

Op weg naar een optimaal stelsel voor het omgevingsrecht

Verslag van de VMR Inspiratiesessie van 7 februari 2013

47

De Vereniging voor Milieurecht organiseerde op 7 februari voor het eerst een VMR-Inspiratiesessie. Drie sprekers presenteerden hun ideeën over de gewenste ontwikkeling van het omgevingsrecht. Harm Borgers deed onderzoek naar een normatieve grondslag voor het milieurecht. Jan van den Broek richt zich in zijn onderzoek op een wetenschappelijke verantwoording voor de bundeling van het omgevingsrecht. Fred Kistenkas richt zijn aandacht op vernieuwing van het omgevingsrecht in het buitengebied.

Onder leiding van Marleen van Rijswijk, voorzitter van de VMR en hoogleraar Europees en nationaal waterrecht aan de Universiteit Utrecht, gingen deze drie sprekers met elkaar in gesprek over een optimaal stelsel voor het omgevingsrecht. Dit verslag bevat van iedere spreker een korte uiteenzetting en tot slot een weergave van de discussie.

1. Fundamentele vernieuwing van het omgevingsrecht

Harm Borgers

Het omgevingsrecht heeft zich in ruim 40 jaar enorm ontwikkeld. Maar dit groeiproces heeft geen eenvoudig juridisch stelsel opgeleverd. Het systeem is versnipperd en complex. Bovendien is er sprake van een andere verantwoordelijkheidsverdeling tussen samenleving en overheid, anders dan 40 jaar geleden. Het omgevingsrecht is daarom toe aan fundamentele vernieuwing.

In mijn onderzoek heb ik een bijdrage willen leveren aan de vernieuwing van het fundament.⁵ Ik heb op basis van rechtstheoretische bronnen gezocht naar een alternatieve grondstructuur voor het omgevingsrecht, meer in het bijzonder het milieurecht. Dit heeft een grondstructuur opgeleverd die ik de *normatieve interactiebenadering* heb ge-

noemd. In die benadering zijn normen het product van afstemming en afweging van belangen en verwachtingen in de maatschappij zelf. De overheid is een deelnemer aan die afstemming en afweging, met de bijzondere bevoegdheid om procedures te doorlopen en beslissingen te nemen. Maar dit is geen eenzijdige macht: het is gebaseerd op *wederkerigheid* en op *context*. Recht moet daarom niet worden versimpeld tot wettelijke regels. Recht is een complex systeem van handelen en keuzes, op basis van feiten, procedures en regels, begrippen en beginselen, alsmede normatief bewustzijn van morele en maatschappelijke aard. Het gaat erom dat een *redelijk* gezichtspunt wordt gevonden voor de *toepassing* van een norm in een concreet geval, door middel van het *begrijpen* van de rechtsregel in de context van dat geval. Anders gezegd, rechtsnormen hebben altijd een *potentiële gebruiksmogelijkheid*, zodat er ruimte bestaat voor creativiteit en voor vernieuwing van het recht. Milieunormen zijn daarom geen abstract wettelijk gegeven, maar een *contextuele constructie* met een horizon van toepassingsresultaten.

Deze exercitie is nuttig voor de urgente uitdaging van de duurzame samenleving. Ik heb de maatschappelijke verwachting dat er rekening wordt gehouden met duurzame belangen, benoemd als een *'waarde van duurzaam handelen'*. De sleutel tot de verduurzaming van de rechtsorde is te vinden in de eigen verantwoordelijkheid van iedere actor, om de waarde van duurzaam handelen mee te laten wegen in het ontwerp van besluiten en handelingen. Dit gaat om belangen van mensen in het hier en nu, maar ook elders en later (*unknown others*). Voor het omgevingsrecht betekent de verduurzaamde rechtsorde dat het bestuur in staat moet worden gesteld tot het beïnvloeden, aanpassen of bijsturen van de eigen verantwoordelijkheid van mensen en organisaties. Hieruit volgt dat het bestuur niet alleen de wet moet uitvoeren, maar daarbij ook *discretionaire ruimte* moet kunnen hebben om zich een oordeel te vormen over wat in een concreet geval een duurzaam resultaat is: *ieder het zijne*. De Omgevingswet moet er daarom voor zorgen dat het bestuur *kleur moet bekennen* bij de toepassing van de instrumenten uit de wet.

Wie bedenkt dat milieunormen een onderdeel van de taal zijn, en dus *contextuele constructies*, die zal begrijpen dat normen toegepast kunnen worden op een manier die recht doet aan de betekenis ervan in het licht van de omstandigheden van een concreet geval. Als gevolg van de systematiserende werking van het geschreven milieu- en omgevingsrecht zijn daarvoor echter wel besluitvormende en toetsende handelingen nodig, van bevoegde overheidsinstanties. Het vraagstuk van de vereenvoudiging en verbetering van het omgevingsrecht moet daarom worden opgevat als een

1 Mr. dr. H.C. Borgers is werkzaam bij ATOsborne Legal, en heeft onderdeel 1 geschreven.

2 Mr. dr. J.H.G. van den Broek is senior legal counsel VNO-NCW en MKB-Nederland, en heeft onderdeel 2 geschreven.

3 Mr. dr. F.H. (Fred) Kistenkas is universitair hoofddocent omgevingsrecht aan Wageningen Universiteit en senior onderzoeker aan Alterra, Wageningen UR. Hij heeft onderdeel 3 geschreven.

4 Mr. drs. J.H.K.C. Soer & mr. drs. M.E.F. Staal zijn beiden werkzaam bij HaskoningDHV Legal Consultancy. Zij hebben onderdeel 4, een weergave van de discussie, geschreven.

5 H.C. Borgers, *Duurzaam handelen, een onderzoek naar een normatieve grondslag voor het milieurecht* (diss.), Den Haag: Borgers/Sdu Uitgevers bv 2012.

kwestie van het reguleren van adequate besluitvormingsprocessen. In die processen moet de eigen verantwoordelijkheid van alle actoren tot gelding komen, gericht op het belang van de kwaliteit van de leefomgeving. Dit geeft aanleiding voor een theorie van *contextuele rechtsvinding* voor het bestuursrechtelijke milieurecht.⁶

2. Bundeling van omgevingsrecht⁷

Jan van den Broek

Het Nederlandse omgevingsrecht bestaat uit honderden wetten in formele zin, algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen op het gebied van milieu, ruimtelijke ordening, water en natuur. In de afgelopen decennia is het aantal wettelijke regelingen binnen het omgevingsrecht verminderd door *bundeling*: het samenvoegen van wetssystemen als gevolg waarvan een nieuw of vernieuwd wetssysteem ontstaat. Zo zijn in 2009 acht wetten in formele zin gebundeld in de Waterwet. In 2010 heeft de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) gezorgd voor bundeling van ruim 25 toestemmingen in de omgevingsvergunning. Op 1 januari 2013 is het Activiteitenbesluit (2008) als gevolg van bundeling aanzienlijk uitgebreid. De Regering Rutte-Samsom wil de Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet en de Boswet bundelen in een Wet natuurbescherming en 40 omgevingswetten in een Omgevingswet. Wetgevers beogen met bundeling diverse juridische, ecologische en/of economische voordelen te bereiken, zoals een grotere kenbaarheid. Daarbij wordt echter geen wetenschappelijk gefundeerd kader gebruikt waaruit volgt in welk geval of in welke gevallen bundeling van omgevingsrecht al dan niet verantwoord is.

In de door mij bestudeerde literatuur, beleidsstukken, parlementaire informatie, nationale en internationale bundelingsprojecten heb ik een dergelijk kader niet aangetroffen. Daarom heb ik het zelf ontwikkeld. Vertrekpunt zijn *wetssystemen*: volgens bepaalde criteria geordende, onderling samenhangende regels. Van een *wetssystematisch tekort* is sprake als bepaalde regels wel onderling samenhangen maar desalniettemin geen deel uitmaken van hetzelfde wetssysteem. Bundeling kan zo'n tekort opheffen. Van een wetssysteem is pas sprake als er samenhangcriteria zijn. Die samenhangcriteria hebben drie belangrijke gevolgen: zij bepalen het wetssysteem, de wetssystematische tekorten en de oplossingen voor het probleem dat de wetgever met een wetssysteem wil regelen. De keus voor een of meer samenhangcriteria kan wetenschappelijk worden onderbouwd. Daarvoor dient in de eerste plaats te worden gekeken naar

⁶ In mijn proefschrift staat een ideaaltypisch model van deze contextuele rechtsvinding, dat uitgaat van de feitelijke context van een geval, het positieve recht met regels en procedures, de funderende begrippen en rechtsbeginselen, alsmede de morele en maatschappelijke opvattingen uit de rechtsorde.

⁷ J.H.G. van den Broek, *Bundeling van omgevingsrecht* (diss.), Recht en Praktijk – Staats- en bestuursrecht deel SB5, Deventer: Kluwer 2012, ISBN: 9789013111613.

de belangrijkste functie van een wetssysteem: het vergemakkelijken van in het geschreven recht opgenomen informatie. Een wetssysteem is los van de inhoud van de daarvan deel uitmakende regels van belang voor de *kenbaarheid* van het omgevingsrecht. Als gevolg daarvan zou de wetgever moeten kiezen voor samenhangcriteria die aansluiten bij de samenhangen die gebruikers van het omgevingsrecht in de echte werkelijkheid ervaren en zonder specialistische juridische voorkennis begrijpen. Dat betekent dat de wetgever moet kiezen voor zakelijke samenhangcriteria als subjecten, objecten, activiteiten en fysieke leefomgeving. Dit is een belangrijke aan wetenschappelijk verantwoorde bundeling te stellen eis.

Op basis van het voorgaande heb ik het volgende toetsingskader ontwikkeld aan de hand waarvan de wetgever zich er door het beantwoorden van vijf vragen van kan vergewissen of sprake is van een verantwoorde bundeling van omgevingsrecht:

1. Is er binnen het omgevingsrecht sprake van een wetssystematisch tekort omdat niet alle regels die volgens een op de echte werkelijkheid gebaseerd zakelijk samenhangcriterium onderling samenhangen desalniettemin geen deel uitmaken van hetzelfde wetssysteem?
2. Zo ja, kan dat wetssystematisch tekort worden opgeheven of verminderd door middel van bundeling van wetssystemen door herschikking of integratie?
3. Leidt het gebruik van typisch juridische ordeningscriteria tot het ontstaan of voortbestaan van wetssystematische tekorten? Zo ja, zijn dergelijke tekorten verdedigbaar?
4. Leidt bundeling tot het ontstaan of voortbestaan van wetssystematische tekorten in andere wetssystemen? Zo ja, zijn dergelijke tekorten verdedigbaar?
5. Leidt de bundeling tot een toekomstbestendig wetssysteem?

3. Toekomstig omgevingsrecht kan niet zonder concept van ecosysteemdiensten

Fred Kistenkas

Steeds meer wetenschappelijke disciplines gebruiken het concept van ecosysteemdiensten (*ecosystem services*). Ook in de rechtswetenschap zou het een belangrijk hulpmiddel kunnen zijn om te bepalen of er sprake is van duurzame gebiedsontwikkeling en dat zou toch de hoofddoelstelling moeten zijn van de nieuwe Omgevingswet.

Ecosysteemdiensten (ESDs) worden algemeen omschreven als de door de natuur aan de mens te leveren baten. Men onderscheidt productiediensten (typische *profit*-diensten zoals voedsel, windenergie, hout, zoet water), immateriële diensten (*people*-diensten zoals recreatie, cultuurhistorie, gezondheid) en *planet*-diensten (ook wel regulerende en ondersteunende diensten genoemd). Als een (bouw)plan een balans realiseert tussen economische, maatschappelijke en ecologische kwaliteitsfactoren (de zogenaamde *triple P*-

balans) ten behoeve van zowel huidige als toekomstige gebruikers dan spreken we van duurzame gebiedsontwikkeling.

In (voor)ontwerpen van omgevingswetgeving lezen we echter nog niets over ESDs. Introductie van ESDs in ons omgevingsrecht zou erg handig zijn. Omdat het bij duurzame gebiedsontwikkeling om een balans gaat, moet men als bestuursorgaan kunnen afwegen. Weging van drie verschillende kwaliteitsfactoren is wat anders dan binaire toetsing aan slechts één kwaliteitsfactor. Op dit moment hebben we voor bijna alles echter zo'n limitatieve toets bedacht. Het recente Besluit algemene regels ruimtelijke ordening (Barro, *Stb.* 2012, 388) staat er vol mee: 'nee, tenzij'-toetsen voor de ecologische hoofdstructuur, de Waddenzee, het IJsselmeer en 'ja, mits'-toetsen voor werelderfgoederen en nationale landschappen. Uit de Natuurbeschermingswet (NB-wet) kennen we reeds de habitattoets voor Natura 2000-gebieden met alleen maar enkelvoudige toetsing aan slechts een paar limitatieve instandhoudingsdoelstellingen en in de Flora- en faunawet (Ffw) heb je een soortgelijke soorten-toets. Daarvoor zouden we in het omgevingsrecht een andere rechtsvindingsmethodiek moeten introduceren: een weging met behulp van ESDs. Dat kan soms lastig zijn, met name wanneer Europese regelgeving nog een sectorale en soms zeer limitatieve toets voorschrijft zoals bijvoorbeeld nu nog bij de habitattoets, alhoewel daar volgens mij rechtsdogmatisch nog wel een mouw aan valt te passen.⁸

Bij duurzame gebiedsontwikkeling hoort mijns inziens geen toetsing maar weging; anders wordt immers een *triple P*-balans rechtsdogmatisch tegengewerkt. Bijkomend voordeel zal zijn dat er dan ook veel meer functiecombinaties mogelijk zullen zijn; duurzame functiecombinaties. In het huidige RO-recht ziet men namelijk al gauw planologische monocultures: enkelvoudige bestemmingen van alleen maar natuur of alleen maar woningbouw of alleen maar zorginstelling of alleen maar windenergie of alleen maar kantoren of alleen maar landbouw enz. Dergelijke planologische apartheid wordt in de hand gewerkt door die enkelvoudige toetsing die we vooral in het buitengebied hebben. De EHS of Natura 2000 kan een rechtsblokkade voor duurzame functiecombinaties zijn omdat alleen maar één limitatief natuurdoel of slechts sommige planet-desiderata gelden. En door de Waddentoets is er zo op de Waddenzee bij voorbaat al geen ruimte voor duurzame energie of een kleine jachthavenuitbreiding; (cf. art. 2.5.14 respectievelijk 2.5.16 Barro). Een weging leidend tot een *triple P*-balans maakt duurzame functiecombinaties niet op voorhand onmogelijk.

4. Discussie

Verslag door Christiaan Soer en Marjan Staal

⁸ F.H. Kistenkas, 'Rethinking European nature conservation legislation: towards sustainable development', *Journal of European Environmental & Planning Law* 2013-1, p. 69-81 en F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen Academic Publishers 2012, p. 150 e.v.

Marleen van Rijswijk, de voorzitter van deze middag, vroeg aan iedere spreker hoe de Omgevingswet eruit zou zien als we hun ideeën zouden volgen. Op deze vraag antwoordde *Harm Borgers* dat dan de inhoudelijke beginselen van het milieu- en omgevingsrecht gecodificeerd zouden zijn. Codificatie vergroot het nut van deze beginselen, als volwaardig element van de besluitvorming. Wanneer het resultaat van de toepassing van een norm uit het omgevingsrecht ter discussie komt te staan, kun je namelijk teruggrijpen naar die onderbouwende beginselen. Daarnaast zou de rol van de bestuursrechter explicieter benoemd worden en meer gericht zijn op het vinden van een inhoudelijk en diepgaander oordeel en zich niet louter beperken tot marginale toetsing. Dit is namelijk uit de tijd: besluitvorming komt tegenwoordig tot stand in een discursief proces, de meest uitgebreide is de Elverding-aanpak, en de rechtsbetrekking die in dit soort processen ontstaat tussen partijen moet volwaardig en volledig worden getoetst aan juridische criteria. Ook beleidsuitspraken van een bestuursorgaan zijn toetsbaar aan die criteria, inclusief de beginselen.

Jan van den Broek antwoordde dat de Omgevingswet regels die met elkaar samenhangen toekomstbestendig bundelt. Met het ordenen van die regels wordt aangesloten bij de werkelijkheid zoals de gebruikers die ervaren. Hierdoor neemt de kenbaarheid toe en wordt het omgevingsrecht minder complex. Dat bevordert naleving. De Omgevingswet moet daarom de vorm hebben van een aanbouwwet, waarin alle onderwerpen hun juiste wettssystematische plaats krijgen. Het is onvoldoende als in een memorie van toelichting plannen worden ontvouwd voor de toekomst van de Omgevingswet. Dat is namelijk vragen om wettssystematische problemen in de toekomst.

Fred Kistenkas stelde ten slotte dat de Omgevingswet dan uitgaat van een weging tussen aspecten van people, planet, profit (ppp) met behulp van het concept van ecosystemendiensten (ESDs). Er bestaat dan geen toetsing meer op één enkel aspect. Zo'n weging resulteert in een voordeel voor alle drie de p's en levert duurzame gebiedsontwikkeling op.

Recente rapporten wijzen uit dat de kwaliteit van de natuur en het milieu jaar na jaar achteruitgaat. Op de vraag of een weging van people, planet, profit wel tot een verbetering zou leiden, antwoordt *Kistenkas* dat je zou moeten nadenken over instandhoudingsdoelen en of deze wel altijd a priori voorrang dienen te hebben. Nu vormen deze doelen een toetsingscriterium waardoor andere ESDs juridisch op achterstand worden gezet. Ook dan zou je moeten kunnen afwegen, waarbij verbetering ten aanzien van alle p's het doel is. Het is dus niet zo dat instandhoudingsdoelstellingen uit de habitattoets in de prullenbak moet verdwijnen; maar met behulp van ESDs zouden ze meer als wegingsfactor en minder als toetsingskader kunnen worden benaderd. *Borgers* voegt daaraan toe dat in de praktijk vaak pas tot weging overgegaan hoeft te worden, op het moment de uitkomst van de primaire toetsing aan een eenvoudig gesteld doel onbevredigend is. Bij die weging kan worden teruggegrepen op beginselen en op maatschappelijke waarden zoals de drie p's. *Kistenkas* vervolgt dat de weging toetsbaar

is door de rechter. Deze zou moeten vaststellen of ten aanzien van de drie p's en de ESDs een positief resultaat wordt bereikt op basis van een duurzaamheidsbeginsel.

Van Rijswijk wijst erop dat het bij weging lijkt alsof de oorspronkelijke doelstelling en afspraken weer ter discussie komen te staan. Zij vraagt zich af hoe dan de relatie kan worden gelegd tussen een afspraak over de doelen vooraf en het wegen achteraf. *Van den Broek* geeft aan dat het probleem dat *Borgers* en *Kistenkas* oproepen pas ontstaat op het moment dat je iets anders wilt dan de wetgever. Wetten voorzien in rechtszekerheid. Het is van groot belang dat de wetgever juiste en duidelijke normen stelt zodat de toepassing van regels voorspelbaar is en niet ter discussie staat. *Borgers* laat weten dat hij het voor het overgrote deel van de gevallen met *Van den Broek* eens is. De afweging van doelen, belangen en waarden is pas nuttig en nodig in die gevallen waarin louter toetsing aan een eenvoudige schriftelijke norm onzinnig is.

Op de vraag of het nu niet goed gaat met de natuur en het milieu óf met de wetgeving antwoordt *Van den Broek* dat het milieu de laatste decennia steeds beter is geworden, maar dat de complexiteit van de wetgeving wel degelijk een probleem is en belemmert dat de regels goed worden uitgevoerd. *Borgers* bevestigt dit. Vervolgens geeft *Kistenkas* een reactie op de vraag of bij het denken over een nieuwe stelsel ook naar het huidige instrumentarium is gekeken, zoals de Wro. Volgens hem gaat het niet zozeer om het instrumentarium maar om de rechtsvindingsmethodiek. Ook bestaande instrumenten uit de Wro zoals rijksinpassingsplannen en provinciale inpassingsplannen worden geconfronteerd met de habitattoets. Dat kan niet binnen de Wro worden opgelost. Het doel zou duurzame gebiedsontwikkeling moeten zijn en daar hoort andere rechtsvinding bij. *Van den Broek* stelt dat indien het doel van de hele operatie 'minder complexiteit' is, dan ook de weg daar naartoe moet worden aangegeven. Anders is er geen sprake van een visie, maar van een hallucinatie. De regels moeten worden gesystematiseerd. Meer algemene beginselen voegen dan niet per se iets toe. Het resultaat moet praktisch toepasbaar en voorspelbaar zijn. Volgens *Borgers* is voorspelbaarheid echter per definitie tijdelijk. Er komt vroeg of laat een geval langs waarin de vastgestelde regels niet werken. Dat betekent echter niet dat de wetgever zijn werk niet goed heeft gedaan of dat het wetstelsel niet klopt. In die gevallen kan immers ofwel de wet binnen het systeem worden aangepast, ofwel naar het belang achter de regel worden gezocht via rechtsvinding. Volgens *Van den Broek* komt dit alleen voor als we iets willen wat de regels juist verbieden en herhaalt dat door meer flexibiliteit te introduceren de rechtszekerheid uit het recht wordt gehaald. *Borgers* vervolgt dat door wettelijke bundeling het systeem in 95% van de gevallen toegankelijker kan worden gemaakt. Echter bij fundamentele twist over de interpretatie van het recht moeten keuzes worden gemaakt om het systeem van het recht te laten gelden. Dat is rechtsvinding, de rest is toepassing van de wet.

Naar aanleiding van het voorstel van *Chris Backes* in het recente VBR-advies, waarin hij voorstelt het huidige stelsel in stand te laten en een overkoepelend algemeen toetsingscriterium te introduceren, merkt *Borgers* op dat dat voorstel nader begrepen kan worden vanuit de Experimentenwet Stad en Milieu-benadering en leidt tot het gebruik van een hardheidsclausule. In een dergelijke benadering moet de initiatiefnemer volgens *Borgers* bewijzen dat het project meer voordeel oplevert in het licht van het belang dat door de overkoepelende norm wordt beschermd, voordat sprake kan zijn van een afwijkende interpretatie of toepassing van meer gedetailleerde normen die blijkbaar knellen in het unieke geval. *Van den Broek* benadrukt dat voorkomen moet worden dat hierdoor de kenbaarheid en voorspelbaarheid verloren gaan. Een hardheidsclausule is prima, zolang voorkomen wordt dat de normen zo algemeen worden, dat deze niet meer voorspelbaar zijn. Maar een hardheidsclausule maakt ook deel uit van het wetstelsel. *Kistenkas* concludeert dat bij toepassing van de hardheidsclausule aansluiting kan worden gezocht bij het duurzaamheidsbeginsel. Het gaat altijd om de meerwaarde voor people, planet en profit.