

Zorgplichten voor het milieu onder de Omgevingswet

M en R 2019/72



1. Inleiding

Aan de zorgplicht is onder de Omgevingswet een prominente rol toebedacht.² In de Omgevingswet zelf staat een algemene zorgplicht, daarnaast wordt in (onder meer) het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) een zogenoemde specifieke zorgplicht geïntroduceerd.³ Het is een instrument waar de besluitgever, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Bal, veel van verwacht.⁴ In paragraaf 2 van dit artikel bespreek ik de rol van de zorgplicht onder het huidige regime van de Wet milieubeheer (Wm), ik ga daarbij alleen in op de bestaande zorgplichten uit artikel 1.1a van de Wm en artikel 2.1, eerste lid, van het Activiteitenbesluit milieubeheer (het Activiteitenbesluit).⁵ In paragraaf 3 ga ik in op de zorgplichten onder de Omgevingswet, hierbij zet ik de verschillen tussen de nieuw te introduceren specifieke zorgplicht en de bestaande zorgplichten uiteen. Daarbij beperk ik mij tot de specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten uit het Bal. Verder geef ik, aan de hand van de memorie van toelichting bij de Omgevingswet⁶ en de nota van toelichting bij het Bal, aan wat de wetgever respectievelijk de besluitgever met de verschillende zorgplichten beoogt. In paragraaf 4 ga ik, aan de hand van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling advisering) over het voorstel voor de Omgevingswet⁷ en het

ontwerp voor het Bal⁸ en de situaties waarin de wetgever respectievelijk de besluitgever verwacht dat de zorgplicht een rol kan spelen, in op de rol die de zorgplichten naar mijn idee onder de Omgevingswet kunnen spelen. In paragraaf 5 rond ik af met een aantal conclusies.

2. De rol van de zorgplicht onder de Wm

Vanaf 1 januari 1994 is in artikel 1.1a van de Wm een zorgplicht opgenomen.⁹ Deze zorgplicht houdt in dat een ieder die redelijkerwijs weet of kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijke handelingen achterwege te laten voor zover dat in redelijkheid kan worden gevergd dan wel maatregelen te nemen die deze gevolgen voorkomen of beperken. In de toelichting bij artikel 1.1a staat dat met de zorgplicht beoogd is te voorkomen dat met het verrichten van een activiteit niet specifiek omschreven milieuvorschriften worden overschreden, terwijl degene die de activiteit verricht wel het verwijt kan worden gemaakt dat hij zich maatschappelijk onbetamelijk gedraagt.¹⁰ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling bestuursrechtspraak) legt de reikwijdte van de zorgplichtbepaling uit artikel 1.1a van de Wm (zeer) beperkt uit.¹¹ Zij gaat ervan uit dat de zorgplicht uit artikel 1.1a van de Wm slechts geldt in gevallen waarin ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden, terwijl de Wm er niet op andere wijze in voorziet om die gevolgen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken.¹² De Afdeling bestuursrechtspraak gaat er verder van uit dat er geen ruimte is voor aanvullende werking van de zorgplichtbepaling uit artikel 1.1a van de Wm als er een vergunning is verleend. In de uitspraak van 3 september 2003 overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak in dit verband dat:¹³

1 Jelle van de Poel is adviseur bij de Stichting Advisering Bestuursrecht-spraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (STAB). Hij dankt mr. M.C. Brans (Marloes), advocaat/counsel bij Houthoff en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Midden-Nederland, en mr. R. Veenhof (Ruud), adviseur bij de STAB, voor hun commentaar. Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

2 De Omgevingswet van 23 maart 2016 is op 26 april 2016 gepubliceerd in het Staatsblad (Stb. 2016, 156) en zal nog worden gewijzigd door middel van onder meer de Invoeringswet Omgevingswet en de diverse aanvullingswetten. Ik ga in dit artikel uit van de geconsolideerde versie van de Omgevingswet per 11 maart 2019, gepubliceerd op 19 maart 2019 (zie www.omgevingswetportaal.nl, onder 'Wet- en regelgeving' en 'De Omgevingswet'), waarin de voorgestelde wijzigingen tot en met die datum zijn verwerkt. De beoogde inwerkingtreding van de Omgevingswet en de bijbehorende algemene maatregelen van bestuur is 1 januari 2021.

3 Ik ga in dit artikel uit van de tekst van het Bal van 3 juli 2018, dat op 31 augustus 2018 in het Staatsblad is gepubliceerd (Stb. 2018, 293).

4 Stb. 2018, 293 (NvT Bal).

5 Ik ga in dit artikel niet in op de zorgplicht uit artikel 13 van de Wet bodembescherming (Wbb), welk artikel onder de Omgevingswet komt te vervallen, en de zorgplicht uit artikel 5 van het Besluit risico's zware ongevallen 2015, die terugkeert in artikel 4.8 van het Bal. De zorgplichten uit artikel 9.2.1.2 van de Wm, betreffende het beroepshalve vervaardigen van een stof, mengsel of genetisch gemodificeerd organisme, en artikel 10.1, eerste lid, van de Wm, gericht op handelingen met betrekking tot afvalstoffen, blijven ook na de inwerkingtreding van de Omgevingswet van kracht.

6 MvT, *Kamerstukken II*, 2013/14, 33962, 3.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4.

8 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112.

9 Stb. 1994, 80, in werking getreden op 1 januari 1994 (Stb. 1993, 693).

10 Zesde nota van wijziging, *Kamerstukken II*, 1992/93, 21246, 37.

11 Zie ook Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004, p. 27. Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003/04, 29279, 14. Dit rapport biedt voor de betreffende departementen een afwegingskader voor het gebruik van zorgplichtbepalingen.

12 Zie bijvoorbeeld de uitspraken van 27 februari 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:622), 10 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1245) en 8 december 2004 (ECLI:NL:RVS:2004:AR7109).

13 ECLI:NL:RVS:2003:AI1774, AB 2003/388, m.nt. F.C.M.A. Michiels en Gst. 2003/165, m.nt. J.M.F.H. Teunissen. De Afdeling bestuursrechtspraak baseert deze beperking mede op het systeem van de Wm. Zij wijst er in de uitspraak op dat de artikelen 8.22 en 8.23 van de Wm in een dergelijk geval de mogelijkheid bieden om de vergunning te wijzigen. Michiels wijst er in zijn noot op dat noch de wettekst, noch de wetgeschiedenis, noch het systeem van de wet ertoe dwingt om de zorgplichtbepaling uit artikel 1.1a van de Wm geheel buiten spel te zetten als er een vergunning is verleend. Het criterium is herhaald in onder meer de uitspraken van 31 augustus 2005 (ECLI:NL:RVS:2015:737), 1 augustus 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BB0800) en 25 november 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3170). In deze laatste uitspraak is overwogen dat deze rechtspraak ook nog geldt onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en dat de artikelen 2.30 en 2.31 van de Wabo thans de mogelijkheid bieden om een vergunning te wijzigen of geheel of gedeeltelijk in te trekken.

“de voor onderhavige inrichting verleende milieuvergunning bepalend moet worden geacht voor de reikwijdte van de zorgplicht die appellante bij de exploitatie van haar inrichting ingevolge de Wet milieubeheer in acht moet nemen. Gesteld noch gebleken is dat de inrichting niet overeenkomstig deze vergunning in werking is. Mede gelet op het systeem van de Wet milieubeheer levert de omstandigheid dat vergunde activiteiten, naar actueel inzicht van het bevoegd gezag, zeer nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben, naar het oordeel van de Afdeling geen schending op van artikel 1.1a van deze wet.”

Overtreding van de zorgplichtbepaling uit artikel 1.1a van de Wm is niet strafrechtelijk gesanctioneerd.

Op 1 januari 2008 is het Activiteitenbesluit in werking getreden.¹⁴ Artikel 2.1, eerste lid, van het Activiteitenbesluit bevat eveneens een zorgplicht. Deze zorgplicht houdt in dat degene die een inrichting drijft en weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan die niet of onvoldoende worden voorkomen of beperkt door naleving van de bij of krachtens het Activiteitenbesluit gestelde regels, die gevolgen voorkomt of beperkt voor zover dat redelijkerwijs kan worden gevergd. In de uitspraak van 10 augustus 2011 overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak in de eerste plaats dat overtreding van deze zorgplichtbepaling slechts aan de orde kan zijn indien het Activiteitenbesluit voor het betreffende aspect geen uitputtende regeling bevat.¹⁵ Verder wordt in deze uitspraak het volgende overwogen:

“De in artikel 2.1, eerste lid, van het Barim opgenomen zorgplicht richt zich rechtstreeks tot bestuurders van inrichtingen. De eis van de rechtszekerheid brengt mee dat deze bestuurders slechts kunnen worden aangesproken op naleving van de zorgplicht, voor zover zij vooraf kunnen weten dat hun handelen of nalaten ermee in strijd is. Dit geldt te meer daar overtreding van de zorgplicht niet enkel een bestuursrechtelijke overtreding inhoudt, maar ingevolge de Wet op de economische delicten ook een strafrechtelijk te vervolgen overtreding of misdrijf.

De zorgplicht zoals geregeld in het Barim bevat een aantal begrippen die nadere invulling behoeven, en waarbij niet één invulling als de enig juiste kan worden beschouwd. De vragen wanneer nadelige milieugevolgen niet voldoende worden voorkomen en wanneer redelijkerwijs kan worden gevergd dat deze gevolgen worden voorkomen, kunnen bijvoorbeeld afhankelijk van de gekozen weging van alle relevante factoren op verschil-

lende manieren worden beantwoord. Dit betekent dat niet in alle gevallen een eenduidig antwoord bestaat op de vraag waartoe de norm in een concreet geval exact verplicht. Dat het niet in alle gevallen mogelijk is om te weten waartoe de zorgplicht verplicht, wordt onderkend in de toelichting bij het Barim (nota van toelichting, blz. 115, Stb. 2007, 415).

Dit in aanmerking genomen, moet worden geoordeeld dat bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen vanwege overtreding van de in artikel 2.1, eerste lid, van het Barim opgenomen zorgplicht, uitsluitend kunnen worden getroffen wanneer het handelen of nalaten van de drijver van de inrichting onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht.”

Naast deze mogelijkheid van directe handhaving¹⁶ op basis van de zorgplicht uit het Activiteitenbesluit bepaalt artikel 2.1, vierde lid, van het Activiteitenbesluit dat het bevoegd gezag met betrekking tot de zorgplicht uit het eerste lid maatwerkvoorschriften kan stellen. Overtreding van de zorgplichtbepaling van artikel 2.1, eerste lid, van het Activiteitenbesluit is in artikel 1a, onder 1°, van de Wet op de economische delicten (Wed) aangemerkt als een economisch delict.¹⁷

3. Zorgplichten onder de Omgevingswet

3.1 Inleiding

In de Omgevingswet is een algemene zorgplicht opgenomen en in het Bal is voor een aantal activiteiten een specifieke zorgplicht opgenomen. Specifieke zorgplichten kunnen ook in decentrale regels worden toegepast. Verwacht wordt dat specifieke zorgplichten met name in omgevingsplannen en waterschapsverordeningen een belangrijke rol zullen spelen.¹⁸ In dit artikel bespreek ik alleen de algemene zorgplicht en de specifieke zorgplicht voor de milieubelastende activiteiten uit het Bal.

3.2 De algemene zorgplicht in de Omgevingswet

In afdeling 1.3 van de Omgevingswet is een algemene zorgplicht opgenomen. Artikel 1.6 bepaalt dat een ieder zorg draagt voor de fysieke leefomgeving. Artikel 1.7 bepaalt - kort samengevat - dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving kan hebben, verplicht is deze gevolgen te voorkomen, dan wel te beperken of ongedaan te maken.

14 Stb. 2007, 415 (publicatie van het besluit) en Stb. 2007, 472 (inwerkingtreding).

15 ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, onder 2.4. De Afdeling bestuursrechtspraak leidt dit af uit de tekst van artikel 2.1, eerste lid, van het Activiteitenbesluit en de nota van toelichting (Stb. 2007, 415, p. 114-115). Zie ook de uitspraken van de ABRvS van 11 maart 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:737) en 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2881).

16 Onder directe bestuursrechtelijke handhaving versta ik in dit artikel het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie vanwege overtreding van een zorgplichtbepaling, zonder voorafgaande precisering van wat de zorgplicht in dat geval inhoudt.

17 In artikel 1a, onder 1°, van de Wed is overtreding van een voorschrift gesteld bij of krachtens artikel 8.40, eerste lid, van de Wm aangemerkt als een economisch delict.

18 NvT Bal, p. 488, 508 en 518-527. In artikel 2.3.1.4 van de bruidsschat, die op het moment van inwerkingtreding van de Omgevingswet deel gaat uitmaken van het (tijdelijk deel van het) omgevingsplan, is een specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten opgenomen (zie het Ontwerp Invoeringsbesluit Omgevingswet, bijlage bij *Kamerstukken I* 2018/19, 34986, D).

In de memorie van toelichting bij de Omgevingswet staat dat de algemene zorgplicht uit afdeling 1.3 van het wetsvoorstel voortbouwt op zorgplichten die in de verschillende wetten (zoals artikel 1.1a van de Wm) zijn opgenomen.¹⁹

De verwachting is, aldus de memorie van toelichting, dat de zorgplicht in de praktijk een beperkte, maar nuttige functie zal vervullen. De vangnetfunctie van de voorgestelde zorgplicht en de ervaringen met de bestaande zorgplicht rechtvaardigen volgens de wetgever de verwachting dat van de artikelen 1.6 en 1.7 geen groter juridiserend effect zal uitgaan dan van de huidige zorgplichtbepalingen in de afzonderlijke wetten. De wetgever verwacht dus niet dat de opname van de algemene zorgplicht in de Omgevingswet zal leiden tot een toename van het aantal procedures. In de memorie van toelichting staat verder dat uit artikel 1.8 volgt dat de algemene zorgplicht terugtreedt als over een activiteit met het oog op een bepaald belang specifieke regels zijn gesteld, als een specifieke zorgplicht geldt of als er vergunningvoorschriften zijn gesteld. Over de vangnetfunctie wordt toegelicht dat dit vooral van belang is bij activiteiten of gevolgen die onmiskenbaar in strijd zijn met de zorgplicht, maar die niet nader zijn gereguleerd omdat de wetgever dat niet heeft voorzien.

Als er sprake is van onmiskenbare strijd met de zorgplicht kan het bevoegd gezag, aldus de memorie van toelichting, direct handhavend optreden. In minder duidelijke gevallen is bestuursrechtelijke handhaving van de zorgplicht alleen mogelijk als de overtreding voortduurt nadat afspraken zijn gemaakt over de invulling van de zorgplicht.²⁰ Strafrechtelijke handhaving van de zorgplicht uit de artikelen 1.6 en 1.7 is niet mogelijk. De reden is dat deze bepalingen zich daar vanwege de zeer brede reikwijdte en open normen niet voor lenen.

3.3 De specifieke zorgplicht voor de milieubelastende activiteit

Hoofdstuk 2 van het Bal bevat algemene bepalingen over milieubelastende activiteiten.²¹ Artikel 2.11 bepaalt - kort samengevat - dat degene die een milieubelastende activiteit verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de belangen, bedoeld in artikel 2.2, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om deze gevolgen te voorkomen, dan wel te beperken of ongedaan te maken. In artikel 2.11, tweede lid, is deze zorgplicht nader gespecificeerd. In dit artikellid is onder meer bepaald dat de zorgplicht in ieder geval inhoudt dat alle passende preventieve maatregelen worden getroffen, de beste be-

schikbare technieken worden toegepast en geen significante milieuverontreiniging wordt veroorzaakt.

In de nota van toelichting bij het Bal staat dat de specifieke zorgplichten voortborduren op de algemene zorgplicht in de wet, maar concreter zijn.²² Specifieke zorgplichten hebben, anders dan de bestaande zorgplicht uit het Activiteitenbesluit, niet slechts een aanvullende werking. Zij gelden dus naast de eventuele voorschriften uit een vergunning en naast de bepalingen uit het Bal, hetgeen een belangrijke wijziging is ten opzichte van het bestaande systeem. Deze zelfstandige werking van de specifieke zorgplicht heeft volgens de besluitgever als voordeel dat meer uitgewerkte regels beperkt kunnen blijven tot de hoofdzaken en dat in algemene regels en vergunningen geen regels meer hoeven worden opgenomen die vanzelfsprekend zijn. Specifieke zorgplichten geven voor een activiteit het doel aan dat bij bescherming van de fysieke leefomgeving moet worden bereikt, zonder daarbij aan te geven met welke middelen dit doel bereikt moet worden, en zonder dat in kwantificeerbare termen te omschrijven.²³ De specifieke zorgplicht is zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk handhaafbaar.

In de nota van toelichting staat verder dat voorkomen moet worden dat het werken met specifieke zorgplichten leidt tot vergroting van rechtsonzekerheid, ontwikkeling van pseudoregelgeving of beleidsregels en jurisprudentie die feitelijk de rol van de ontbrekende meer uitgewerkte regels gaan overnemen.²⁴ Daarom moet steeds worden overwogen in hoeverre het opnemen van meer uitgewerkte regels zinvol is en in welke gevallen de specifieke zorgplicht meer passend is. In de nota van toelichting wordt een drietal situaties genoemd waarin de keuze voor uitgewerkte regels niet mogelijk of wenselijk is:²⁵

- het is niet wenselijk om regels uit te schrijven die evident zijn;
- het is niet wenselijk om voorschriften op te stellen als het nadelige gevolg van een activiteit zich zelden voordoet en om een individuele beoordeling vraagt;
- het is niet mogelijk om voorschriften op te nemen voor nieuwe activiteiten of het op een andere manier verrichten van de activiteiten, waarmee bij het opstellen van de regels geen rekening is gehouden.

Volgens de nota van toelichting wordt in die gevallen waarin een nadelig gevolg een rol kan spelen en geen uitgewerkte regels gelden van degene die de activiteit verricht, verwacht dat diegene zich inspant om zelf te beoordelen of het handelen nadelige gevolgen heeft en hoe die gevolgen redelijkerwijs voorkomen of beperkt kunnen worden.²⁶ Verder wordt er op gewezen dat het initiatief tot het stellen van maatwerkvoorschriften niet altijd bij het bevoegd gezag hoeft te liggen, het is ook mogelijk dat een initiatiefnemer of een derde die zekerheid wil krijgen en er zelf om verzoekt.²⁷

19 MvT, p. 66-72.

20 Ik veronderstel dat de memorie van toelichting hier doelt op afspraken tussen het bevoegd gezag en de potentiële overtreder. Zie ook G.A. van der Veen, 'Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet', TO 2014-03-04. Hij wijst er terecht op dat een nader geconcretiseerde zorgplicht alleen geldt voor degene die over die nadere concretisering is geïnformeerd.

21 Artikel 2.1 van het Bal bepaalt dat hoofdstuk 2 van het Bal betrekking heeft op de milieubelastende activiteiten die in hoofdstuk 3 van het Bal zijn aangewezen.

22 NvT Bal, p. 488 en 508.

23 NvT Bal, p. 518.

24 NvT Bal, p. 518.

25 NvT Bal, p. 522.

26 NvT Bal, p. 524.

27 NvT Bal, p. 520.

4. Beschouwing van de zorgplichten onder de Omgevingswet

4.1 Algemene zorgplicht

De Afdeling advisering heeft er in haar advies van 13 januari 2014 over de Omgevingswet op gewezen dat de algemene zorgplicht in de artikelen 1.6 en 1.7 van de Omgevingswet zeer algemeen is geformuleerd.²⁸ Dit heeft als risico dat de rechten en plichten van burgers en bedrijven niet goed kenbaar zijn, wat ten koste gaat van de rechtszekerheid. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering is artikel 1.8 in de Omgevingswet opgenomen. Verder heeft de wetgever in het nader rapport toegelicht dat in de memorie van toelichting is onderkend dat de zeer algemene formulering van de zorgplicht het bevoegd gezag dwingt tot terughoudend gebruik van de handhavende bevoegdheden bij schending van de zorgplicht.²⁹ Slechts bij onmiskenbare strijd met de zorgplicht kan een bestuursorgaan direct handhavend optreden tegen een overtreding van artikel 1.7. De wetgever geeft aan dat hij verwacht dat de zorgplicht in de praktijk maar een beperkte functie zal vervullen. Dit lijkt mij een reële verwachting. Ik verwacht namelijk niet dat de Afdeling bestuursrechtspraak er onder de Omgevingswet eerder vanuit zal gaan dat een handeling onmiskenbaar in strijd is met de algemene zorgplicht.

De in artikel 1.8 van de Omgevingswet opgenomen beperking van de reikwijdte van de algemene zorgplicht, inhoudende dat de algemene zorgplicht terugtreedt voor zover nadere regels of voorschriften voor die activiteit gelden, sluit aan bij de in paragraaf 2 genoemde jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarin is geoordeeld dat een verleende milieuvergunning bepalend moet worden geacht voor de reikwijdte van de zorgplicht uit artikel 1.1a van de Wm.³⁰

Ondanks het feit dat de mogelijkheid van direct handhavend optreden op grond van de algemene zorgplicht, gelet op het voorgaande, zeer beperkt zal zijn, ben ik van mening dat er goede redenen zijn om een algemene zorgplichtbepaling in de Omgevingswet op te nemen. Bastmeijer en Dresden hebben er in hun artikelen over zorgplichtbepalingen, die geruime tijd geleden in dit blad zijn gepubliceerd, op gewezen dat een zorgplichtbepaling een middel is om vast te leggen dat het uitgangspunt is dat een ieder, dus niet alleen de overheid, verantwoordelijk is voor een schoon milieu.³¹ Hun betoog dat een zorgplichtbepaling met name een aanvullende werking kan hebben, zowel wanneer er geen regels zijn gesteld als wanneer deze regels er wel zijn, is naar mijn idee nog steeds van toepassing.³² Het belang van de algemene zorgplichtbepaling in de Omgevingswet lijkt mij dat deze, bij het ontbreken van specifieke regelgeving voor een

bepaald geval, een argument kan zijn voor het stellen van maatwerkvoorschriften. Hierbij is van belang dat de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften voor milieubelastende activiteiten onder het Bal voor veel gevallen is opengesteld.³³

Verder wijzen Bastmeijer en Dresden er op dat zorgplichten ook een rol kunnen spelen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Hierbij is van belang dat schending van een zorgplichtbepaling als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt omdat het is aan te merken als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht.³⁴

4.2 Specifieke zorgplicht

4.2.1 De inhoud van de specifieke zorgplicht is onduidelijk

De Afdeling advisering heeft er in haar advies van 22 december 2017 over het ontwerp voor het Bal op gewezen dat de reden voor het opnemen van de zorgplichten onder meer is gelegen in het streven naar deregulering.³⁵ Verschillende concrete regels worden geschrapt en vervangen door zorgplichtbepalingen. In de specifieke zorgplichten worden veel vage termen als passend, geschikt, representatief, doelmatig en redelijkerwijs gebruikt. De Afdeling advisering erkent dat een zekere vaagheid inherent is aan het formuleren van zorgplichten, het betekent echter wel dat het te verwachten valt dat zich met name in de handhavingssfeer vaker geschillen over de toepassing van specifieke zorgplichten zullen gaan voordoen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft er in haar reactie op het ontwerp voor het Bal van 26 september 2016 op gewezen dat in een aantal zorgplichtbepalingen is bepaald dat de zorgplicht mede inhoudt dat de initiatiefnemer de beste beschikbare technieken (bbt) toepast.³⁶ De regelgeving die met het vereiste van bbt samenhangt, is echter complex, omvangrijk en technisch-juridisch van aard. Gelet hierop merkt de Afdeling bestuursrechtspraak op dat op voorhand niet duidelijk is wat er in de praktijk van een initiatiefnemer op grond van dit onderdeel van de specifieke zorgplicht kan worden gevergd.

De besluitgever heeft in het nader rapport gesteld dat het beeld dat het gebruik van open termen kan leiden tot meer geschillen nuancering behoeft.³⁷ Hij geeft aan dat de bestuursrechter ook nu niet bovenmatig vaak wordt ge-

28 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4, p. 7-8.

29 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4, p. 92-93.

30 Zie de in noot 13 genoemde jurisprudentie.

31 C.J. Bastmeijer, 'De algemene zorgplicht in de Wet milieubeheer', *M en R* 1993/9, en M.J. Dresden, 'De zorgplicht in de milieuwetgeving', *M en R* 1989/2.

32 Zij doelen hiermee bijvoorbeeld op de situatie dat er wel regels zijn gesteld, maar dat een situatie die duidelijk maatschappelijk onzorgvuldig is daar niet onder valt of de situatie dat er een lacune in een regeling zit.

33 Artikel 4.5, eerste lid, van de Omgevingswet bepaalt dat bij algemene regels onderwerpen kunnen worden aangewezen waarvoor het bevoegd gezag maatwerkvoorschriften kan stellen. Artikel 2.13, eerste lid, van het Bal bepaalt dat een maatwerkvoorschrift kan worden gesteld over artikel 2.11, afdeling 2.7 en de hoofdstukken 3 tot en met 5. Het bestaan van de algemene zorgplicht kan een argument zijn om een maatwerkvoorschrift te stellen.

34 Zie L. Bergkamp, K. Brouwer, K. de Smedt & M. Faure, 'Wettelijke aansprakelijkheid voor milieugevolgen. Onderzoek naar wijzigingen in het milieuaansprakelijkheidsrecht in de periode 2010-2015', *Metro*, Universiteit Maastricht, 28 juni 2016, p. 117.

35 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112, p. 21.

36 De Afdeling bestuursrechtspraak heeft op verzoek van de minister gereageerd op het ontwerp voor het Bal. Deze reactie van 26 september 2016 is niet gepubliceerd, maar wel op te vragen bij de dienst voorlichting van de Raad van State. Voor de milieubelastende activiteit staat de verplichting om bbt toe te passen in artikel 2.11, tweede lid, onder c, van het Bal.

37 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112, p. 65-67.

vraagd om uitspraak te doen over de invulling van open termen in de zorgplichten. Er is, aldus de besluitgever, geen reden om aan te nemen dat het aantal geschillen hierover in het nieuwe stelsel van het omgevingsrecht zal toenemen. De specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten is verduidelijkt ten opzichte van het huidige recht door een toevoeging van een opsomming van wat er in ieder geval onder die zorgplicht wordt verstaan.

Naar mijn idee miskent de besluitgever met zijn reactie dat de specifieke zorgplicht een groot aantal voorschriften uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling vervangt.³⁸ De specifieke zorgplicht voor de milieubelastende activiteit zal dus in veel meer situaties van toepassing zijn dan de bestaande zorgplicht uit het Activiteitenbesluit en bovendien zijn bedoeld voor een aantal specifieke situaties. De specifieke zorgplicht zal daardoor minder het karakter van vangnetbepaling hebben. Verder zal de specifieke zorgplicht, anders dan de bestaande zorgplicht uit het Activiteitenbesluit, niet slechts een aanvullende werking hebben en dus gelden naast de regels uit het Bal en een vergunning. Ik volg de besluitgever dan ook niet in zijn redenering dat er geen reden is om te verwachten dat het aantal geschillen over de invulling van de zorgplicht zal toenemen.

Volgens de besluitgever verdient ook de opmerking van de Afdeling advisering dat de regulering van bbt niet eenvoudig is nuanceren. Hij stelt dat de bbt voor complexere bedrijven zijn uitgewerkt in Europese bbt-referentiedocumenten en dat de bbt daar waar mogelijk ook voor minder complexe bedrijven zijn uitgewerkt in algemene regels.³⁹ Volgens de besluitgever heeft de specifieke zorgplicht in dit verband vooral betekenis voor bijzondere bedrijfssituaties of nieuwe activiteiten. Het opnemen ervan geeft namelijk richting aan wat van een initiatiefnemer wordt verwacht. Het is, aldus de besluitgever, vanzelfsprekend dat de initiatiefnemer het vereiste van bbt vervolgens nog moet vertalen naar zijn eigen bedrijfssituatie.

Naar mijn idee is het, anders dan de besluitgever stelt, in de praktijk niet altijd duidelijk wat in een bepaalde situatie onder bbt moet worden verstaan. In de eerste plaats is niet altijd een bbt-document van toepassing. In die situatie schrijft artikel 8.10, tweede lid, van het Bkl voor op welke wijze bbt dient te worden vastgesteld.⁴⁰ Daarnaast kan er discussie bestaan over de vraag of er bbt-documenten van toepassing zijn, en zo ja, over de interpretatie daarvan. Kenmerkend voor de toepassing van bbt is namelijk dat deze afhankelijk zijn van de specifieke bedrijfssituatie. Deze interpretatie vereist in veel gevallen de nodige (technische) kennis. Uit de reactie van de besluitgever begrijp ik dat hij het als een voordeel ziet dat de bbt-documenten zijn gebaseerd op de meeste recente technieken en inzichten, zodat

de zorgplicht ook bij veranderende bedrijfsprocessen van toepassing kan zijn. Dit is mogelijk een voordeel. Het betekent echter niet dat zonder aan een besluit tot handhaving voorafgaande specificering⁴¹ duidelijk is wat in een bepaald geval onder bbt moet worden verstaan.

Ik wijs er verder op dat in een aantal consultatiereacties op het ontwerp voor het Bal is gesteld dat ook de verwijzing in de specifieke zorgplicht naar het begrip significante milieuverontreiniging⁴² onduidelijk is omdat er discussie mogelijk is over wat hieronder moet worden verstaan.⁴³ De regering heeft in het verslag over de resultaten van de consultatie toegelicht dat zij het niet wenselijk acht om deze verwijzing te schrappen.⁴⁴ Door het opnemen van dit begrip is de specifieke zorgplicht volgens haar juist verduidelijkt. De regering wijst er daarbij op dat de omschrijving van het begrip significante milieuverontreiniging onderdeel uitmaakt van het Bkl, waar het Bal naar verwijst. Ik merk hierover op dat ook het Bkl geen definitie bevat van het begrip significant. In de nota van toelichting bij het Bkl staat dat het begrip significante milieuverontreiniging is overgenomen uit de richtlijn industriële emissies.⁴⁵ De richtlijn en de Omgevingswet geven geen nadere invulling aan dit begrip, het bevoegd gezag moet per geval beoordelen of sprake is van significante milieuverontreiniging, waarbij met alle relevante feiten en omstandigheden rekening moet worden gehouden.⁴⁶ Uit het voorgaande leid ik af dat in veel gevallen niet zonder meer duidelijk zal zijn wat onder significante milieuverontreiniging moet worden verstaan.

4.2.2 Bestuursrechtelijke handhaafbaarheid van de specifieke zorgplicht

Uit de nota van toelichting bij het Bal wordt niet zonder meer duidelijk wanneer de besluitgever ervan uitgaat dat directe bestuursrechtelijke handhaving van de specifieke zorgplichten mogelijk is. In de nota van toelichting staat enerzijds dat nadere concretisering van de specifieke zorgplicht door middel van maatwerkvoorschriften slechts nodig is indien de nadelige gevolgen van een activiteit redelijkerwijs niet zijn te voorzien voor degene die deze verricht.⁴⁷ Anderzijds staat in de nota van toelichting dat directe handhaving op basis van de specifieke zorgplicht voor de hand ligt bij evidente overtredingen.⁴⁸ Daarvan is, aldus de nota, sprake in situaties waarin het handelen of nalaten van degene die de activiteit verricht onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht.

38 Zie de website <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl>, onder 'Milieubelastende activiteit: Dit verandert er'.

39 Artikel 8.10, eerste lid, van het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) verwijst voor het bepalen van bbt naar de bbt-conclusies en informatiedocumenten.

40 De wijze waarop bbt wordt vastgesteld indien geen bbt-document van toepassing is, staat in het huidige stelsel in artikel 5.4 van het Besluit omgevingsrecht.

41 Deze voorafgaande precisering kan bijvoorbeeld door een mededeling of het stellen van een maatwerkvoorschrift, zie paragraaf 4.2.4 van dit artikel.

42 Het begrip significante milieuverontreiniging staat in artikel 2.11, tweede lid, onder d, van het Bal.

43 Zie bijvoorbeeld de consultatiereactie van FME, werkgeversorganisatie voor de technologische industrie, van 7 september 2016 (deze is te vinden op www.internetconsultatie.nl).

44 Dit verslag is te vinden op www.internetconsultatie.nl.

45 Stb. 2018, 292, p. 432.

46 Dit blijkt ook uit artikel 8.9, derde lid, van het Bkl waarin staat dat bij het bepalen of sprake is van significante milieuverontreiniging in ieder geval rekening moet worden gehouden met onder meer het omgevingsplan.

47 NvT Bal, p. 519.

48 NvT Bal, p. 526.

In het nader rapport stelt de besluitgever dat over de duidelijkheid van de verplichting die uit een specifieke zorgplicht voortvloeit geen twijfel kan bestaan.⁴⁹ Degene die een activiteit verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor specifiek bedoelde belangen, is verplicht deze nadelige gevolgen te voorkomen of te beperken. Als er geen maatregelen worden genomen, kan er bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. De website <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl> suggereert dat directe bestuursrechtelijke handhaving op basis van de specifieke zorgplicht mogelijk is als degene die een activiteit verricht redelijkerwijs kon vermoeden dat de overtreding nadelige gevolgen zou hebben.⁵⁰ In de in paragraaf 2 genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 10 augustus 2011 is echter als uitgangspunt geformuleerd dat, indien niet in alle gevallen een eenduidig antwoord bestaat op de vraag waartoe een zorgplicht in een concreet geval verplicht, bestuursrechtelijke handhaving op basis van die zorgplicht slechts mogelijk is als de drijver van de inrichting onmiskenbaar in strijd met die zorgplicht handelt. Ik zie geen aanleiding te veronderstellen dat de Afdeling bestuursrechtspraak dit uitgangspunt, dat verband houdt met het beginsel van rechtszekerheid, zal verlaten bij geschillen die betrekking hebben op de specifieke zorgplicht. In paragraaf 4.2.1 heb ik uiteengezet dat de specifieke zorgplichtbepaling uit artikel 2.11 van het Bal diverse vage termen en niet zonder meer eenduidige begrippen bevat. Het gaat bijvoorbeeld om de termen passend, geschikt en redelijkerwijs en de begrippen “beste beschikbare technieken” en “significante verontreiniging”. Het lijkt mij, gelet daarop, geen realistische verwachting dat de specifieke zorgplicht in veel gevallen zonder voorafgaande verduidelijking handhaafbaar zal zijn.

In de nota van toelichting bij het Bal is aangegeven dat de specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten ten opzichte van het huidige recht met name de zogenoemde good housekeeping-maatregelen vervangt.⁵¹ Het is niet wenselijk om regels uit te schrijven die evident zijn. Als voorbeeld wordt in het nader rapport genoemd dat in de Activiteitenregeling milieubeheer 54 keer de regel voorkomt dat een luchtfilter moet worden schoongemaakt en vervangen als dat voor de goede werking nodig is.⁵² Ik vind het, gelet op het streven naar deregulering, een juist uitgangspunt dat de besluitgever streeft naar minder regels.

Ik denk dat good housekeeping-maatregelen, die doorgaans in de rede liggen en de geadresseerde meerdere alternatieven laten om aan de voorgeschreven maatregelen te voldoen, zich in beginsel lenen voor regulering door middel van een zorgplicht.⁵³ Het hangt daarbij wel van de evidentie van de te treffen maatregel af of de (specifieke) zorgplicht ook direct handhaafbaar is. In de nota van toelichting wordt een aantal voorbeelden van good housekeeping-maatregelen genoemd die de besluitgever als vanzelfsprekend beschouwt.⁵⁴ Genoemd wordt onder meer de verplichting om, bij het risico van lekken of morsen van vloeistoffen, voldoende absorptiemiddelen voorhanden te hebben. Het handelen in strijd met een dergelijke verplichting is naar mijn idee niet aan te merken als onmiskenbaar handelen in strijd met de zorgplicht. De verplichting om het lekken en morsen van schadelijke vloeistoffen te voorkomen vind ik evident, maar dat deze verplichting er ook toe strekt dat als voorzorgsmaatregel voldoende adsorberende stoffen voorhanden moeten worden gehouden, is naar mijn idee niet evident. Indien het bevoegd gezag tegen het niet naleven van deze maatregel handhavend wil optreden, zal het de zorgplicht dus eerst moeten verduidelijken.⁵⁵

4.2.3 *Strafrechtelijke handhaafbaarheid van de specifieke zorgplicht*

Overtreding van de specifieke zorgplichten uit het Bal zal via de Wed strafbaar worden gesteld. De Afdeling advisering geeft in haar advies over het ontwerp voor het Bal aan dat, nu de specifieke zorgplichten uit het Bal ook strafrechtelijk handhaafbaar zijn, de vraag rijst hoe deze zorgplichten, gelet op de vage termen, zich verhouden tot het lex certa-beginsel.⁵⁶ Dit beginsel vloeit voort uit het in artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht gecodificeerde legaliteitsbeginsel. Het houdt in dat geen feit strafbaar is zonder voorafgaande strafbepaling. De strafrechtelijke handhaving van zorgplichten is weliswaar niet nieuw, maar de zorgplichten krijgen onder het Bal een grotere betekenis dan ze nu hebben. Meer concrete voorschriften worden vervangen door zorgplichtbepalingen. Daarmee wordt de spanning met het lex certa-beginsel pregnanter, aldus de Afdeling advisering.

Aangezien de specifieke zorgplicht de basisnorm is, is het volgens het nader rapport vanzelfsprekend dat ook een specifieke zorgplicht strafrechtelijk handhaafbaar is.⁵⁷ Verder wijst de besluitgever erop dat de specifieke zorgplicht bij milieubelastende activiteiten ten opzichte van het huidige recht met name de zogenoemde good house-

49 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112, p. 77-78.

50 Zie de genoemde website onder 'Inhoud specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten' en het kopje 'Redelijkerwijs kan vermoeden'. Ook bij de workshop over de 'Specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten' op de door het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en het Programma aan de slag met de Omgevingswet georganiseerde Schakeldag van 25 juni 2019 werd door de spreker, adviseur bij kenniscentrum Infomil, gesteld dat directe bestuursrechtelijke handhaving vanwege overtreding van artikel 2.11 van het Bal mogelijk is indien degene die de milieubelastende activiteit verricht weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen heeft voor het milieu. Zie voor de bij deze workshop gegeven presentatie: [schakeldagen.nl/overzicht/presentaties-0/](https://www.schakeldagen.nl/overzicht/presentaties-0/).

51 NVT Bal, p. 770.

52 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112, p. 50.

53 In het rapport 'Ruimte voor zorgplichten', zie noot 11, wordt onder zorgplicht verstaan een gedragsnorm die zodanig algemeen geformuleerd is dat voor de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan. Ik leid daaruit af dat bij een maatregel die op basis van de zorgplicht wordt voorgeschreven aan de geadresseerde de keuze moet worden gelaten hoe hij aan die (concreet te omschrijven) maatregel voldoet.

54 NVT Bal, p. 770.

55 In paragraaf 4.2.4 ga ik hier nader op in.

56 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112, p. 36.

57 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 112, p. 78.

keeping-maatregelen vervangt, het gaat dus niet om essentiële bbt-maatregelen of doelvoorschriften. Voor de initiatiefnemer is zonder meer duidelijk dat deze maatregelen genomen moeten worden, of ze nu zijn uitgeschreven of niet. Er is daarom geen pregnante spanning met het *lex certa*-beginsel.

In de nota van toelichting bij het Bal wordt erop gewezen dat de strafrechtelijke handhaving van de zorgplicht niet nieuw is: ook in het huidige recht was dit al het geval bij zorgplichten zoals artikel 13 van de Wbb en artikel 2.1 van het Activiteitenbesluit.

In paragraaf 4.2.1 is uiteengezet dat de specifieke zorgplichtbepaling uit artikel 2.11 van het Bal diverse vage termen en niet zonder meer eenduidige begrippen bevat. Indien de verplichting die uit een zorgplichtbepaling voortvloeit niet zonder meer duidelijk is, is strafrechtelijke handhaving niet mogelijk. De door de besluitgever genoemde goed housekeeping-maatregelen zullen, naar hij terecht stelt, doorgaans wel strafrechtelijk handhaafbaar zijn.

Dat, zoals de besluitgever aangeeft, ook de bestaande zorgplichten uit artikel 13 van de Wbb en artikel 2.1 van het Activiteitenbesluit al strafrechtelijk handhaafbaar zijn, zegt niet zo veel over de rechtszekerheid ten aanzien van de strafrechtelijke handhaafbaarheid van de specifieke zorgplichten uit het Bal. De zorgplichtbepaling uit artikel 13 van de Wbb is niet goed vergelijkbaar met de specifieke zorgplichten uit het Bal omdat deze alleen ziet op een aantal specifieke, in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb omschreven, handelingen ten aanzien van de bodem, zoals het brengen van stoffen in de bodem. De zorgplichtbepaling uit artikel 13 van de Wbb is hierdoor concreter dan de nieuwe specifieke zorgplichtbepaling voor de milieubelastende activiteit, die op alle denkbare handelingen ziet. Strafrechtelijke handhaving op basis van de zorgplicht uit artikel 2.1 van het Activiteitenbesluit komt in de praktijk niet of nauwelijks voor.

Het in zijn algemeenheid strafbaar stellen van het overtreden van een zorgplichtbepaling, die in veel gevallen nog nader moet worden ingevuld, leidt tot rechtsonzekerheid. Dit neemt niet weg dat het in bepaalde gevallen, zoals bij de door de besluitgever genoemde goed housekeeping-maatregelen, wel voordelen heeft dat de specifieke zorgplicht ook strafrechtelijk handhaafbaar is. Dat tegen bepaalde evidente overtredingen niet alleen bestuursrechtelijk maar ook strafrechtelijk kan worden opgetreden lijkt mij niet onwenselijk, omdat daar een grotere afschrikwekkende werking van uitgaat.

4.2.4 *Het verduidelijken van de specifieke zorgplicht door een mededeling of het stellen van een maatwerkvoorschrift*

In de nota van toelichting bij het Bal wordt erop gewezen dat het bevoegd gezag, naast het stellen van maatwerkvoorschriften, ook de mogelijkheid heeft om een specifieke zorgplicht door middel van een mondelinge of schriftelijke

mededeling te verduidelijken.⁵⁸ De nota van toelichting gaat ervan uit dat een dergelijke mededeling niet is aan te merken als een besluit.

Dit lijkt mij in beginsel juist. Een mededeling over hoe de zorgplicht wordt uitgelegd is naar mijn idee aan te merken als een bestuurlijk rechtsoordeel. Een dergelijk oordeel is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak niet aan te merken als een besluit omdat het rechtsgevolg ervan rechtstreeks voortvloeit uit de wet en niet uit het oordeel van het bestuur.⁵⁹ Op deze regel wordt, om reden van rechtsbescherming, een uitzondering gemaakt indien de alternatieve weg om over het bestuurlijk rechtsoordeel een rechterlijke uitspraak te krijgen onevenredig bezwarend wordt geacht. Het feit dat een geschil over de interpretatie pas aan de orde kan komen als het komt tot een handhavingsbesluit acht de Afdeling bestuursrechtspraak echter niet onevenredig bezwarend.⁶⁰ In de praktijk betekent dit, gelet op het procederen in twee instanties, dat het geruime tijd kan duren voor er duidelijkheid is over de juistheid van de uitleg die het bevoegd gezag aan een zorgplichtbepaling geeft.

Het lijkt mij echter aannemelijk en ook wenselijk dat er, indien niet zonder meer duidelijk is waartoe de specifieke zorgplicht in een bepaalde situatie verplicht, in veel gevallen voor zal worden gekozen om een maatwerkvoorschrift te stellen. De procedure over een maatwerkvoorschrift biedt, zoals ook in de nota van toelichting wordt opgemerkt, het bevoegd gezag en degene die de activiteit verricht de ruimte om een constructieve discussie te voeren over de noodzaak van bepaalde maatregelen ter invulling van de zorgplicht, die niet wordt overschaduwed door de dreiging van een sanctie of kostenverhaal.⁶¹ Het stellen van maatwerkvoorschriften komt tegemoet aan de vermindering van de rechtszekerheid die door de beoogde deregulering ontstaat.⁶² Het bevreedt mij daarom dat in de nota van toelichting juist staat dat het niet de bedoeling is dat maatwerkvoorschriften op grotere schaal dan voorheen worden ingezet.⁶³ De besluitgever verwacht zelfs dat het aantal maatwerkvoorschriften zal verminderen. Als reden wordt genoemd dat maatwerk in het huidige stelsel vaak betrekking heeft op immissieregels, en dergelijke regels onder de Omgevingswet meer via het omgevingsplan worden

⁵⁸ NvT Bal, p. 526.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld de uitspraken van 24 maart 2004 (ECLI:NL:RVS:2004:AO6114) en 8 juli 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ1862).

⁶⁰ Zie de in noot 59 genoemde uitspraken en vergelijk ook de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal over de waarschuwing van 24 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:249). Een waarschuwing wordt voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk gesteld indien het bestuursorgaan een wettelijke norm, waarvan de inhoud op grond van de wet en de rechtspraak nog niet kan worden vastgesteld, heeft geconcretiseerd en deze concretisering alleen in rechte aan de orde kan worden gesteld door het riskeren van een bestraffende bestuurlijke sanctie.

⁶¹ NvT Bal, p. 707.

⁶² Zie K. Rahimian & A. Collington, 'Milieuschade: voorkomen en betalen', *Tijdschrift aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht in de praktijk* 2018/162, p. 46. Zij wijzen erop dat de uitbreiding van het bereik van de zorgplichten betekent dat een betrokkene die zich strikt aan de wet- en regelgeving en de vergunningvoorschriften houdt desondanks bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving riskeert en mogelijk ook civiele aansprakelijkstelling voor zijn activiteiten.

⁶³ NvT Bal, p. 536-537.

gesteld. Dat immissieregels onder de Omgevingswet met name in het omgevingsplan worden gesteld, betekent volgens mij niet dat het gebruik van maatwerkvoorschriften zal verminderen. Ook in een omgevingsplan kan namelijk een specifieke zorgplichtbepaling worden opgenomen en kunnen onderwerpen worden aangewezen waarvoor het bevoegd gezag maatwerkvoorschriften kan stellen.⁶⁴

4.2.5 *De zorgplicht als vangnet bij nieuwe of gewijzigde activiteiten*

Volgens de nota van toelichting bij het Bal kunnen specifieke zorgplichten een rol spelen bij nieuwe activiteiten of het op een andere manier dan gebruikelijk verrichten van de bestaande activiteiten.⁶⁵

Een vergunning kan, omdat ervoor is gekozen dat de specifieke zorgplicht ook naast een vergunning geldt, tot hoofdzaken worden beperkt.⁶⁶ Dit betekent, aldus de nota van toelichting, minder regels en minder wijzigingsprocedures. Naar mijn idee gaat de besluitgever er hiermee aan voorbij dat artikel 5.38, eerste lid, van de Omgevingswet bepaalt dat het bevoegd gezag regelmatig dient te bezien of een vergunning, gezien de ontwikkelingen van de technische mogelijkheden tot het beschermen van het milieu en de ontwikkelingen met betrekking tot de kwaliteit van het milieu, moet worden geactualiseerd. Als dat het geval is, schrijft artikel 8.99, eerste lid, van het Bkl voor dat het bevoegd gezag de vergunning wijzigt.

Het lijkt mij, buiten het feit dat de Omgevingswet dit voorschrijft, ook uit een oogpunt van rechtszekerheid wenselijk dat het bevoegd gezag in geval van nieuwe ontwikkelingen een vergunning actualiseert. In dit verband wijs ik op de in noot 13 genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 31 augustus 2005. Daarin wordt overwogen dat een schending van de zorgplicht niet aan de orde is aangezien het systeem van de Wm in een dergelijk geval voorziet in de mogelijkheid om de vergunning te actualiseren.

Dit neemt niet weg dat de zorgplichtbepaling bij nieuwe onvoorziene activiteiten of technieken een (tijdelijke) vangnetfunctie kan hebben.

5. Conclusie

Uit de memorie van toelichting maak ik op dat de wetgever zich realiseert dat de algemene zorgplicht uit de artikelen 1.6 en 1.7 van de Omgevingswet in de praktijk slechts een beperkte functie zal vervullen. De mogelijkheid om op grond van de algemene zorgplicht direct handhavend op te treden, zal zeer beperkt zijn. Ik wil benadrukken dat er desondanks, zoals ik in paragraaf 4.1 heb toegelicht, goede redenen zijn om de algemene zorgplicht in de Omgevingswet op te nemen.

De specifieke zorgplicht voor de milieubelastende activiteit uit artikel 2.11 van het Bal zal, anders dan de bestaande zorgplicht uit het Activiteitenbesluit, gelden naast de bepalingen uit het Bal en de eventuele voorschriften uit een vergunning. Volgens de besluitgever is de specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten verduidelijkt ten opzichte van het huidige recht door een toevoeging van een opsomming van wat er in ieder geval onder die zorgplicht wordt verstaan. In paragraaf 4.2.1 heb ik, aan de hand van het advies van de Afdeling advisering over het Bal, uiteengezet dat de specifieke zorgplicht voor de milieubelastende activiteit nog steeds veel vage termen en niet zonder meer eenduidige begrippen omvat. Dit betekent dat directe bestuursrechtelijke handhaving op basis van de specifieke zorgplichtbepaling voor de milieubelastende activiteit ook onder de Omgevingswet slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk zal zijn. Mijn indruk is dat de besluitgever de mogelijkheden van directe bestuursrechtelijke handhaving op basis van de specifieke zorgplicht overschat.

Om de betekenis van een zorgplichtbepaling in een concreet geval te verduidelijken, kan het bevoegd gezag een specifieke zorgplicht specificeren door middel van een schriftelijke mededeling of een maatwerkvoorschrift. De besluitgever gaat er naar mijn idee terecht van uit dat een mededeling die de zorgplicht verduidelijkt in principe niet is aan te merken als een besluit. Het verdient, uit het oogpunt van rechtszekerheid voor partijen, de voorkeur dat het bevoegd gezag in geval van onduidelijkheid of discussie over de invulling van een zorgplichtbepaling in een concreet geval maatwerkvoorschriften stelt.

Aangezien het de bedoeling is dat de specifieke zorgplicht een groot aantal nu nog bestaande algemene regels vervangt, is het te verwachten dat het bevoegd gezag onder de Omgevingswet vaker van maatwerkvoorschriften gebruik zal maken. Het bevreemdt mij dan ook dat de besluitgever juist aangeeft dat het niet de bedoeling is dat maatwerkvoorschriften op grotere schaal dan voorheen worden ingezet en dat hij verwacht dat het aantal geschillen over de omvang van de zorgplicht in het nieuwe stelsel van het omgevingsrecht niet zal toenemen.

Dat naleving van de specifieke zorgplicht ook strafrechtelijk handhaafbaar wordt gemaakt, leidt tot spanning met het *lex certa*-beginsel en minder rechtszekerheid. Het is voorstelbaar dat de besluitgever het wenselijk acht dat het naleven van bepaalde eenduidige maatregelen (zoals bepaalde *good housekeeping*-maatregelen) ook strafrechtelijk handhaafbaar is. Het is echter de vraag of dit een voldoende argument is om iedere overtreding van een specifieke zorgplicht ook strafrechtelijk handhaafbaar te maken.

In paragraaf 4.2.5 heb ik toegelicht dat de besluitgever bij nieuwe en gewijzigde situaties uitgaat van een grote rol voor de specifieke zorgplicht. Naar mijn idee is in dergelijke gevallen in de eerste plaats de actualisatieplicht aan de orde.

64 NvT Bal, p. 488, 508 en 518-527. In artikel 2.3.1.4 van de bruidsschat, die op het moment van inwerkingtreding van de Omgevingswet deel gaat uitmaken van het (tijdelijk deel van het) omgevingsplan, is een specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten opgenomen (zie het Ontwerp Invoeringsbesluit Omgevingswet, bijlage bij *Kamerstukken I* 2018/19, 34986, D).

65 NvT Bal, p. 518.

66 NvT Bal, p. 527.