niet alleen blind vertrouwt op de overheid, maar de rol van de overheid daar ook bepalend wil laten zijn.<sup>19</sup> Men vertrouwt zelfs zo op de deskundigheid van de waterbeheerder dat de behoefte om te gaan stemmen niet groot is. De behoefte aan eigen verantwoordelijkheid op dit terrein is klein, maar dat is ook begrijpelijk omdat de burger weinig handelingsperspectief heeft.

Tijdens onderzoeken in Afrika en Jemen,<sup>20</sup> viel me op dat 'de overheid' voor burgers iets was dat vooral heel erg ver weg was en waar men ook niet op rekende bij het oplossen van maatschappelijke problemen. Terwijl de overheid het daar juist graag beter wil doen. Dat is niet wat ik voor Nederland wil. Daarom is aandacht nodig voor de rol van het recht en de jurist in het omgevingsrecht en ik wijs met nadruk op het belang van een hindermacht.

Regelgeving moet duidelijk zijn over de rechten en plichten die overheid en burgers hebben, zodat men daar zijn handelen op af kan stemmen. Dat maakt de overheid betrouwbaar en vergroot de legitimiteit. Wettelijke doelstellingen dienen inhoudelijk, duidelijk en handhaafbaar

zijn. Zowel voor en door de overheid als voor en door burgers en bedrijven. Participatie en een prettig contact met de overheid is goed, maar niet genoeg. Toegang tot de rechter, waarbij niet alleen procedurele maar ook inhoudelijke aspecten centraal staan, is eveneens belangrijk.

Met de huidige ontwikkeling naar meer procedurele wetgeving wordt de invloed van het parlement op de inhoud van het omgevingsrecht beperkt, zeker nu de inhoudelijke normen in lagere regelgeving worden neergelegd. Tegelijkertijd worden de rechten van burgers en bedrijven beperkt door het feit dat er steeds minder appellabele besluiten zijn, want daarmee vermindert hun toegang tot de bestuursrechter. Machtige groeperingen kunnen dat oplossen door effectief lobbywerk. Dat kan echter niet iedereen en ook niet iedere lobbygroep heeft evenveel macht.

De rechter heeft gekozen voor een subjectiverende behandeling van geschillen en een marginale en weinig inhoudelijke toetsing. Het lijkt er op dat de burger steeds vaker zijn heil zal moeten zoeken bij de civiele rechter en daar wellicht zelfs beter af is. Misschien is dat een goede ontwikkeling, alhoewel ik daar langer over na zou moeten denken. Niet ieder meewegen van belangen laat zich in een onrechtmatige daadsactie vertalen. De bestuursrechter is ter zake deskundig, toegankelijk, niet duur en uitspraken zijn in korte tijd beschikbaar, zelfs die van de Raad van State. Dat is een groot goed. Ik zou willen dat de bestuursrechter zijn rol aanpast aan de nieuwe omstandigheden en heb daar voorstellen voor gedaan.

Het bestuur dient zich te realiseren dat de komende jaren gepaard zullen gaan met veel onzekerheden terwijl de samenleving tegelijkertijd voor grote opgaven staat. Men zou niet te bang moeten zijn om de mogelijkheden van de Omgevingswet ten volle te benutten. 'Nat gaan' bij de Raad van State zal deel van dat proces zijn, maar is niet erg. Het is de enige manier om duidelijkheid te krijgen over de mogelijkheden die wetgeving biedt en om een visie te verwezenlijken.

De hiervoor beschreven ontwikkelingen leiden tot een onbalans in de machtsverhoudingen en laten de burger, van wie juist steeds meer eigen verantwoordelijkheid wordt verwacht, kwetsbaar achter. Ook het waterbeheer wordt kwetsbaar, want het kan te kampen krijgen met een gebrek aan legitimiteit.

We hebben wetgeving nodig waarmee de publieke taak van de overheid – en het waterbeheer in het bijzonder – goed vervuld kan worden. Legitimiteit van de overheid is daarbij een belangrijke randvoorwaarde. Wetgeving met een duidelijk inhoudelijk doel en aandacht voor de belangen van de burger is ook nodig om de belangstelling voor het vakgebied levend te houden, zodat we ook in de toekomst voldoende mensen hebben die met passie het waterstaatsrecht en omgevingsrecht willen en kunnen blijven beoefenen. •

<sup>19</sup>. Denk aan de waterveiligheid en de zoetwatervoorziening.

<sup>20</sup>. D. Misiedjan, F. van Steenberg,

C. Borgia, J. Evers, A. Tjen A Kwoei, T.

Zang, P. Huntjes, P. M. van Rijswijk & R. de

Man, *The Political Economy of Water*

*Management in Yemen: Conflict Analysis*

*and Recommendations*, The Hague Institu-

te for Global Justice, 2014.