
Proceduralisering in de Europese milieuwetgeving: Een case-study naar de Kaderrichtlijn water

Afstudeerscriptie Omgevingsrecht
Juli 2007

ir. Alexandra A. van Trigt
Oeral 33
3524 DS Utrecht
alexandra_van_trigt@hotmail.com

Universiteit van Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Centrum voor Milieurecht
Scriptiebegeleider mr. J.M.P. Janssen

Inhoudsopgave

Samenvatting

1	Inleiding	1
1.1	Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2	Probleemstelling en onderzoeksvragen	2
1.3	Opzet van het onderzoek	3
2	Theoretisch kader	5
3	De Kaderrichtlijn water	8
3.1	Inleiding	8
3.2	Proceduralisering in de Kaderrichtlijn water	8
3.3	Governance en de Kaderrichtlijn water	12
4	Implicaties van proceduralisering voor het recht	18
4.1	Inleiding	18
4.2	Governance versus recht	18
4.2.1	Handhaving	18
4.2.2	Democratische legitimiteit en verantwoording	20
	Conclusie	25
	Literatuurlijst	27

Samenvatting

In de Europese milieuwetgeving is sprake van proceduralisering. In plaats van gedetailleerde voorschriften en concrete normen, bevatten milieurichtlijnen steeds vaker algemeen geformuleerde doelstellingen en procedurele voorschriften. Proceduralisering maakt deel uit van een trend van ‘government’ naar ‘governance’. Dit betekent dat regelgeving in toenemende mate tot stand komt op een wijze die afwijkt van de traditionele communautaire methode van wetgeving. Samenwerking en overleg tussen publieke en private actoren, flexibiliteit, deliberatie en probleemoplossing staan daarbij centraal. De proceduralisering van wetgeving biedt daarvoor de ruimte. In brede kring ervaren juristen problemen bij de juridische controle van deze alternatieve besluitvormingsprocessen. Met betrekking tot de procedurele aard van de Europese milieuwetgeving bestaat de vrees dat het ontbreken van concrete normen in formele wetgeving een effectieve juridische handhaving beperkt. De scriptie verschaft een duidelijker beeld van de problemen die zich voordoen bij de aansluiting tussen governance en de traditionele rechtspraktijk en beoogt zo de juridische implicaties van proceduralisering te verhelderen.

Een case-study van de Kaderrichtlijn water geeft een indruk van de wijze waarop proceduralisering zich in de Europese milieuwetgeving manifesteert. Een analyse van de verplichting om een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken, laat zien dat een concrete norm in de Kaderrichtlijn ontbreekt en dat de besluitvorming over deze norm door procedurele voorschriften is overgeheveld naar de implementatiefase. De besluitvorming in de implementatiefase wordt gekenmerkt door governance. Een analyse van de procedurele vereisten aan de hand van governance, geeft een viertal governance beginselen die aan de proceduralisering in de Kaderrichtlijn ten grondslag liggen. Proceduralisering impliceert een decentralisatie van de besluitvorming, waarbij de inhoud van de rechtsschepping gedeeltelijk plaatsvindt in de implementatiefase in een verticaal samenwerkingsverband tussen de Commissie en de lidstaten. Bij de inhoudelijke rechtsvorming en implementatie van de Kaderrichtlijn wordt een horizontaal netwerk van publieke en niet-publieke actoren betrokken, zodat feitelijk sprake is van besluitvorming in een netwerk. Proceduralisering biedt ruimte voor kennisontwikkeling tijdens de implementatie en beoogt door de interactie tussen een verscheidenheid aan actoren, het uitwisselen van praktijken en deliberatie, te komen tot een effectieve probleemoplossing. Tenslotte beoogt procedurele wetgeving de lidstaten meer flexibiliteit te bieden en staat het een grotere diversiteit tussen de lidstaten toe.

Doordat de governance besluitvorming in de implementatiefase van de Kaderrichtlijn een concrete norm voor een goede toestand van het oppervlaktewater voortbrengt, heeft proceduralisering in casu geen gevolgen voor de juridische handhavingsmogelijkheden. Het feit dat deze norm tot stand komt buiten de formele wetgevingsprocedure om, heeft echter juridische implicaties ten aanzien van de legitimiteit van en verantwoording voor deze norm. Proceduralisering heeft tot gevolg dat de traditionele waarborgen inzake legitimiteit en verantwoording, zoals verankerd in de formele

wetgevingsprocedure, aan betekenis inboeten. De legitimiteit van governance processen wordt niet bepaald door het doorlopen van een democratisch besluitvormingsproces, met daarin een rol voor het parlement, maar door de participatie van een verscheidenheid aan actoren aan de rechtsvorming en een door de betrokkenen als legitiem ervaren, effectieve einduitkomst. Het traditionele juridische denkkader, dat legitimiteit koppelt aan de formele institutionele structuur en het stelsel van representatieve democratie, is daarmee ontoereikend om de legitimiteit van governance processen te bepalen. De gedeeltelijke overdracht van de inhoudelijke rechtsvorming naar de uitvoerende macht, impliceert daarnaast een samenvoeging van wetgevingstaken en uitvoeringstaken, waarmee de controlerende functie van het parlement aan betekenis verliest. De traditionele verantwoordingsmechanismen, die zijn gebaseerd op een hiërarchische keten van principaal-agent relaties, zijn ontoereikend om de diffuse governance besluitvormingsprocessen te controleren.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Onder juristen bestaat een zekere onvrede met betrekking tot de aard van de Europese milieuwetgeving.¹ Deze lijkt in toenemende mate te ontbreken aan concrete normstelling. In plaats van gedetailleerde regelgeving die in duidelijke bewoordingen neerlegt aan welke norm moet worden voldaan, bevatten milieurichtlijnen steeds vaker vaag geformuleerde normen en ruime doelstellingen.² Denk bijvoorbeeld aan de IPPC richtlijn (96/61/EG), waarin emissieniveau's zijn gebaseerd op het concept 'best beschikbare technieken'³, en de Kaderrichtlijn water (2000/60/EG), die het bereiken van een goede toestand van het water voorschrijft, zonder daar een concrete norm aan te verbinden. Deze zogenaamde flexibilisering in inhoudelijke normstelling gaat gepaard met een uitbreiding van voorschriften van procedurele aard, die beogen de wijze van implementatie van Europese regelgeving door de lidstaten te reguleren.⁴ Als zodanig lijkt sprake van een verschuiving in reguleringsstijl in het Europees milieubeleid,⁵ die wel wordt aangeduid met de term proceduralisering.⁶

De onvrede onder juristen met betrekking tot de veranderende Europese reguleringsstijl lijkt voort te komen uit de verminderde juridische mogelijkheden om de tenuitvoerlegging van regelgeving te handhaven.⁷ Aangegane verplichtingen met betrekking tot de bescherming van het milieu zouden niet meer dan een lege huls zijn, wanneer deze niet in concrete, juridisch afdwingbare bewoordingen zijn neergelegd en geen verantwoording hoeft te worden afgelegd over behaalde resultaten. Een gebrekkige handhaving geeft dan aanleiding tot een zwakke uitvoering van de Europese milieuwetgeving. Om die reden achten sommige juristen deze wetgeving van slechte kwaliteit. De wetgeving sluit zogezegd niet aan op het juridische denkkader.

Afgaande op de juridische literatuur staat deze verandering in de Europese milieuwetgeving niet op zichzelf, maar weerspiegelt deze een bredere trend in de Europese reguleringspraktijk, die doorgaans wordt aangeduid als een verschuiving van government naar governance.⁸ Over deze verschuiving in reguleringsstijl in de EU is veel discussie gaande. In brede kring wordt gesignaleerd dat deze nieuwe Europese sturingsstijl op andere uitgangspunten berust dan het traditionele 'command-and-control' sturingsmodel.⁹ Onder juristen wordt gesproken van een kloof tussen een klassieke opvatting van het recht en de nieuwe bestuurlijke en regelgevende praktijk en rijst de vraag of het recht niet toe is aan

¹ Zie bijvoorbeeld Krämer 2007.

² Krämer 2007, p. 71; Pallemarts e.a. 2006, p. 43.

³ Zie Scott 2000, p. 260-261.

⁴ Scott 2000, p. 259.

⁵ Lenschow 2002, p. 20; Holzinger, Knill & Schäfer 2006, p. 407-409.

⁶ Zie Scott 2000, p. 259.

⁷ Krämer 2007, p. 71-72.

⁸ Zie bijvoorbeeld Curtin 2006, p. 27-28; Scott en Trubek 2002; Heldeweg 2006, p. V.

⁹ Scott en Trubek 2002, p. 8.

een herijking.¹⁰ Inmiddels is veel onderzoek op gang gekomen dat zich richt op een herdefiniëring van de rol van het recht in het Europese integratieproces.¹¹ Voordat aan dit omvangrijke vraagstuk kan worden toegekomen, is het echter allereerst van belang een beter inzicht te krijgen in de problemen die zich voordoen bij de aansluiting tussen deze nieuwe reguleringsstijl en de traditionele rechtspraktijk.

1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen

Tegen de achtergrond van het bovenstaande is de probleemstelling van deze scriptie als volgt samen te vatten. Onder milieujuristen bestaat onbegrip met betrekking tot de aard van de Europese milieuwetgeving. De procedurele aard van deze wetgeving biedt in hun ogen te weinig handvatten ter verwezenlijking van een effectieve juridische handhaving. De problemen die juristen bij proceduralisering ervaren, staan niet op zichzelf. Proceduralisering maakt deel uit van een governance besturingsstijl, die ook in een breder opzicht vragen oproept bij juristen. In brede kring wordt een kloof gesignaleerd tussen governance en traditionele opvattingen van het recht. Deze scriptie beoogt een duidelijker beeld te verschaffen van de problemen die zich voor het recht voordoen bij bovengenoemde proceduralisering in het kader van governance. Daarbij kijk ik naar de specifieke context van het Europees milieubeleid. Aldus kom ik voor dit afstudeerproject tot de volgende doelstelling:

Een verheldering van de juridische implicaties van proceduralisering in de Europese milieuwetgeving.

Dat doe ik door een analyse te geven van de wijze waarop proceduralisering zich in de Europese milieuwetgeving manifesteert en inzicht te geven in de uitgangspunten die aan procedurele wetgeving ten grondslag liggen. Aan de hand van deze analyse geef ik vervolgens een beoordeling van de juridische implicaties van proceduralisering.

Voor de afbakening van het onderzoek is gekozen om dit afstudeerproject te beperken tot een case-study van de Europese Kaderrichtlijn water (2000/60/EG). Omdat proceduralisering verwijst naar een algehele reguleringsstijl en als zodanig een abstract begrip is, is het nodig om proceduralisering in een concrete context te bespreken. Aan de hand van een case-study is het mogelijk om te bekijken op welke wijze proceduralisering zich in de Europese milieuwetgeving manifesteert. De keuze voor de Kaderrichtlijn water is gebaseerd op de juridische literatuur, waarin de Kaderrichtlijn wordt aangemerkt als een uitgesproken voorbeeld van de nieuwe Europese reguleringsstijl.¹² Daarbij moet worden opgemerkt dat proceduralisering uiteenlopende verschijningsvormen heeft. De wijze waarop

¹⁰ Curtin 2006, p. 54; Scott en Trubek 2002, p.18.

¹¹ Zie bijvoorbeeld de bundel 'Law and new governance in the EU and the US' 2006, onder redactie van de Búrca en Scott.

¹² Ik put met name uit het werk van Scott en Holder 2006 en Trubek en Trubek 2007.

proceduralisering zich in de Kaderrichtlijn manifesteert, verschilt dan ook van andere richtlijnen. De uitspraken over de implicaties van proceduralisering zoals dat zich voordoet in de Kaderrichtlijn, zijn dan ook niet automatisch generaliseerbaar naar de gehele Europese milieuwetgeving. Het is dan ook niet mijn bedoeling om de resultaten van de case-study te generaliseren. In plaats daarvan beoog ik met deze case-study het begrip van proceduralisering te vergroten, opdat de lezer deze kennis vervolgens op basis van eigen inzicht kan toepassen op andere Europese milieuwetgeving.

Tegen de achtergrond van de geschetste probleemstelling stel ik de volgende onderzoeksvragen:

1. Op welke wijze manifesteert proceduralisering zich in de Kaderrichtlijn water en wat zijn de uitgangspunten waarop deze reguleringsstijl berust?
2. Hoe verhouden de uitgangspunten die aan procedurele wetgeving ten grondslag liggen zich tot de uitgangspunten waarop een traditionele opvatting van het recht berust en welke juridische implicaties heeft dat?

1.3 Opzet van het onderzoek

De scriptie bestaat uit een beschrijvende analyse van de Kaderrichtlijn water en een normatieve beschouwing van de juridische implicaties van proceduralisering. Op basis van bestudering van de juridische literatuur kom ik tot een nadere bepaling en omschrijving van proceduralisering in relatie tot governance. De bevindingen van dit onderzoek vormen het theoretisch kader van de scriptie en zijn kort weergegeven in hoofdstuk 2. Hoofdstuk 3 geeft een analyse van de Kaderrichtlijn water. De analyse bestaat uit een feitelijke beschrijving van de open normstelling en procedurele vereisten in de Kaderrichtlijn en een interpretatie van deze procedurele wetgeving vanuit het perspectief van governance. Deze beschrijvende analyse moet het mogelijk maken om de uitgangspunten en waarden die aan proceduralisering ten grondslag liggen, te begrijpen. Aan de hand van deze analyse wordt in hoofdstuk 4 een beoordeling gegeven van deze uitgangspunten en waarden naar juridische maatstaven.

Omwille van de duidelijkheid wil ik direct een aantal kanttekeningen plaatsen. In de juridische literatuur wordt vanuit verschillende rechtsgebieden naar governance gekeken. Zo worden vragen gesteld met betrekking tot de implicaties van governance voor het constitutioneel recht en bestaan er uitgebreide beschouwingen over democratische verantwoordingsmechanismen. Het gaat te ver om al deze aspecten van governance en proceduralisering te behandelen. In deze scriptie is het normatief perspectief daarom beperkt tot het domein van het milieurecht. Dat wil zeggen dat ik de juridische implicaties van proceduralisering rechtstreeks betrek op het milieurecht. Ik stel me daarbij het volgende voor. Milieuregelgeving beoogt de kwaliteit van het milieu te behouden, beschermen en verbeteren door menselijk handelen met nadelige gevolgen voor het milieu te reguleren, te beperken of te verbieden. Gezien de doelstelling van milieuregelgeving is het vanuit juridisch oogpunt van belang

dat er juridische garanties bestaan dat een bij wet vastgestelde milieukwaliteit of beschermingsniveau daadwerkelijk wordt bereikt. De regelgeving dient kortom juridisch handhaafbaar te zijn. Indien niet aan de verplichtingen wordt voldaan, kan de verantwoordelijke daarop worden aangesproken en staan daar sancties tegenover.¹³ Toegepast op de Kaderrichtlijn water houdt dat in dat ik de procedurele wetgeving beoordeel op de juridische handvatten die ten eerste garanderen dat een goede toestand van het water wordt bereikt, dat een goede toestand van het water ook inderdaad een goede kwaliteit weerspiegelt en deze norm op de juiste wijze tot stand komt en dat, wanneer deze doelstelling niet gehaald wordt, ‘iemand’ daarvoor aanspreekbaar is.

Voorts is het niet mijn bedoeling om in een ruimere context uitspraken te doen over de wenselijkheid van proceduralisering in de Europese milieuwetgeving. De keuze voor een bepaalde wijze van regulering heeft zowel een pragmatische als een ideologische component, waarvan het juridisch aspect slechts een klein onderdeel vormt. Een discussie over de wenselijkheid van proceduralisering kan in mijn ogen niet plaatsvinden zonder daarbij de ruimere context te betrekken waarin het recht functioneert. Bovendien gaat het bij de beoordeling van de wenselijkheid van een reguleringstijl uiteindelijk om het resultaat dat met die wijze van regulering behaald wordt.¹⁴ In de context van deze scriptie houdt dat in dat men moet beoordelen of de betreffende regelgeving daadwerkelijk leidt tot een betere milieukwaliteit. Het beantwoorden van deze vraag vereist echter een empirisch onderzoek dat buiten het kader van dit afstudeerproject valt.

¹³ Zie Krämer 2007, p. 72-73.

¹⁴ Krämer 2007, p. 72.

Hoofdstuk 2 Theoretisch kader

Het redactioneel voorwoord bij het verslag van de Staatsrechtconferentie 2005 over Rechtsvorming en Governance¹⁵ bevat een aardige vergelijking aan de hand waarvan de auteurs de term governance verduidelijken. Zij nemen het voorbeeld van het voetbalspel en leggen uit dat binnen de voor het spel geldende spelregels verschillende strategieën en speelwijzen mogelijk zijn. Zo kan de opstelling van de spelers variëren, afhankelijk van de keuze voor een aanvallende of een verdedigende speelwijze. Het aantal spelers is volgens de spelregels niet meer dan elf, maar het spel kan ook met minder spelers worden voortgezet. De auteurs wijzen erop dat speelstijlen kunnen leiden tot herziening van spelregels, omdat wordt besloten om nieuwe stijlen meer, of juist minder ruimte te gunnen. Zij geven het voorbeeld van de buitenspelregel, die is geïntroduceerd in reactie op de wens om een aantrekkelijker voetbalspel.¹⁶ Het is de rol van de scheidsrechter om te zorgen dat het spel volgens de spelregels verloopt.

Zo beschouwd verwijst de term governance naar een speelstijl in ‘het spel’ dat besturen heet.¹⁷ Het is een nieuwe¹⁸ besturingsstijl waarmee, in de context van deze scriptie, de communautaire wetgever de doelstellingen van het Europees milieubeleid tracht te realiseren. Als zodanig wordt governance vaak afgezet tegenover government, dat de traditionele besturingsstijl weerspiegelt. Government wordt dan geassocieerd met de zogenaamde klassieke communautaire methode.¹⁹ In haar Witboek Governance geeft de Commissie een beschrijving van wat daaronder moet worden verstaan. De communautaire methode van wetgeving berust op het exclusief initiatiefrecht van de Commissie voor nieuwe wetgeving en de wetgevende (en budgettaire) bevoegdheden van de Raad en het Europees Parlement. Volgens de Commissie is de stemming bij gekwalificeerde meerderheid in de Raad van essentieel belang voor de doeltreffendheid van de communautaire methode.²⁰ In dit opzicht kan artikel 251 EG dat de medebeslissingsprocedure neerlegt, worden aangemerkt als een uitdrukking van deze methode.²¹ Voorts wordt de communautaire methode gekenmerkt door de controlerende taak van het Europese Hof van Justitie, dat zorgt voor een uniforme uitlegging van het Gemeenschapsrecht en toeziet op de naleving van de beginselen van de rechtsstaat.²² Aldus wordt de communautaire

¹⁵ Helderweg 2006, p. V.

¹⁶ Omdat ik zelf geen verstand van voetbal heb, moet ik me beperken tot het overnemen van de voorbeelden die de auteurs van het verslag aandragen.

¹⁷ Helderweg 2006, p. VI.

¹⁸ Governance wordt veelal aangeduid als new governance. Verschillende auteurs wijzen er echter op dat er feitelijk niets nieuws is aan governance en maken bezwaar tegen de voorstelling dat governance als nieuwe sturingsstijl government opvolgt. Zie Möllers 2006, p. 318-320. In deze scriptie hanteer ik de term governance zonder de toevoeging ‘nieuw’. Met de aanduiding ‘nieuwe besturingsstijl’ benadruk ik hier het contrast tussen governance en government, in de zin dat governance afwijkt van government. Zie de Búrca en Scott 2006, p. 2-3.

¹⁹ Zie Scott en Trubek 2002, p. 1; zie Scott en Holder 2006, p. 212; vgl. Curtin 2006, p. 28-29.

²⁰ Commissie 2001, p. 8-9.

²¹ Scott en Trubek 2002, p. 1.

²² Commissie 2001, p. 9.

methode gekenmerkt door het institutionele kader waarbinnen regelgeving tot stand komt. Naast de te volgen besluitvormingsprocedure en de rol van de Europese instellingen daarbij, is de uitvaardiging van bindende verplichtingen van hard recht een tweede kenmerk van de communautaire methode.²³ Deze heeft het doel de nationale wetgeving van de lidstaten te harmoniseren en zo een zekere mate van Europese uniformiteit te bereiken.²⁴ In dit opzicht kunnen de in artikel 249 EG genoemde officiële wetgevingsinstrumenten, dat zijn verordeningen en richtlijnen, worden gezien als een uitdrukking van de communautaire methode.

Governance als besturingsstijl omvat een reeks aan praktijken en processen, die met elkaar gemeen hebben dat zij afwijken van de communautaire methode. Het definiëren van governance in termen van wat het niet is, namelijk de communautaire methode, laat echter zien dat het begrip governance en de betekenissen die daaraan verleend worden geenszins zijn uitgekristalliseerd.²⁵ Verwijzend naar de bovengenoemde kenmerken van de communautaire methode, duidt governance in algemene zin op een afwijking van het institutionele kader waarin regelgeving tot stand komt en een verschuiving in de instrumentkeuze waarmee het communautair beleid ten uitvoer wordt gebracht.²⁶ Het eerste punt houdt in dat bij het opstellen van regelgeving ook andere actoren dan de officiële Europese instellingen betrokken zijn, of dat regulering geheel plaatsvindt buiten het institutionele kader om. Het tweede punt impliceert het gebruik van andere instrumenten, zoals soft law of convenanten. Daarnaast duidt het tevens op een verandering in de aard van instrumenten. Waar instrumenten onder de communautaire methode meer gebiedend van aard zijn en een zekere uniformiteit beogen, staan governance instrumenten de lidstaten een grotere flexibiliteit toe en wordt minder belang gehecht aan uniforme resultaten. Een voorbeeld is de kaderrichtlijn, die de lidstaten een grotere inhoudelijke flexibiliteit beoogt te bieden en daarmee in aard verschilt van de 'gewone' richtlijn.²⁷ Kenmerkend voor governance als stijl van besturen, is de ruimte voor diversiteit, het belang dat wordt toegekend aan leren en experimenteren, en het bevorderen van participatie. Een governance

²³ Scott en Trubek 2002, p. 2; Vgl. Curtin 2006, p. 28.

²⁴ Scott en Trubek 2002, p. 2; Curtin 2006, p. 13-18.

²⁵ De Burca en Scott 2006, p. 2-3.

²⁶ Scott en Trubek 2002, p. 2-3; De Búrca en Scott 2006, p. 2-3. Zie Holzinger, Knill & Schäfer 2006 voor een empirisch onderzoek naar de verschuiving in instrumentkeuze in het Europees milieubeleid. De auteurs concluderen dat onder het zogenaamde governance bewind van de Commissie geen grote veranderingen in instrumentkeuze te zien zijn. Ik wil daarbij echter opmerken dat er wel degelijk een verandering kan zijn in de aard van de instrumenten die de Commissie aanwendt. Het idee waarop deze scriptie voortbouwt, is dat de aard van de regelgeving onder governance verandert. Hoewel de instrumentkeuze, in dit geval de richtlijn of kaderrichtlijn, in institutioneel opzicht niet verandert, is inhoudelijk wel sprake van een andere invulling van het instrument.

²⁷ Scott en Trubek 2002, p. 2; zie Commissie 2001, p. 23. Daarbij moet worden opgemerkt dat met de term kaderrichtlijn verschillende wetgevingstechnieken worden aangeduid. In bovenstaande context wordt verwezen naar een richtlijn die algemene doelstellingen neerlegt met betrekking tot een breed onderwerp, zonder de bedoeling deze nader uit te werken in dochterrichtlijnen. Daarbij wordt de lidstaten een bepaalde beoordelingsruimte gelaten ten aanzien van de aard van de te nemen maatregelen. Zie Pallemarts e.a. 2006, p. 43.

besturingsstijl is meer gebaseerd op overleg, onderhandeling en deliberatie.²⁸ Het hecht belang aan transparantie en flexibiliteit.²⁹

Voortbouwend op het voorbeeld van het voetbalspel, verwijst het begrip proceduralisering naar een van de spelers van het spel, die tesamen met de andere spelers de governance strategie ten uitvoer brengt. Bij de andere spelers kan gedacht worden aan het gebruik van co-regulering, het gebruik van soft law of het vaststellen van voorschriften door comitologie.³⁰ In het kader van deze scriptie verwijst proceduralisering naar een overgang in reguleringsstijl, waarbij in wetgeving de nadruk komt te liggen op procedurele voorschriften in plaats van inhoudelijke bepalingen. Europese milieuwetgeving legt in dat geval geen gedetailleerde normen neer in de vorm van bijvoorbeeld maximale emissieniveaus of milieukwaliteitseisen, maar schrijft de lidstaten bepaalde procedures voor waaraan een rechtmatige besluitvorming moet voldoen. Voorbeelden van zulke procedurele voorschriften zijn bepalingen met betrekking tot publieke participatie, transparantie en rapportageverplichtingen. Deze manier van regulering gaat uit van de veronderstelling dat het volgen van een open besluitvormingsproces, in de vorm van het rationele discours tussen de door het beleid beïnvloede actoren, in de regel leidt tot een doelmatig en goed besluit in materiële zin. Wettelijke bepalingen schrijven in dat geval de criteria voor waaraan het besluitvormingsproces behoort te voldoen. Proceduralisering beoogt daarmee tot een betere ‘einduitkomst’ te leiden.³¹ Inhoudelijke flexibiliteit biedt dan als het ware de ruimte om via een andere, in de ogen van de Commissie effectievere,³² governance weg de doelstellingen van het Europees milieubeleid te realiseren. Aldus kan proceduralisering worden begrepen als een van de instrumenten om de governance strategie ten uitvoer te brengen.

Teruggrijpend op de metafoor van het voetbalspel, wordt de besturingsstijl governance niet door de spelregels, dat is het EG-Verdrag, verboden, maar roept deze wel de vraag op of die spelregels herijking behoeven.³³ In de context van deze scriptie, wordt de scheidsrechter op het veld geconfronteerd met een andere speelstijl met nieuwe technieken, waarvoor de bestaande spelregels ontoereikend zijn. Op dat moment staat de scheidsrechter met lege handen, hij vraagt zich af waarom het spel niet wordt gespeeld volgens de regels die daartoe zijn opgesteld en hoe hij deze nieuwe speelstijl moet handhaven, wanneer daarvoor geen duidelijke regels zijn. Na afloop van de wedstrijd maakt de scheidsrechter een wedstrijdanalyse, om de nieuwe speelstijl te doorgronden.

²⁸ Deliberatie staat voor een gezamenlijke uitwisseling van argumenten, waarbij participanten elkaar trachten te overtuigen en men door interactie tracht te komen tot een rijkere afweging. Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004, p. 19.

²⁹ Scott en Trubek 2002, p. 5-6.

³⁰ Zie Curtin 2006, p. 28-29.

³¹ Scott 2000, p. 273-274.

³² Zie Commissie 2001, p. 17-20.

³³ Heldeweg 2006, p. VI.

Hoofdstuk 3 De Kaderrichtlijn water

3.1 Inleiding

De Europese Kaderrichtlijn water (KRW)³⁴ is een voorbeeld van de veronderstelde verandering in de wijze waarop de communautaire wetgever de doelstellingen van het Europees milieubeleid tracht te realiseren. Omdat de Kaderrichtlijn in zijn geheel als onderzoeksobject te omvangrijk is, beperk ik mij in deze scriptie tot een analyse van één van de kerndoelstellingen van de richtlijn. Paragraaf 3.2 schetst allereerst kort een algemeen beeld van de Kaderrichtlijn. Vervolgens ga ik dieper in op de doelstelling die de Kaderrichtlijn neerlegt ten aanzien van oppervlaktewateren. Artikel 4 lid 1 sub a(ii) KRW verplicht de lidstaten een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken, zonder dat aan die norm een concrete invulling gegeven wordt. In plaats van een concrete norm voor te schrijven, schrijft de Kaderrichtlijn de lidstaten verschillende procedures voor die tot een nadere invulling van de richtlijn moet leiden. In dit opzicht is de Kaderrichtlijn dus in hoge mate procedureel van aard. Deze vergaande proceduralisering illustreert de codificatie van de governance beginselen in het Europees recht.³⁵ Om te begrijpen op welke beginselen dit stukje procedurele wetgeving precies is gebaseerd, is het nodig om inzicht te hebben in de wijze waarop de nadere invulling van de norm geschiedt. Dit wordt beschreven in het vervolg van paragraaf 3.2. Paragraaf 3.3 geeft een interpretatie van de procedures die de Kaderrichtlijn neerlegt in het licht van governance. De analyse beoogt de uitgangspunten te verhelderen waarop proceduralisering is gebaseerd.

3.2 Proceduralisering in de Kaderrichtlijn water

De Kaderrichtlijn water legt een wettelijk kader neer voor de bescherming en verbetering van de kwaliteit van landoppervlaktewater, overgangswater, kustwateren en grondwater in de Europese lidstaten.³⁶ Als zodanig omvat de Kaderrichtlijn het hele waterbeheer zoals wij dat in Nederland kennen.³⁷ De Kaderrichtlijn kan het beste worden gezien als een overkoepelend kader dat het vertrekpunt vormt voor een uitgebreid programma dat beoogt het waterbeleid van de lidstaten te coördineren en een duurzaam, geïntegreerd waterbeheer in Europa te realiseren. De Kaderrichtlijn legt daartoe een aantal ruime doelstellingen neer en dient verder als grondslag voor meer gedetailleerde regelgeving met betrekking tot specifieke deelgebieden, waarmee het kader in een later stadium kan worden uitgewerkt.³⁸

De implementatie van de Kaderrichtlijn vindt plaats tegen de achtergrond van de Gezamenlijke Implementatiestrategie (Common Implementation Strategy, in het vervolg aangeduid

³⁴ Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid.

³⁵ Zie Page en Kaika 2003, p. 329.

³⁶ Art. 1 KRW.

³⁷ Van Rijswick 2000, p. 297.

³⁸ Trubek en Trubek 2007, p. 13.

met CIS).³⁹ CIS biedt een informeel forum voor overleg en samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie en beoogt technische en wetenschappelijke ondersteuning te bieden bij de implementatie.⁴⁰ Het proces wordt geleid door de Europese Waterdirecteuren, als vertegenwoordigers van de lidstaten. Een Strategische Coördinatiegroep, bestaande uit deelnemers van de lidstaten en voorgezeten door de Commissie, coördineert de activiteiten die onder CIS plaatsvinden. Voor de verschillende implementatievraagstukken zijn werkgroepen opgericht. De werkgroepen bestaan uit wetenschappelijke experts en deelnemers van de lidstaten en worden voorgezeten door een lidstaat of de Commissie. Deelname aan de werkgroepen staat tevens open voor belangengroepen, NGO's en 'civil society', wanneer het onderwerp dat de werkgroep behandelt daartoe geschikt is.⁴¹ Onder het CIS netwerk worden zogenaamde richtsnoeren (guidance documents) opgesteld, die de voor de implementatie benodigde technische en wetenschappelijke input leveren. Deze richtsnoeren zijn niet-bindende, herzienbare documenten die als het ware een gezamenlijke kennisbasis creëren, waaruit de lidstaten op vrijwillige basis kunnen putten voor de implementatie van de Kaderrichtlijn.⁴²

Goede toestand van het oppervlaktewater

Artikel 4 lid 1 KRW legt de milieudoelstellingen van de Kaderrichtlijn neer en vormt zodoende de kern van de richtlijn.⁴³ Artikel 4 lid 1 sub a(ii) KRW bepaalt dat de lidstaten alle oppervlaktewateren beschermen, verbeteren en herstellen, met de bedoeling uiterlijk 15 jaar na de datum van inwerkingtreding van de richtlijn een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken. Een uitzondering wordt gemaakt voor kunstmatige en sterk veranderde waterlichamen, die kunnen volstaan met een goed ecologisch potentieel en een goede chemische toestand.⁴⁴ Artikel 2 lid 18 KRW bepaalt dat een goede oppervlaktewatertoestand inhoudt dat zowel de ecologische als de chemische toestand van het water tenminste 'goed' zijn. Artikel 2 lid 21 en 22 KRW bepaalt dat een goede ecologische toestand inhoudt dat de kwaliteit van de structuur en het functioneren van aquatische ecosystemen op een niveau zijn overeenkomstig de waarden die zijn opgenomen in bijlage V. Het betreft hier een open norm die nader moet worden ingevuld middels het hieronder te bespreken systeem. Artikel 2 lid 24 KRW definiëert een goede chemische toestand in termen van maximale concentraties van verontreinigde stoffen overeenkomstig de milieukwaliteitsnormen zoals vastgesteld bij de dochterrichtlijnen in bijlage IX, en overeenkomstig artikel 16 lid 7 KRW met betrekking tot prioritair stoffen, of overeenkomstig de milieukwaliteitsnormen in andere relevante communautaire wetgeving.

³⁹ Zie Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (WFD CIS): Strategic document 2001.

⁴⁰ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 2.

⁴¹ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 12-14; Scott en Holder 2006, p. 227-229.

⁴² WFD CIS: Strategic document 2001, p. 12; Scott en Holder 2006, p. 229-230.

⁴³ Art. 4 lid 1 KRW legt milieudoelstellingen neer voor oppervlaktewateren, grondwater en beschermde gebieden. Voor de afbakening van de scriptie behandel ik alleen de doelstelling met betrekking tot oppervlaktewateren, art. 4 lid 1 sub a KRW.

Voor het 'lezen' van de KRW heb ik gebruik gemaakt van Grimeaud 2001.

⁴⁴ Art. 4 lid 1 sub a(iii) KRW.

Daarmee is de karakterisering van wat ‘een goede chemische toestand’ is, redelijk concreet te noemen.⁴⁵ Het vervolg van de bespreking van de Kaderrichtlijn beperkt zich tot de invulling van de open norm ‘een goede ecologische toestand’.

Bijlage V KRW bevat de normatieve definities aan de hand waarvan de lidstaten moeten bepalen of de oppervlaktewateren in een goede ecologische toestand verkeren. Het referentiekader waaraan de ecologische toestand van het water moet worden beoordeeld, is een onverstoorde toestand van het water zonder, of nagenoeg zonder, menselijke beïnvloeding (“no, or only very minor anthropogenic alterations”).⁴⁶ De beoordeling van de ecologische waterkwaliteit is gebaseerd op de mate waarin de waterkwaliteit afwijkt van de referentietoestand. Een goede ecologische toestand impliceert een lichte afwijking van de referentietoestand (“low levels of distortion from human activity, but deviate only slightly from those normally associated with the surface water body type under undisturbed conditions”).⁴⁷ Tabel 1.2.1 tot en met 1.2.5 van bijlage V KRW geeft per type waterlichaam aan welke parameters moeten worden meegenomen in de beoordeling van de toestand van een waterlichaam. De ecologische toestand wordt bepaald door biologische kwaliteitselementen, gesteund door hydromorfologische en fysisch-chemische kwaliteitselementen. Voor een goede ecologische toestand geldt bijvoorbeeld dat de samenstelling van de in het oppervlaktewater aanwezige visfauna een lichte afwijking (“slight changes”) mag vertonen ten opzichte van de referentietoestand.⁴⁸

Het is aan de lidstaten overgelaten om in de implementatiefase van de Kaderrichtlijn de referentietoestand per type waterlichaam vast te stellen. Dit proces wordt ondersteund door werkgroepen die in het kader van CIS de benodigde technische en wetenschappelijke kennis aanleveren in niet-bindende richtsnoeren.⁴⁹ Artikel 5 KRW bepaalt dat de lidstaten voor elk stroomgebiedsdistrict de kenmerken ervan analyseren en overeenkomstig bijlage II, tabel 1.3 voor elk type oppervlaktewaterlichaam de typespecifieke biologische, hydromorfologische en fysisch-chemische referentieomstandigheden vaststellen, die staan voor een zeer goede ecologische toestand. De resultaten van de beoordeling worden uitgedrukt in ecologische kwaliteitscoëfficiënten.⁵⁰ De bepaling van de ecologische kwaliteitscoëfficiënten geschiedt per lidstaat met behulp van een eigen monitorings- en beoordelingssysteem. Teneinde de van de referentietoestand afgeleide klassengrenzen vast te stellen, verplicht artikel 8 van de Kaderrichtlijn de lidstaten tot het opstellen van een monitoringsysteem van de oppervlaktewatertoestand. Het monitoringsysteem beoogt een beeld te verschaffen van de ecologische en chemische toestand van de waterlichamen in een stroomgebied. Op basis van dit overzicht van de toestand van het oppervlaktewater stellen de lidstaten de ecologische

⁴⁵ Zie Grimeaud 2001, p. 47.

⁴⁶ Tabel 1.2 van bijlage V KRW.

⁴⁷ Tabel 1.2 van bijlage V KRW.

⁴⁸ Tabel 1.2.1 van bijlage V KRW; Grimeaud 2001, p. 45-46.

⁴⁹ Bijvoorbeeld, voor de implementatie van referentietoestanden en het vaststellen van de grenzen tussen de ecologische klassen is de werkgroep REFCOND opgericht. Zie <www-nrciws.slu.se/REFCOND/index.html>.

⁵⁰ Nijboer 2003, p. 13.

kwaliteitscoëfficiënten op, die karakteristiek zijn voor een bepaalde watertoestand. Op basis van de waarde van de ecologische kwaliteitscoëfficiënten dienen de lidstaten de waterlichamen in te delen in vijf klassen, gaande van een zeer goede tot een slechte ecologische toestand, overeenkomstig rubriek 1.2 van bijlage V.⁵¹

Teneinde te komen tot een gemeenschappelijke Europese standaard van wat een goede ecologische toestand behelst,⁵² schrijft rubriek 1.4.1(iii) van bijlage V een zogeheten intercalibratie voor. Intercalibratie is een procedure die de resultaten van de door de lidstaten uitgevoerde biologische monitoring, resulterend in ecologische kwaliteitscoëfficiënten, moet harmoniseren.⁵³ Omdat de beoordeling van de toestand van het oppervlaktewater en het vaststellen van de ecologische kwaliteitscoëfficiënten onder de verantwoordelijkheid van de lidstaten vallen, zullen de resultaten van deze beoordeling per lidstaat verschillen. Het is dus noodzakelijk om de ecologische kwaliteitscoëfficiënten tussen de lidstaten onderling te vergelijken, teneinde te komen tot een gemeenschappelijke standaard van ‘een goede ecologische toestand’.⁵⁴ Dit intercalibratie proces wordt geleid door een werkgroep, die opereert binnen het kader van CIS.⁵⁵ De resultaten van de intercalibratie, de boven- en onderwaarde van hetgeen moet worden verstaan onder een ‘goede ecologische toestand’, worden door de Commissie bekrachtigd in een wettelijk bindende bepaling met gebruik van de comitologie procedure op grond van artikel 21 van de KRW.⁵⁶

⁵¹ Zie rubrieken 1.3 en 1.4.1 van bijlage V KRW.

⁵² Dat wil zeggen een gemeenschappelijke standaard van de klassengrenzen tussen een matige en een goede toestand en tussen een goede en een zeer goede toestand van het oppervlaktewater. Voor het behalen van de doelstellingen van de KRW gaat het enkel om de klassengrens tussen een matige en een goede toestand. Zie Nijboer 2003, p. 16.

⁵³ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 41. De intercalibratieprocedure houdt in dat de lidstaten locaties kiezen waar de toestand van het oppervlaktewater overeenkomt met de grens tussen de normatieve bepalingen van een ‘zeer goede’ en een ‘goede’ toestand, en een ‘goede toestand’ en een ‘matige toestand’. Deze locaties vormen een intercalibratienetwerk. Door toepassing van het eigen monitoringssysteem op de aangewezen locaties, bepalen de lidstaten de numerieke waarden voor de klassengrenzen van ‘een goede toestand’. De locaties van het intercalibratienetwerk en de vastgestelde waarden worden bekrachtigd door de Commissie. Zie rubriek 1.4.1 (v tot en met ix) van bijlage V KRW.

⁵⁴ <www.stowa.nl/index.asp?mID=4870&l1=4870&l2=4888&l3=1&rID=2>.

⁵⁵ Working group to develop guidance for establishing the inter-calibration network and inter-calibration exercise. Zie WFD CIS: Strategic document 2001, p. 44.

⁵⁶ Trubek en Trubek 2007, p.16. Zie WFD CIS: Guidance document no. 6 Intercalibration 2003, p. 28-29. Zie Comitologiebesluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden, met wijziging door besluit 2006/512/EG van 17 juli 2006. Het Comitologiebesluit is gebaseerd op art. 202, paragraaf 3 EG en legt de voorwaarden neer voor de uitoefening van uitvoeringsbevoegdheden die de Raad heeft gedelegeerd aan de Commissie. De Kaderrichtlijn bevat een verwijzing naar de comitologieprocedure in art. 21 KRW. De volgens bijlage V, rubriek 1.4.1 onder ix KRW van toepassing zijnde regelgevingsprocedure met toetsing ex art. 5bis van besluit 1999/468/EG komt erop neer dat de Commissie de resultaten van de intercalibratie voorlegt aan een comité bestaande uit nationale ambtenaren van de lidstaten. Deze geven bij gekwalificeerde meerderheid advies over het ontwerpbesluit. Wanneer het ontwerpbesluit in overeenstemming is met het advies van het comité, legt de Commissie het ontwerpbesluit ter toetsing voor aan het Europees Parlement en de Raad. Deze kunnen, respectievelijk met meerderheid en gekwalificeerde meerderheid, bezwaar maken tegen het ontwerpbesluit wanneer zij menen dat de Commissie haar uitvoeringsbevoegdheden te buiten gaat, het ontwerpbesluit niet verenigbaar is met het doel of de inhoud van het basisbesluit of niet strookt met het subsidiariteits- of evenredigheidsbeginsel. Wanneer het ontwerpbesluit niet in overeenstemming is met het advies van het comité, dient de Commissie een voorstel in bij de Raad en zendt zij dit toe aan het Europees

3.3 Governance en de Kaderrichtlijn water

De bovenstaande feitelijke beschrijving van de normstelling in de Kaderrichtlijn, laat zien dat deze in sterke mate procedureel van aard is. Het argument van deze scriptie is dat deze procedurele wetgeving de governance besturingsstijl dient. Procedurele wetgeving is dan een instrument om de governance strategie ten uitvoer te brengen. Er kunnen een viertal governance beginselen worden onderscheiden die in het bijzonder aan de proceduralisering in de Kaderrichtlijn ten grondslag lijken te liggen.⁵⁷ Het vervolg van deze paragraaf geeft een nadere interpretatie van de bovenstaande procedurele vereisten met betrekking tot het bereiken van een goede toestand van het oppervlaktewater. Door de wijze waarop de normstelling in de Kaderrichtlijn geschiedt te analyseren vanuit een governance perspectief, beoog ik de uitgangspunten die aan proceduralisering ten grondslag liggen, te verhelderen.

Decentralisatie van besluitvorming in een multi-level framework

De proceduralisering zoals zich die voordoet in de Kaderrichtlijn, brengt mee dat de formatie en implementatie van de Kaderrichtlijn feitelijk plaatsvindt op verschillende niveaus van de Europese Unie. De Europese richtlijn beperkt zich tot hoofdlijnen en vertrouwt de inhoud van de rechtsschepping grotendeels toe aan de lidstaten en de Commissie. In plaats van op Europees niveau een volledig tot in detail uitgewerkte richtlijn vast te stellen, komt het wetgevingscomplex feitelijk tot stand in onderlinge interactie tussen het Europees niveau en de lidstaten.⁵⁸ Er is dus sprake van decentralisatie van de besluitvorming van het Europees wetgevingsniveau naar de lidstaten. Daarmee leidt proceduralisering tot een striktere naleving van het subsidiariteitsbeginsel.⁵⁹

Op Europees niveau formuleert de Kaderrichtlijn de doelstelling dat de lidstaten in 15 jaar een goede toestand van het oppervlaktewater bereiken. Uit het bovenstaande kan echter worden opgemaakt dat de Kaderrichtlijn vooralsnog geen concrete invulling geeft aan ‘een goede toestand van het oppervlaktewater’. De uitdrukking ‘een goede toestand’ behoeft dus een nadere invulling, voordat deze norm kan worden toegepast. Het gaat dan met name om de invulling van ‘een goede ecologische toestand’, die samen met ‘een goede chemische toestand’ bepalend is voor de algehele toestand van het oppervlaktewater. De Kaderrichtlijn bevat geen concrete norm die ‘een goede ecologische toestand’ uitdrukt, maar definiëert deze in weinig eenduidige termen als ‘een lichte afwijking van de referentietoestand’. Ook de waarden van de kwaliteitselementen waaraan een goede ecologische toestand moet worden afgemeten, zijn uitgedrukt in vage bewoordingen als ‘slight changes’, ‘only

Parlement. De Raad kan in dat geval met gekwalificeerde meerderheid een besluit nemen over het voorstel. Tegen de aanneming van het voorstel kan het Europees Parlement met meerderheid van zijn leden bezwaar maken met het argument dat de voorgestelde maatregelen de uitvoeringsbevoegdheden waarin het basisbesluit voorziet, overschrijden, niet verenigbaar zijn met het doel of de inhoud van het basisbesluit of niet stroken met het subsidiariteits- of het evenredigheidsbeginsel.

⁵⁷ De categorieën zijn gebaseerd op Scott en Trubek 2002, p. 5-6 en Scott 2000, p. 265-266. Omdat ik de governance beginselen direct koppel aan procedurele voorschriften van de Kaderrichtlijn, hanteer ik echter een andere indeling.

⁵⁸ Zie ook Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004, p. 17.

⁵⁹ Vgl. Commissie 2001, p. 12.

very minor anthropogenic alterations’, ‘differ moderately’ en ‘significantly more distorted’.⁶⁰ De werkelijke invulling van wat een ‘goede ecologische toestand’ en dus ook een ‘goede toestand van het oppervlaktewater’ inhoudt, geschiedt door de lidstaten in de implementatiefase. De Kaderrichtlijn bevat daartoe procedurele voorschriften die de lidstaten opdragen de kennis te genereren die noodzakelijk is voor de verdere inhoudelijke uitwerking en uitvoering van de Kaderrichtlijn. Op basis van de in de artikelen 5 en 8 KRW voorgeschreven analyse en monitoring van het oppervlaktewater wordt door de lidstaten de kennis verzameld die nodig is om de open begrippen van de Kaderrichtlijn te vertalen in concrete waarden. De Kaderrichtlijn biedt daartoe echter geen solide technische en wetenschappelijke basis. Veel fundamentele vragen met betrekking tot de invulling van de normatieve definities van rubriek 1.2 van bijlage V KRW laat de Kaderrichtlijn open.⁶¹ Een belangrijk deel van de besluitvorming onder de Kaderrichtlijn is daarmee overgeheveld naar de lidstaten. Die beslissingen zijn cruciaal voor het eindresultaat dat met de richtlijn wordt beoogd. Het succes van de Kaderrichtlijn, in die zin dat de waterkwaliteit in de lidstaten wordt verbeterd tot een goed niveau, is afhankelijk van de vraag of de invulling die door de lidstaten wordt gegeven aan een ‘goede toestand van het oppervlaktewater’, ook inderdaad een voldoende hoog kwaliteitsniveau weerspiegelt.⁶²

Hoewel een groot deel van de besluitvorming onder de Kaderrichtlijn is overgelaten aan de lidstaten en deze formeel gezien autonoom zijn in de implementatie van de richtlijn, is de Europese invloed in deze echter verre van afwezig. In ruil voor de toegekende bevoegdheden zijn de lidstaten verplicht hun voortgang te rapporteren aan de Commissie.⁶³ Daarnaast vindt overleg over de uitwerking en implementatie van de richtlijn plaats in CIS. Met CIS is een informeel platform gecreëerd voor samenwerking tussen de lidstaten onderling en de Commissie om de technische en wetenschappelijke problemen die de implementatie van de KRW opwerpt, gezamenlijk, en op eenduidige wijze, het hoofd te bieden.⁶⁴ De Commissie heeft daarbij een faciliterende en sturende rol. Zo stelt de Commissie samen met de Europese waterdirecteuren het werkprogramma voor CIS op. Zij fungeert als voorzitter van de bijeenkomsten van de Europese waterdirecteuren, als voorzitter bij de strategische coördinatiegroep, en is actief betrokken bij de werkgroepen onder CIS.⁶⁵ Daarnaast houdt de Commissie de prestaties van de lidstaten bij in een zogenaamd ‘scoreboard’.⁶⁶ Met CIS is het Europees niveau dus actief betrokken bij de implementatie van de Kaderrichtlijn, waar deze bevoegdheid formeel bij de lidstaten berust. Aldus is sprake van een vervlechting tussen de

⁶⁰ Zie rubriek 1.2. van bijlage V KRW.

⁶¹ Het is goed om daarbij op te merken dat de beoordeling van oppervlaktewateren naar ecologische criteria, zoals de KRW die voorschrijft, een nieuwe uitdaging lijkt te zijn voor het waterbeheer. In Nederland is de wetenschap bijvoorbeeld sterk verdeeld over de beoordelingscriteria die de ecologische kwaliteit uitdrukken. Op dit punt ontbreekt dus veel wetenschappelijke kennis en lijkt het niet voor niets dat de KRW veel technische en wetenschappelijke details open laat. Van Rooy 2002, p. 20.

⁶² Grimeaud 2001, p. 47.

⁶³ Zie bijvoorbeeld art. 15 KRW.

⁶⁴ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 1-2.

⁶⁵ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 12-14.

⁶⁶ Zie <ec.europa.eu/environment/water/water-framework/transp_rep/index_en.htm>.

verschillende verticale bestuurlijke niveaus. De inhoudelijke rechtsvorming en implementatie van de Kaderrichtlijn geschieden niet op een enkel bestuursniveau, maar gebeuren feitelijk in wisselwerking tussen de Commissie en de lidstaten.⁶⁷

Besluitvorming in netwerken, participatie

In zoverre de besluitvorming onder de Kaderrichtlijn is overgeheveld naar de lidstaten en plaatsvindt onder invloed van CIS, impliceert dat tevens de betrokkenheid van een horizontaal netwerk aan actoren bij de implementatie van de richtlijn.⁶⁸ De implementatiekeuzen van de lidstaten worden in de praktijk in belangrijke mate gestuurd door de richtsnoeren die in het kader van CIS door de werkgroepen worden opgesteld. Deze richtsnoeren verschaffen de lidstaten mogelijke werkwijzen en uitgangspunten bij de technische implementatie van de Kaderrichtlijn. Hoewel de richtsnoeren geen bindende kracht hebben en geen rechtstreeks toepasbare oplossingen bieden voor de implementatievraagstukken, lijkt de inhoud van de richtsnoeren door de lidstaten vrijwillig te worden overgenomen. Daarmee lijkt de informele invloed van CIS op de besluitvorming van de lidstaten aanzienlijk. Hoewel CIS in juridisch opzicht niet fungeert als een nieuw forum voor besluitvorming,⁶⁹ en de besluitvorming formeel niet naar CIS is overgeheveld, kan feitelijk gesproken worden van besluitvorming in een netwerk.

De werkgroepen die onder CIS verantwoordelijk zijn voor de technische en wetenschappelijke ondersteuning bij de implementatie van de Kaderrichtlijn, vormen een samenwerkingsverband tussen een verscheidenheid aan publieke en niet-publieke actoren. Bijvoorbeeld, de werkgroep REFCOND, die beoogt ondersteuning te bieden bij het vaststellen van de referentietoestanden en de grenzen tussen de ecologische klassen, is samengesteld uit ecologen en technische experts van gouvernementele en niet-gouvernementele organisaties van alle lidstaten.⁷⁰ Daarnaast zijn experts van de (toenmalige) kandidaatlidstaten en deelnemers van belangenorganisaties en stakeholders bij de werkgroep betrokken.⁷¹ In totaal telt de werkgroep 81 deelnemers. Bij het ontwerpen van de richtsnoeren, wordt bovendien getracht een zo groot mogelijke participatie van belanghebbenden te bewerkstelligen. Daartoe worden workshops en bijeenkomsten georganiseerd, waarin discussie plaatsvindt over de invulling van de technische details van de Kaderrichtlijn. Tevens is sprake van intensief overleg en samenwerking met de andere werkgroepen onder CIS.⁷²

⁶⁷ Scott en Holder 2006, p. 236-237.

⁶⁸ Trubek en Trubek 2007, p. 17.

⁶⁹ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 12.

⁷⁰ Voor Nederland zijn de deelnemers bijvoorbeeld afkomstig van het ministerie van V&W, het overheids onderzoeksinstituut RIVM en het onafhankelijk onderzoeksinstituut Alterra. Zie WFD CIS: Guidance document no. 10 REFCOND 2003, p. 68.

⁷¹ Bijvoorbeeld het WWF, het EEB, Eurometaux (Europese belangenvereniging van de metaalindustrie). Voor een volledige lijst van deelnemers aan de REFCOND werkgroep, zie WFD CIS: Guidance document no. 10 REFCOND 2003, p. 68-69.

⁷² WFD CIS: Guidance document no. 10 REFCOND 2003, p. 9-10.

Met CIS betreft de Commissie dus een groot aantal actoren bij de formatie en implementatie van de Kaderrichtlijn. Deze zogenaamde ‘netwerk governance’⁷³ gaat gepaard met een veranderde rol van de Commissie. In plaats van de Europese wetgeving eenzijdig op Europees niveau vast te stellen, geschiedt dat in overleg en onderhandeling met een netwerk van publieke en private actoren. De Commissie treedt daarbij op als initiator en bemiddelaar.⁷⁴

Focus op effectieve probleemoplossing en kennisontwikkeling

Uit de procedurele bepalingen van de Kaderrichtlijn blijkt dat de richtlijn beoogt ruimte te bieden voor experimenteren en probleemoplossing. Het incomplete wettelijk kader samen met de procedurele vereisten en CIS, biedt de lidstaten de mogelijkheid tot verdere kennisontwikkeling en probleemoplossing tijdens de implementatie.

Het ontbreken van een concrete norm voor ‘een goede toestand van het oppervlaktewater’ kan in verband worden gebracht met het ontbreken van kennis en wetenschappelijke consensus over ecologische normstelling.⁷⁵ Het opstellen van wetgeving vereist gedetailleerde kennis van de te reguleren materie. Doordat problemen in complexiteit toenemen en wetenschap en technologie zich snel ontwikkelen, is het echter niet altijd mogelijk om eenzijdig en vooraf een volledig inzicht te hebben in problemen of de oplossing daarvan. Bovendien zijn oplossingen tegen de tijd dat zij ten uitvoer worden gebracht mogelijk niet langer optimaal door de lengte en traagheid van het wetgevingsproces en de langzame omzetting van wetgeving in nationaal recht.⁷⁶ Effectieve probleemoplossing vereist voorts dat de belangen van een toenemend aantal publieke en private actoren bij de besluitvorming worden meegenomen. In veel gevallen ontbreekt het het bestuur aan een volledig inzicht in deze belangen en is het te kostbaar en tijdrovend om zelf alle expertise in huis te halen.⁷⁷ Ten aanzien van de ecologische normstelling voor oppervlaktewateren geldt dat gedetailleerde wetenschappelijke kennis over kwaliteitselementen en de waarden die een goede ecologische toestand weerspiegelen, ontbreekt.⁷⁸ De procedurele bepalingen van de Kaderrichtlijn zijn erop gericht die kennis te genereren. De lidstaten worden daarin ondersteund door CIS. Kennisontwikkeling geschiedt door in CIS een platform te bieden voor informatieuitwisseling tussen de lidstaten, door de interactie tussen een grote verscheidenheid aan actoren, door deliberatie en het uitwisselen van praktijken. Voorts biedt CIS de mogelijkheid tot experimenteren. De richtsnoeren die de lidstaten wetenschappelijke en technische informatie verschaffen, worden ontwikkeld op basis van de praktijken die de lidstaten hanteren bij de implementatie van de richtlijn. Ze zijn gebaseerd op de best beschikbare kennis van het moment en voortdurend aan herziening onderhevig. De richtsnoeren

⁷³ Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004, p. 15.

⁷⁴ Zie Curtin 2006, p. 33-34; Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004, p. 15-16.

⁷⁵ Zie Van Rooy 2002, p. 20.

⁷⁶ Commissie 2001, p. 21; Sabel en Simon 2006, p. 398-399.

⁷⁷ Zie Sabel en Simon 2006, p. 399.

⁷⁸ Van Rooy 2002, p. 20.

worden daarnaast getest in zogenaamde 'pilot river basins'.⁷⁹ Aldus beoogt de Kaderrichtlijn met CIS door een proces van kennisvergaring, experimenteren en probleemoplossing, 'al doende leert men', te komen tot een effectieve probleemoplossing. Door met het bereiken van 'een goede ecologische toestand' een ambitieuze doelstelling neer te leggen en daarnaast een forum te bieden voor probleemoplossing, kunnen met de Kaderrichtlijn mogelijk oplossingen worden ontwikkeld die niet tot stand zouden komen door een traditionele hiërarchische sturingswijze.

Flexibiliteit en diversiteit

Procedurele, in plaats van substantieve, wetgeving beoogt de lidstaten meer flexibiliteit te bieden in de implementatie van communautaire wetgeving. Door normen te formuleren in termen van vage begrippen en ruime doelstellingen, wordt de lidstaten een ruime beoordelingsruimte gelaten ten aanzien van de aard van de te nemen maatregelen. In algemene zin legt een kaderrichtlijn meer algemene doelstellingen neer met betrekking tot een breed onderwerp, treedt minder in detail en biedt daarom meer flexibiliteit dan een 'gewone' richtlijn.⁸⁰

De decentralisatie van de besluitvorming over wat een 'goede ecologische toestand' inhoudt, impliceert dat de lidstaten een ruime beoordelingsruimte wordt geboden ten aanzien van het waterkwaliteitsniveau dat zij willen bereiken. Hoewel de Kaderrichtlijn de lidstaten de minimumverplichting oplegt om de waterkwaliteit niet te laten verslechteren, laat de richtlijn verder een grote vrijheid bestaan in de interpretatie van de open normen en de uiteindelijke normstelling voor een goede toestand van het oppervlaktewater. Daarin biedt de Kaderrichtlijn ook flexibiliteit ten aanzien van de afweging van belangen. Zo bieden de vele uitzonderingsmogelijkheden in artikel 4 lid 3 tot en met lid 7 KRW de lidstaten een afwegingskader op basis waarvan de lidstaten hun ecologische doelstellingen kunnen afwegen tegen onder andere economisch belangen. Met het gebruik van open begrippen is een ruime beoordelingsmarge mogelijk, afhankelijk van de plaatselijke situatie. De interpretatie van wat een minimale of een matige verstoring ten opzichte van een natuurlijke toestand inhoudt, kan bijvoorbeeld tussen de lidstaten onderling verschillen. Aangezien de menselijke beïnvloeding van oppervlaktewaterlichamen per lidstaat verschilt,⁸¹ zal ook het niveau dat men aan menselijke verstoring accepteert, tussen de lidstaten variëren. Deze beoordelingsruimte wordt echter in een later stadium ingeperkt door de intercalibratieprocedure, waarbij de resultaten van de monitorings- en classificatiesystemen van de lidstaten worden vergeleken en een gemeenschappelijke standaard wordt gezet voor 'een goede ecologische toestand'. De intercalibratie en de geharmoniseerde Europese

⁷⁹ WFD CIS: Strategic document 2001, p. 5; Scott en Holder 2006, p. 229.

⁸⁰ Commissie 2001, p. 23.

⁸¹ In Nederland zijn bijvoorbeeld voor veel watertypen geen referentiewateren, dat wil zeggen wateren met een minimale antropogene verstoring, meer aan te treffen. Nijboer 2003, p. 9. Volgens het Milieu- en natuurplanbureau kan daarnaast bijna 95 procent van de Nederlandse oppervlaktewateren worden aangemerkt als kunstmatig of sterk veranderd. Zie <<http://www.mnp.nl/bibliotheek/rapporten/500072001.pdf>>.

standaard is echter afhankelijk van de aanvankelijke interpretatie door de lidstaten van de open begrippen in bijlage V van de KRW.⁸²

Voorts beoogt de Kaderrichtlijn de lidstaten een grote flexibiliteit te bieden ten aanzien van de technische implementatie van de richtlijn. De Kaderrichtlijn bevat geen gedetailleerde methoden volgens welke de lidstaten de waarden van de in rubriek 1.2 van bijlage V aangeduide kwaliteitselementen dienen te meten. Hoewel de CIS richtsnoeren nadere informatie verschaffen over de technische uitwerking, en zodoende een eenduidige uitleg en uitvoering van de richtlijn bevorderen, beoogt de richtlijn de technische uitvoering niet te harmoniseren. Zodoende kan elke lidstaat een eigen monitoringssysteem en bemonsteringsmethode hanteren en laat de Kaderrichtlijn op dit punt een grote diversiteit tussen de lidstaten bestaan.

⁸² Grimeaud 2001, p. 46-47.

Hoofdstuk 4 Implicaties van proceduralisering voor het recht

4.1 Inleiding

Op basis van de analyse van proceduralisering in de Kaderrichtlijn en de beschrijving van de uitgangspunten die aan proceduralisering ten grondslag liggen, is het mogelijk om inzicht te krijgen in de problemen die zich voordoen bij de aansluiting tussen de governance besturingsstijl en de traditionele rechtspraktijk. Door de governance beginselen te confronteren met de uitgangspunten waarop een traditionele opvatting van het recht berust, beoogt dit hoofdstuk een antwoord te geven op de tweede onderzoeksvraag van deze scriptie. Zoals reeds weergegeven in de inleiding is daarbij het juridisch perspectief beperkt tot het domein van het milieurecht. Vanuit dit oogpunt is het van belang dat de verplichting die de Kaderrichtlijn neerlegt om uiterlijk 15 jaar na de inwerkingtreding van de richtlijn een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken, juridisch handhaafbaar is. De jurist beoordeelt de wetgeving op de juridische garanties die verzekeren dat een goede toestand van het oppervlaktewater binnen de daarvoor gestelde wettelijke termijn wordt bereikt, dat de norm die een goede toestand van het oppervlaktewater uitdrukt op de juiste wijze tot stand is gekomen en dat de aangegane verplichting handhaafbaar is. Binnen dit kader geeft paragraaf 4.2 een beoordeling van de governance beginselen naar juridische maatstaven. Daaruit blijken de juridische implicaties van proceduralisering.

4.2 Governance versus recht

4.2.1 Handhaving

Voor een effectieve handhaving is het recht afhankelijk van concrete normen die juridisch afdwingbaar zijn. Uit de analyse van de Kaderrichtlijn blijkt dat de richtlijn door proceduralisering geen concrete norm bevat voor ‘een goede toestand van het oppervlaktewater’. Op het eerste gezicht lijkt de Kaderrichtlijn daarmee weinig juridische handvatten te bieden voor een effectieve handhaving. De open normen van de Kaderrichtlijn worden echter tijdens de implementatiefase door de lidstaten vertaald in concrete numerieke waarden. Door een intercalibratie uit te voeren, worden tenslotte gemeenschappelijke numerieke waarden vastgesteld die ‘een goede ecologische toestand’ van het oppervlaktewater uitdrukken. De resultaten van deze intercalibratie worden bekrachtigd door de Commissie door gebruik van de comitologie procedure. Met de bekrachtiging van de voor de klassen vastgestelde numerieke waarden door de Commissie in een besluit, ligt er dus een concrete Europese norm die ‘een goede ecologische toestand’ uitdrukt. In combinatie met de milieukwaliteitsnormen die bepalend zijn voor een ‘goede chemische toestand’ levert dat een concrete, voor handhaving vatbare norm voor ‘een goede toestand van het oppervlaktewater’. Het Hof heeft bovendien bepaald dat de doelstelling om een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken een resultaatsverplichting

is.⁸³ Daarmee lijkt de verplichting van de Kaderrichtlijn om 15 jaar na de inwerkingtreding van de richtlijn een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken dus een concrete, juridisch handhaafbare verplichting te zijn.

Het is echter de vraag of de burger zich voor de nationale rechter op effectieve wijze op die verplichting zou kunnen beroepen. In de woorden van het Hof legt artikel 7 lid 2 KRW “de lidstaten resultaatsverbintenissen op die op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, opdat watermassa’s van deze lidstaten met name zouden beantwoorden aan de in artikel 4 van de richtlijn geformuleerde doelstellingen”.⁸⁴ Blijkens deze bewoordingen lijkt het Hof de bepaling van artikel 7 lid 2 KRW inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig te achten, zodat aan deze bepaling mogelijk rechtstreekse werking zou toekomen. Dat wil zeggen dat particulieren zich voor de nationale rechter zouden kunnen beroepen op de verplichting om de achteruitgang van de toestand van oppervlaktewaterlichamen te voorkomen en een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken, tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met deze verplichting in overeenstemming is. Ten aanzien van de verplichting om een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken, geldt echter dat de lidstaten een groot aantal uitzonderingsmogelijkheden is gelaten om van die verplichting af te wijken. Zo kunnen de lidstaten oppervlaktewateren onder bepaalde voorwaarden aanmerken als kunstmatig of sterk veranderd, waarvoor een minder hoge kwaliteitsdoelstelling geldt, kan de termijn van 15 jaar om bepaalde redenen worden verlengd, en mogen de lidstaten voor specifieke waterlichamen minder strenge milieudoelstellingen vaststellen.⁸⁵ Bij de uitoefening van de bevoegdheid om in bepaalde gevallen van de primaire doelstelling van de Kaderrichtlijn af te wijken, komt de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toe. Bij een eventuele toetsing of de wetgever bij de uitoefening van deze bevoegdheid binnen de grenzen van de Kaderrichtlijn is gebleven, zal de nationale rechter zich terughoudend moeten opstellen. Daarmee lijkt de gelaten vrijheid tot het maken van uitzonderingen een effectief beroep op de verplichting om een goede toestand van het oppervlaktewater te bereiken, in praktijk te verhinderen.⁸⁶ Private handhavingsmogelijkheden lijken om die reden eerder beperkt tot de verplichting om de achteruitgang van de toestand van oppervlaktewateren te voorkomen, hetgeen een meer absolute verplichting lijkt waarop minder uitzonderingsmogelijkheden bestaan.⁸⁷

⁸³ HvJ EG 30 november 2006, zaak C-32/05, r.o. 74, 75.

⁸⁴ Zaak C-32/05, r.o. 75.

⁸⁵ Zie artikel 4 lid 3 tot en met 7 KRW.

⁸⁶ Zie Jans e.a. 2002, p. 94-100. Voor Nederland geldt bijvoorbeeld dat 95% van de oppervlaktewaterlichamen is aan te merken als kunstmatig of sterk veranderd, waarvoor ex artikel 4 lid 1 sub a(iii) KRW een andere doelstelling geldt dan ‘het bereiken van een goede toestand’.

⁸⁷ De verplichting ex art. 4 lid 1 sub a (i) tot het voorkomen van achteruitgang valt verder buiten het bereik van deze scriptie. Het gaat dus te ver om hier verder uitgebreid op in te gaan. Wel moet nog worden opgemerkt dat het hier niet gaat om een absolute verslechtering, maar om een verslechtering in toestandklasse. Een verslechtering binnen een toestandklasse is in principe geoorloofd. Zie Leidraad Kaderrichtlijn voor de vergunningverlening en handhaving in het kader van de WVO, definitieve versie 5 februari 2007, p. 8-9. De leidraad is te vinden op <www.kaderrichtlijnwater.nl/start/nieuws/nieuws/>.

4.2.2 Democratische legitimiteit en verantwoording

Waar de implementatie van de Kaderrichtlijn dus een concrete norm voor een goede toestand van het oppervlaktewater voortbrengt, is het vooral de procedure voor de totstandkoming van die norm in relatie tot de kwaliteit van de norm, die juridisch gezien vragen oproept. Het succes van de Kaderrichtlijn, in de zin dat de vastgestelde norm een hoog niveau van milieubescherming bewerkstelligt en een goede waterkwaliteit wordt bereikt, is afhankelijk van de keuzen die door de lidstaten en het CIS netwerk in de implementatiefase worden gemaakt. Gezien het feit dat de vaststelling van de norm buiten de officiële weg en het institutionele kader om geschiedt, kunnen in juridisch opzicht vragen worden gesteld met betrekking tot de democratische legitimiteit van en verantwoording voor de vastgestelde norm. Met de overdracht van de besluitvorming over de norm naar een technocratisch forum, met mogelijk andere belangen dan het algemeen belang, is het daarbij tevens de vraag of de norm die een goede toestand van het oppervlaktewater uitdrukt ook inderdaad een voldoende hoog kwaliteitsniveau weerspiegelt.⁸⁸

Legitimiteit

Legitimiteit verwijst naar de maatschappelijke aanvaarding van de uitoefening van overheidsgezag doordat het overheidshandelen als juist wordt beschouwd.⁸⁹ In relatie tot de casus heeft het betrekking op de sociale acceptatie van de gestelde norm voor een goede toestand van het oppervlaktewater. Daarbij gaat het indirect ook over de beoordeling of de norm een voldoende hoog kwaliteitsniveau weerspiegelt. De legitimiteit van deze norm wordt geacht te berusten op twee pijlers: input en output legitimiteit.⁹⁰ Input legitimiteit betreft de vraag of de norm op de juiste wijze tot stand is gekomen. Dat wil zeggen dat sprake is van een democratisch besluitvormingsproces, waarbij burgers de mogelijkheid wordt geboden om invloed uit te oefenen op het besluitvormingsproces en controlemechanismen voorzien in een democratische verantwoording voor de uitoefening van de macht. Output legitimiteit verwijst naar de effectiviteit van het besluitvormingsproces en het vermogen om resultaten te leveren. Dat wil zeggen dat een besluitvormingsproces en de daaruit voortkomende norm worden geaccepteerd vanwege de effectiviteit van het proces en het probleemoplossend vermogen.⁹¹

⁸⁸ In een voorlopig beoordelingsrapport van het intercalibratieproces wijst het EEB er bijvoorbeeld op dat door een gebrek aan wetenschappelijke gegevens de intercalibratie verre van volledig is en dat de invulling van de normatieve definities door de lidstaten op sommige punten niet overeenkomt met de vereisten van de richtlijn. In enkele gevallen lijken de numerieke waarden een grotere afwijking van de referentietoestand in te houden dan de richtlijn voorstaat. Zie European environmental NGO technical review of the water framework directive intercalibration process 2006, <www.eeb.org/activities/water/200609-NGO-review-WFD-Intercalibration.pdf>.

⁸⁹ Tsakatika 2005, p. 193.

⁹⁰ Zie Svensson 2004, p. 2.

⁹¹ Zie Svensson 2004, p. 2; zie Gribnau 2007, p. 38.

De governance besturingsstijl legt de nadruk op output legitimiteit.⁹² De legitimiteit van het governance proces berust op het vermogen om beleidsdoelstellingen te realiseren en problemen op een effectieve wijze op te lossen, niet op het volgen van een bij wet vastgesteld democratisch besluitvormingsproces. Door af te wijken van het officiële institutionele kader, ziet de Commissie een effectievere weg om haar beleidsdoelstellingen te realiseren. De besluitvorming in CIS beoogt het probleemoplossend vermogen en de effectiviteit van het communautair beleid te vergroten. Door een verscheidenheid aan publieke en niet-publieke actoren te betrekken bij het formuleren van beleid, door ruimte te bieden voor experimenteren en kennisontwikkeling, en door deliberatie, denkt de Commissie een effectiever beleidsproces te realiseren, met een betere implementatie van de Kaderrichtlijn, dan via de communautaire methode.

Deze focus op output legitimiteit maakt dat de input legitimiteit binnen governance aan belang inboet. De besluitvorming in CIS conformeert zich niet aan de institutionele rolverdeling tussen de instellingen en passeert met name het Europees Parlement. In de vaststelling van de norm voor een goede toestand van het oppervlaktewater lijkt de rol van het Europees Parlement beperkt tot een toetsende rol in de comitologie procedure.⁹³ De invloed van het Europees Parlement onder deze governance besluitvorming is dus aanmerkelijk kleiner dan onder de communautaire methode, waar het Europees Parlement op grond van artikel 175 lid 1 EG, dat de medebeslissingsprocedure van artikel 251 EG van toepassing verklaart, medewetgever is. De besluitvorming in CIS passeert dus deels de volksvertegenwoordiging. In plaats daarvan wordt getracht in CIS en door wettelijke verplichtingen tot participatie een meer directe participatie te bewerkstelligen. Daarmee kan door governance mogelijk een grotere participatie en democratische legitimiteit worden bewerkstelligd dan door de officiële wetgevingsprocedure.⁹⁴ De input legitimatie onder governance wijkt echter af van de traditionele wijze van legitimatie van politieke macht, dat is gebaseerd op het staatsmodel van de representatieve democratie.⁹⁵

Vanuit een juridisch perspectief wordt de democratische inbreng van burgers veelal geassocieerd met het staatsmodel van representatieve democratie. De democratische waarde van wetgevingsprocessen wordt dan beoordeeld naar de parlementaire inbreng, op nationaal of Europees niveau.⁹⁶ Binnen de communautaire methode van wetgeving is de democratische inbreng verzekerd door de wetgevende rol van de Raad, die de gekozen regeringen van de lidstaten vertegenwoordigt en de wetgevende en toezichthoudende rol van het Europees Parlement, dat de Europese burgers vertegenwoordigt.⁹⁷ De juridische legitimiteit van regelgeving wordt dan bepaald door het doorlopen

⁹² Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004, p. 11; zie Tsakatika 2005, p. 202.

⁹³ Zie noot 56.

⁹⁴ Vgl. De Búrca 2003, p. 836 met betrekking tot de Open Methode van Coördinatie, waarmee CIS grote gelijkenissen vertoont.

⁹⁵ Zie Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004, p. 11-12; Scott en Trubek 2002, p. 17.

⁹⁶ Curtin 2006, p. 43-45.

⁹⁷ De democratische legitimiteit van Europa wordt over het algemeen echter als zwak beschouwd.

van de voorgeschreven besluitvormingsprocedure, waarbij de instellingen handelen volgens de hen bij wet toegekende bevoegdheden en daarbij alle wettelijke vereisten in acht genomen zijn.⁹⁸

Het traditionele juridische denkkader, dat legitimiteit koppelt aan de formele institutionele structuur en het stelsel van representatieve democratie, lijkt ontoereikend om de legitimiteit van governance processen te bepalen. De proceduralisering van de inhoud van wetgeving zoals dat geschiedt onder de governance besturingsstijl, maakt dat het legitimiteitsvraagstuk zoals dat vanuit een traditioneel juridisch gezichtspunt wordt voorgesteld, aan belang inboet. Doordat concrete verplichtingen in procedurele wetgeving grotendeels ontbreken en de wet zich beperkt tot hoofdlijnen en procedurele voorschriften, is de legitimerende functie van de wetgevingsprocedure marginaal. De inhoud van de rechtsschepping is dan immers voor het merendeel overgelaten aan andere actoren dan de formele Europese instellingen. Grote onderdelen van het wetgevingscomplex komen tot stand buiten de formele wetgevingsprocedure om, zonder enige vorm van volksvertegenwoordiging.⁹⁹ Hoewel door participerende democratie onder governance mogelijk een grotere democratische legitimiteit kan worden bewerkstelligd dan door de deelname van het Europees parlement aan het wetgevingsproces, is de democratische representativiteit van de participerende actoren echter niet in juridisch vorm gewaarborgd en daarom niet rechterlijk toetsbaar.

Verantwoording

In algemene zin kan gesteld worden dat verantwoording plaatsvindt “in de context van een relatie tussen een actor en een forum, waarbij de actor verplicht is zijn optreden uit te leggen en te rechtvaardigen ten overstaan van een verantwoordingsforum”.¹⁰⁰ Onder deze omschrijving vallen verschillende soorten publieke verantwoording, te onderscheiden naar het forum ten overstaan waarvan de publieke actor verplicht is verantwoording af te leggen. Zo vindt politieke verantwoording plaats door de uitvoerende macht ten overstaan van het parlement. In geval van juridische verantwoording vormt de rechter een juridisch forum waaraan publieke instellingen verantwoording schuldig zijn. Beide mechanismen zijn belangrijke publieke verantwoordingsvormen in een democratische rechtsstaat. Daarnaast kan een forum ook bestaan uit bijvoorbeeld een ombudsman, een rekenkamer of het algemeen publiek.¹⁰¹

De betrokkenheid van een veelheid aan publieke en niet-publieke actoren bij de bepaling en tenuitvoerlegging van het communautair beleid onder governance impliceert een fragmentatie van de publieke besluitvorming en een verdeling van bevoegdheden. Deze netwerk governance wordt gekenmerkt door een sfeer van overleg en samenwerking. Door het uitwisselen van informatie, door deliberatie, het monitoren van behaalde resultaten en het uitwisselen van ‘best practices’ leren de actoren van elkaar, corrigeren zij elkaar en wordt onder elkaar verantwoording afgelegd voor het

⁹⁸ Vgl. Gribnau 2007, p. 37-38; vgl. Curtin 2006, p. 43-44.

⁹⁹ Vgl. Voermans 1998, p. 36-37.

¹⁰⁰ Curtin 2006, p. 47.

¹⁰¹ Bovens 2006, p. 15-17; Curtin 2006, p. 47.

handelen. In dit netwerk van verantwoordingsrelaties neemt publieke verantwoording dus veelal de vorm aan van verantwoording ten overstaan van vakgenoten binnen het netwerk zelf.¹⁰² Doordat het beleidsproces onder governance zich niet conformeert aan de traditionele “government” structuur, boeten traditionele verantwoordingsfora, het parlement en het rechterlijk college, echter aan belang in. De besluitvorming in een multi-actor en multi-level samenwerkingsverband ondermijnt het traditionele systeem van verantwoordingsmechanismen, dat is gebaseerd op hiërarchische verhoudingen en een gecentraliseerde structuur.¹⁰³

Vanuit een juridisch perspectief worden publieke verantwoordingsmechanismen veelal geassocieerd met een hiërarchische keten van principaal-agent relaties. Daarbij kan het handelen van de uitvoerende, niet-gekozen actoren via de keten van delegatie worden herleid tot de wetgevende principaal, die door verkiezingen democratisch gelegitimeerd is. Politieke verantwoording verloopt dan omgekeerd aan de delegatie door de agent als actor ten overstaan van de principaal als forum. Idealiter is de delegatieketen toetsbaar door de rechter.¹⁰⁴ Dit principaal-agent model lijkt echter onverenigbaar met de governance besturingsstijl. Door de behoefte aan flexibiliteit, probleemoplossing en kennisontwikkeling onder governance verwatert het onderscheid tussen de wetgevende taak en de tenuitvoerlegging van wetgeving, waarop het principaal-agent model is gebaseerd.¹⁰⁵ In geval van de Kaderrichtlijn is het juridisch raamwerk dat door de formele institutionele wetgever is vastgesteld, beperkt tot ruime doelstellingen en is de verdere uitwerking van de regelgeving toevertrouwd aan de uitvoerende macht. Vanwege de ruime inhoudelijke beoordelingsruimte die de Kaderrichtlijn met deze proceduralisering biedt, is het handelen van de uitvoerende macht nauwelijks aan normatieve regels gebonden en ontbreekt het grotendeels aan een werkelijke inhoudelijke verantwoording. Daarnaast lijkt de keten van politieke verantwoording van CIS via de Europese waterdirecteuren naar de formele uitvoerende macht, en van de uitvoerende macht naar het parlement, zwak.¹⁰⁶ Naast een marginale politieke verantwoording, ontbreekt een juridische verantwoording van CIS ten overstaan van een rechterlijk college, geheel. Doordat CIS niet in een juridisch kader is vervat, opereert door niet juridisch bindende richtsnoeren, en aan de actoren geen formele bevoegdheden zijn gedelegeerd, kan CIS niet juridisch ter verantwoording worden geroepen ten overstaan van een rechterlijk college.

Gekoppeld aan het principaal-agent model, wordt onder een traditionele voorstelling van het recht verondersteld dat juridische verantwoordelijkheid via een hiërarchisch stelsel is terug te leiden tot een enkele autoriteit.¹⁰⁷ Voor een effectieve controle zijn zowel het parlement als de rechter gebaat

¹⁰² Harlow en Rawlings 2006, p. 6; vgl Bovens 2006, p. 17.

¹⁰³ Harlow en Rawlings 2006, p. 6.

¹⁰⁴ Zie Sabel en Simon 2006, p. 398; zie Bovens 2006, p. 16.

¹⁰⁵ Zie Sabel en Simon 2006, p. 398.

¹⁰⁶ Zie Scott en Holder 2006, p. 239; zie Sabel en Simon 2006, p. 398.

¹⁰⁷ Scott en Trubek 2002, p. 8.

bij een vast aanspreekpunt.¹⁰⁸ In dit opzicht presenteert de Kaderrichtlijn formeel het beeld dat de uitvoerende taken duidelijk verdeeld zijn tussen de Europese instellingen en de lidstaten. Zo legt de Kaderrichtlijn de bevoegdheid voor het vaststellen van de klassengrenzen formeel bij de lidstaten. De bevoegdheid tot vaststelling van een intercalibratienetwerk lijkt formeel in handen van de Commissie.¹⁰⁹ Daarmee gaat het recht echter voorbij aan het samenwerkingsverband waarin de besluitvorming in werkelijkheid plaatsvindt. Met de onzichtbaarheid van CIS voor het recht, is de realiteit van netwerk governance formeel zonder juridische implicaties. Ook de formele scheiding van bevoegdheden tussen de lidstaten en de Europese instellingen maakt dat het samenwerkingsverband tussen de lidstaten en de Commissie, en de gezamenlijke verantwoordelijkheid die dat in de praktijk met zich meebrengt, zonder juridische gevolgen is.¹¹⁰ Daarmee gaat het recht echter voorbij aan de feitelijke besluitvorming zoals die onder governance plaatsvindt.

Samenvattend kan worden gesteld dat de wetgever zich met procedurele wetgeving beperkt tot het schetsen van hoofdlijnen en de inhoudelijke rechtsvorming voor een groot deel toevertrouwt aan de uitvoerende macht. De traditionele verantwoordingsmechanismen, die verantwoording koppelen aan een hiërarchische keten van principaal-agent relaties, lijken niet afdoende voor een effectieve democratische controle van de uitoefening van deze bevoegdheden.¹¹¹ Doordat proceduralisering leidt tot het samenvoegen van wetgevingspraktijken en uitvoeringstaken, boet de controlerende functie van het parlement als principaal aan belang in. Deze heeft de uitvoerende macht immers een ruime inhoudelijke beoordelingsruimte gelaten, die hem toestaat de regelgeving naar eigen oordeel uit te werken. Voorts kan het netwerk waarin de uitwerking van het wettelijk kader onder governance plaatsvindt, als zodanig niet ter verantwoording worden gehouden. De traditionele verantwoordingsmechanismen lijken ontoereikend om deze diffuse bestuursvormen te controleren.¹¹²

¹⁰⁸ Verhey 2006, p. 1116.

¹⁰⁹ Zie rubriek 1.4.1 van bijlage V KRW. Daarbij moet worden opgemerkt dat de verdeling van bevoegdheden tussen de lidstaten en de Commissie met betrekking tot het vaststellen van het intercalibratienetwerk niet duidelijk uit de Kaderrichtlijn is op te maken. Feitelijk is sprake van een nauw samenwerkingsverband tussen de lidstaten en de Commissie. Formeel lijkt de Kaderrichtlijn de eindverantwoordelijkheid voor het intercalibratienetwerk echter bij de Commissie te leggen, door aan de Commissie de bevoegdheid toe te kennen het intercalibratienetwerk door een besluit te bekrachtigen.

¹¹⁰ Zie Scott en Holder 2006, p. 236; vgl. Scott en Trubek 2002, p. 10-11.

¹¹¹ Vgl. Curtin 2006, p. 51-54.

¹¹² Zie Curtin 2006, p. 53.

Hoofdstuk 5 Conclusie

De vrees van juristen met betrekking tot proceduralisering in de Europese milieuwetgeving blijkt in casu deels ongegrond, maar niet geheel onterecht. De procedurele bepalingen in de Kaderrichtlijn dienen deels tot de verdere uitwerking van het wettelijk kader in meer gedetailleerde wettelijke voorschriften. De implementatie van de Kaderrichtlijn leidt daarmee tot een concrete, voor juridische handhaving vatbare norm. Proceduralisering impliceert dus niet per definitie een verminderde mogelijkheid tot handhaving.

De problemen die zich voordoen als gevolg van proceduralisering in de Europese milieuwetgeving bevinden zich in de onderhavige casus op een ander vlak. Door proceduralisering geschiedt een belangrijk deel van de rechtsschepping buiten de formele wetgevingsprocedure om. De Kaderrichtlijn beperkt zich tot hoofdlijnen en vertrouwt de inhoudelijke rechtsvorming voor een belangrijk deel toe aan de uitvoerende macht. De verdere uitwerking en implementatie van de Kaderrichtlijn wordt gekenmerkt door governance. Daarbij is sprake van een nauwe samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten en wordt een netwerk van publieke en niet-publieke actoren bij de besluitvorming betrokken. Het besluitvormingsproces wordt gekenmerkt door flexibiliteit en is gericht op kennisontwikkeling en een effectieve probleemoplossing. Daarmee geschiedt de rechtsvorming op een andere wijze dan door de gebruikelijke communautaire methode. Doordat governance op andere uitgangspunten berust dan de klassieke communautaire methode, is het voor het recht moeilijk deze besluitvormingsprocessen te controleren. De juridische maatstaven waarnaar governance processen beoordeeld worden, hebben veelal de communautaire werkwijze als uitgangspunt en zijn niet afgestemd op de governance besturingsstijl. In de onderhavige casus is de kloof tussen governance en recht in het bijzonder aanwezig, doordat de besluitvorming in CIS plaatsvindt in een volledig juridisch vacuüm.

In het geval van de Kaderrichtlijn liggen de problemen waarvoor het recht zich gesteld ziet voornamelijk op het gebied van het legitimitéits- en verantwoordingsvraagstuk. Doordat grote delen van het wetgevingscomplex tot stand komen buiten de formele wetgevingsprocedure om, boeten de traditionele waarborgen inzake legitimitéit en verantwoording, zoals verankerd in de formele wetgevingsprocedure, aan betekenis in. De democratische legitimitéit van de onder governance vastgestelde besluiten, vloeit niet voort uit de deelname van het Parlement aan het wetgevingsproces, maar wordt bepaald door de participatie van een verscheidenheid aan actoren aan het beleidsproces en een door de betrokkenen als legitiem ervaren, effectieve einduitkomst. De overdracht van de besluitvorming naar deze governance netwerken ondermijnt het traditionele systeem van verantwoordingsmechanismen, dat is gebaseerd op een hiërarchische keten van principaal-agent relaties. De ruime inhoudelijke beoordelingsruimte die de communautaire wetgever de uitvoerende macht laat in de verdere uitwerking van het wetgevingscomplex, maakt dat de besluitvorming nauwelijks aan normatieve regels gebonden is en verzwakt de mogelijkheid tot parlementaire controle.

Het traditionele juridische denkkader, dat legitimiteit en verantwoordingsmechanismen koppelt aan de formele institutionele structuur en de klassieke communautaire methode van wetgeving, is ontoereikend om de legitimiteit van governance processen te bepalen en de uitoefening van bevoegdheden aan een effectieve controle te onderwerpen.

De analyse van de uitgangspunten die in casu aan proceduralisering ten grondslag liggen, laat zien dat procedurele wetgeving niet noodzakelijkerwijs een stap terug betekent, zoals sommige juristen beweren. Proceduralisering kan tevens een stap vooruit betekenen in omstandigheden van toenemende complexiteit, waar soms de kennis en het inzicht ontbreken om eenzijdig oplossingen aan te dragen en regelgeving vast te stellen. Vanuit dit gezichtspunt is het misschien niet realistisch om in alle omstandigheden voor ‘traditionele’ wetgeving en een government sturingswijze te pleiten. In plaats daarvan lijkt het realistischer om vanuit het recht een antwoord te vinden op de nieuwe governance besturingsstijl en te verzekeren dat de normatieve waarden en beginselen die aan het recht ten grondslag liggen, worden toegepast op governance. Zo kan een herziening van de spelregels ervoor zorgen dat de scheidsrechter weer grip krijgt op de nieuwe besturingsstijl.

Literatuurlijst

Bovens 2006

Bovens, M., *Analysing and assessing public accountability. A conceptual framework*. European Governance Papers (EUROGOV) No. C-06-01, 2006 <www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf>.

Curtin 2006

Curtin, D.M., 'Europese juridische integratie: 'Paradise Lost'?', in: *Europese integratie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-I), Deventer: Kluwer 2006, p. 1-56.

De Búrca 2003

De Búrca, G., 'The constitutional challenge of new governance in the European Union', *European Law Review* (28) 2003, p. 814-839.

De Búrca en Scott 2006

De Búrca, G., J. Scott, 'Introduction', in: G. de Búrca, J. Scott (red), *Law and new governance in the EU and the US*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 1-12.

Commissie 2001

Europese governance. Een witboek (witboek van 25 juli 2001, COM(2001) 428 definitief), Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2001.

Gribnau 2007

Gribnau, H., 'Improving the legitimacy of soft law in EU tax law', *Intertax* (35) 2007, p. 30-44.

Grimeaud 2001

Grimeaud, D., 'Reforming EU water law: Towards sustainability?', *European Environmental Law Review* (10) 2001, p. 41-51.

Hajer, van Tatenhove & Laurent 2004

Hajer, M.A., J.P.M. van Tatenhove en C. Laurent, *Nieuwe vormen van governance*, RIVM rapport 500013004, RIVM 2004.

Harlow en Rawlings 2006

Harlow, C., Rawlings, R., *Promoting accountability in multi-level governance: a network approach*. European Governance Papers (EUROGOV) No. C-06-02, 2006 <www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-02.pdf>.

Heldeweg 2006

Heldeweg, M.A., 'Redactioneel voorwoord', in: M.A. Heldeweg (red), *Rechtsvorming en governance*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. V-VII.

Holzinger, Knill & Schäfer 2006

Holzinger, K., C. Knill, A. Schäfer, 'Rhetoric or reality? New governance in EU environmental policy', *European Law Journal* (12) 2006, p. 403-420.

Jans e.a. 2002

Jans, J.H., R. De Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, 'Inleiding tot het Europees bestuursrecht', Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Krämer 2007

Krämer, L., 'Better regulation for the EC environment: on the quality of EC environmental legislation', *Milieu & Recht* (34) 2007, p. 70-74.

Lenschow 2002

Lenschow, A., 'New regulatory approaches in 'greening' EU policies', *European Law Journal* (8) 2002, p. 19-37.

Möllers 2006

Möllers, C., 'European governance: meaning and value of a concept', *Common Market Law Review* (43) 2006, p. 313-336.

Nijboer 2003

Nijboer, R.C., *Definitiestudie Kaderrichtlijn Water. III. Het invullen van referentietoestanden*, Alterra-rapport 754, Wageningen: Alterra, Research instituut voor de groene ruimte 2003.

Page en Kaika 2003

Page, B., M. Kaika, 'The EU Water Framework Directive: Part 2. Policy innovation and the shifting choreography of governance', *European Environment* 13 (2003), p. 328-343.

Pallemaerts e.a. 2006

Pallemaerts, M, D. Wilkinson, C. Bowyer, J. Brown, A. Farmer, M. Farmer, M. Herodes, P. Hjerp, C. Miller, C. Monkhouse, I. Skinner, P. ten Brink, C. Adelle, '*Drowning in Process? The Implementation of the EU's 6th Environmental Action Programme*', Report for the European Environmental Bureau, London: IEEP 2006, <www.eeb.org/publication/general.htm>.

Sabel en Simon 2006

Sabel, C.F., W.H. Simon, 'Epilogue', in: G. de Búrca, J. Scott (red), *Law and new governance in the EU and the US*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 395-411.

Scott 2000

Scott, J., 'Flexibility, "proceduralization", and environmental governance in the EU', in: G. de Búrca, J. Scott (red), *Constitutional change in the EU. From uniformity to flexibility?* Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2000, p. 259-280.

Scott en Holder 2006

Scott, J., J. Holder, 'Law and new environmental governance in the European Union', in: G. de Búrca, J. Scott (red), *Law and new governance in the EU and the US*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 211-242.

Scott en Trubek 2002

Scott, J., D.M. Trubek, 'Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union', *European Law Journal* (8) 2002, p. 1-18.

Svensson 2004

Svensson J., '*Managing legitimacy in hybrid governance*' 2004, <hdl.handle.net/1765/1757>.

Trubek en Trubek 2007

Trubek, D.M., L.G. Trubek, '*New governance and legal regulation: complementarity, rivalry or transformation*' 2007, (Te vinden via de persoonlijke website van D.M. Trubek, <www.law.wisc.edu/facstaff/biog.php?iID=427>).

Tsakatika 2005

Tsakatika, M., 'Claims to legitimacy: the European Commission between continuity and change', *Journal of common market studies* (43) 2005, p. 193-220.

Van Rijswick 2000

Van Rijswick, H.F.M.W., 'De Europese kaderrichtlijn water', *Milieu & Recht* (12) 2000, p. 296-303.

Van Rooy 2002

Van Rooy, P., 'Kaderrichtlijn Water als recht of als lijn?', *H2O* (19) 2002, p. 20-23.

Verhey 2006

Verhey, L. 'Naschrift', *NJB* (26) 2006, p. 1116.

Voermans 1998

Voermans, W.J.M., 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* (1) 1998, p. 35-40, (Te vinden op < <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=5019>>).

WFC CIS: Strategic document 2001

Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC). *Strategic document*. As agreed by the Water directors under Swedish presidency, 2 may 2001, <www.waterframeworkdirective.wdd.moa.gov.cy/docs/CIS/CIS-StrategicDocument-May2001.pdf>.

WFD CIS: Guidance document no. 6 Intercalibration 2003

Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC). *Guidance document no. 6. Towards a guidance on establishment of the intercalibration network and the process on the intercalibration exercise*. Produced by working group 2.5-Intercalibration, European Communities, Luxembourg 2003, <www.waterframeworkdirective.wdd.moa.gov.cy/guidance.html>.

WFD CIS: Guidance document no. 10 REFCOND 2003

Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC). *Guidance document no. 10. Rivers and lakes – typology, reference conditions and classification systems*. Produced by working group 2.3-REFCOND, European Communities, Luxembourg 2003, <www.waterframeworkdirective.wdd.moa.gov.cy/guidance.html>.