

# Artikel

## Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst?

'Een goed gekozen zorgplicht leidt tot wetgeving die aanmerkelijk bestendiger is dan gedetailleerde regels ...'

Prof. dr. F.P.C.L. (Frans) Tonnaer\*

88

1

### 1 Inleiding

De Omgevingswet (Ow)<sup>2</sup> c.a. heeft als voornaamste doel te komen tot verbetering en vereenvoudiging van het grote aantal regelingen in het fysieke domein. Ze vormt echter tevens als instrument van vernieuwing, zoals ik in mijn Heerlense oratie heb aangegeven, een mer à boire van onderwerpen die de moeite waard zijn te onderzoeken en erover te publiceren.<sup>3</sup> In de Omgevingswet en de bijbehorende aanvullings-, invoerings- en uitvoeringsregelingen wordt de nodige aandacht besteed aan zorgplichten. Dit instrument mag zich, vooral vanwege de mogelijkheid van normstelling die zich leent voor flexibele toepassing, in een toenemende belangstelling van de wettenmakers en de uitvoeringspraktijk verheugen. In de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit

wijst de regering erop dat zorgplichten ook in decentrale regels (omgevingsplan, waterschapsverordening, provinciale omgevingsverordening) kunnen worden opgenomen.<sup>4</sup> Het gebruik van zorgplichten in de regelgeving legt een zwaarder accent op de individuele verantwoordelijkheid en kan aldus een betere balans bevorderen tussen de individuele en collectieve verantwoordelijkheid, waar tot nog toe het zwaartepunt lag in het omgevingsrecht en -beleid. Dat gebruik kan leiden tot vermindering van regeldruk, waaraan behoefte bestaat na de vooral in de sociale en fysieke ordeningswetgeving in de afgelopen jaren ontwikkelde gedetailleerde regelgeving die het gevolg is van de roep naar rechtszekerheid. Een rechtszekerheid die overigens vaak schijnzekerheid is. Denk aan het bij vergunning met open toetsingskader afwijken van stringente bestemmingsplanvoorschriften. Tevens kan van het gebruik van zorgplichten een vernieuwend effect uitgaan op de aanpak van de reguleringsproblematiek. Reden genoeg om er in deze bijdrage bij stil te staan.

In de Omgevingswet worden de bepalingen over zorgplichten uit de verschillende sectorale wetten kort samengevat op een prominente plaats in één algemeen artikel verwoord: 'Een ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving' (art. 1.6). De vraag is wat het nut of de noodzaak is van het opnemen in de wet van zo'n brede en vage algemene bepaling. Deze bepaling

\* Prof. dr. F.P.C.L. Tonnaer is emeritus hoogleraar Omgevingsrecht. De auteur dankt mr. Yuval Schönfeld voor zijn assistentie bij de voorbereiding van dit artikel.

1. Uit: Ruimte voor zorgplichten, rapport van de Werkgroep Zorgplichten, Ministerie van Justitie, juli 2004.
2. Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), Stb. 2016, 156.
3. F.P.C.L. Tonnaer, Quo vadis? Over vertrouwen in het omgevingsrecht, Amsterdam/Heerlen: Berghauser Pont Publishing/Open Universiteit 2011, p. 164-165.

4. NvT bij besluit van 3 juli 2018, houdende procedurele regels en regels over algemene onderwerpen over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingsbesluit), Stb. 2018, 290, p. 96.

wordt gevolgd door een uitgebreidere algemene zorgplicht (in art. 1.7), die ik hierna, tegen de achtergrond van het voorzorgsbeginsel, als *voorzorgplicht* zal aanduiden en die in het kort neerkomt op ‘bij twijfel niet doen’.<sup>5</sup> Andere bepalingen van afdeling 1.3 ‘Zorg voor de fysieke leefomgeving’ betreffen een bij de Invoeringswet Omgevingswet nog in te voegen verbod om activiteiten te verrichten met aanzienlijke negatieve gevolgen voor het leefmilieu (art. 1.7a) en een eerder opgenomen bepaling waarbij afbreuk wordt gedaan aan veel van het voorgaande door de wettelijke algemene (voor)zorgplichten en art. 1.7a buiten werking te stellen als aan specifieke regels wordt voldaan (art. 1.8).

Wordt hier gesproken van *algemene* zorgplichten, in de uitvoeringsregelingen treffen we diverse zorgplichtbepalingen aan met *specifieke* zorgplichten, alsook gedragsnormen die ik zal kwalificeren als (specifieke) *voorzorg*-plichten. Dergelijke specifieke (voor)zorgplichten houden het midden tussen de abstracte algemene zorgplichten en de concrete specifieke regels. Alleen al dit onderdeel van de wet en de daarmee verband houdende uitvoeringsregelingen bieden voldoende stof voor een uitvoerige behandeling. Ik zal hier echter volstaan met de aandacht te vestigen op enkele belangrijke aspecten, zoals handhaafbaarheid en toepasbaarheid van het instrument van de zorgplicht in de verschillende gedaanten onder de komende wet. Maar eerst sta ik kort stil bij de bestaande zorgplichten in de (nog) geldende wetten en een enkele uitvoeringsregeling. Omdat de handhaving van de zorgplichten in het nieuwe stelsel een belangrijk issue is, wordt eerst ingegaan op de handhavingproblematiek van zorgplichten in het huidige recht. Het zwaartepunt in deze bijdrage ligt bij de beschrijving van de zorgplichten in de Omgevingswet en in twee van de vier uitvoerings-AMvB’s. Het verschil tussen de algemene en de specifieke zorgplichten wordt behandeld en ook wordt ingegaan op het onderscheid tussen zorgplichten en voorzorgplichten. Aan de hand van deze onderscheidingen worden de zorgplichten uit de wet en de uitvoerings-AMvB’s ten tonele gevoerd. Aandacht wordt besteed aan de toepasbaarheid van de zorgplichten naast of bij het ontbreken van concrete voorschriften. In de slotbeschouwing zal ik ingaan op de vraag boven deze bijdrage: vormt de zorgplicht het omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst?

## 2 Zorgplichten in het geldende omgevingsrecht

Zorgplichten zijn in het geldende recht geen nieuwe instrumenten. Ze komen in verschillende soorten en maten op het brede terrein van ons recht voor. Wat te

denken van art. 21 van de Grondwet (Gw), dat de zorg van de overheid vestigt voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu, een zorgplicht die als hoofddoel van de Omgevingswet letterlijk in art. 1.3 is overgenomen. In feite zijn ook alle sociale grondrechten op te vatten als zorgplichten van de overheid. Een zeer algemene ‘particuliere’ zorgplicht is opgenomen in art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW), dat burgers en bedrijven inscherpt zich te onthouden van onbetamelijk maatschappelijk gedrag ten opzichte van anderen. In het commune strafrecht zijn bepalingen opgenomen die als zorgplichten kunnen worden aangemerkt betreffende de kwaliteit van het drinkwater (art. 173 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)), de bodem, de lucht en het oppervlaktewater (art. 173a en 173b Sr).

Maar ook het huidige omgevingsrecht kent diverse zorgplichten. Zo bevatten het bij amendement ingevoerde<sup>6</sup> eerste en tweede lid van art. 1.1a van de Wet milieubeheer (Wm) zorgplichten die model hebben gestaan voor art. 1.6 en 1.7 Ow, zij het dat in het tweede lid niet zover wordt gegaan als in art. 1.7, waar ook de plicht van het achterwege laten van de activiteit wordt genoemd als niet voldoende aan preventie of mitigatie kan worden voldaan. In het derde lid van art. 1.1a Wm wordt bepaald dat de civiele zorgplicht uit het BW en de mogelijkheid van de overheid om als rechtspersoon in dat verband rechtens op te treden daarnaast blijven bestaan. Deze bepaling beoogt duidelijk te maken dat privaatrechtelijke handhaving van de zorgplicht niet zou moeten stranden op de doorkruisingsleer.<sup>7</sup> In art. 10.1 Wm is een soortgelijke zorgplicht opgenomen voor handelingen met betrekking tot afvalstoffen die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben.

Art. 2.1 van het Activiteitenbesluit milieubeheer bevat in het eerste lid een soort van specifieke voorzorgplicht voor de drijver van een inrichting die in grote lijnen overeenkomt met de zorgplicht van de Wm. Daarbij worden echter, anders dan art. 1.1a Wm, in het tweede lid tal van vooral doelgerichte maatregelen opgesomd die genomen moeten worden ter voorkoming van milieuschade, die deze zorgplicht specifiek maken. Ingevolge het eerste lid van art. 2.7a van het Activiteitenbesluit moet, als bij een activiteit emissies naar de lucht plaatsvinden, geurhinder op geurgevoelige objecten worden voorkomen en als dat niet mogelijk is tot een aanvaardbaar niveau worden beperkt. Art. 13 van de Wet bodembescherming (Wbb) bevat de plicht voor iedereen die op of in de bodem in de wet aangegeven en bij AMvB gespecificeerde handelingen verricht, en weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat daardoor de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, alle maatregelen te nemen om de verontreiniging te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. Bij een ongewoon voorval worden deze maatregelen ‘onverwijld’ genomen.

5. Zie over dat beginsel: Bij twijfel (niet) doen? Over de invulling van het voorzorgsbeginsel en het omgaan met onzekerheden. Verslag 105de ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 29 oktober 2009 (VMR 2009-3), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

6. Kamerstukken II 1992/93, 21 246, nr. 26, p. 1-2.

7. Daarover G.A. van der Veen, De Omgevingswet en het privaatrecht, TO 2017, afl. 2, p. 93-94.

Ingevolge art. 1a van de Woningwet draagt de eigenaar of andere bevoegde ten aanzien van een bouwwerk, open erf of terrein er zorg voor dat door de staat of het gebruik van deze zaken (of slopen van een bouwwerk) geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat. In art. 7.22 van het Bouwbesluit 2012 is bepaald dat het, onverminderd het bepaalde in dat Besluit of in de Wm, verboden is om kort gezegd in, op of aan een bouwwerk of op een open erf voorwerpen te hebben of handelingen te verrichten die voor de gebruikers van het gebouw of voor de omgeving gevaar, schade of hinder veroorzaken.

In art. 6.8 van de Waterwet valt te lezen dat ieder die handelingen verricht of nalaat waardoor de bodem of de oever van een oppervlaktewaterlichaam kan worden verontreinigd of aangetast, maatregelen moet nemen om dit te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. Ook hier moeten deze maatregelen bij een ongewoon voorval onverwijld worden genomen. Zo zijn, of waren, in het huidige en het oude omgevingsrecht nog tal van andere zorgplichten opgenomen.<sup>8</sup>

### 3 Handhaving van zorgplichten in het huidige omgevingsrecht

De handhaving van omgevingsrechtelijke zorgplichtbepalingen kan via diverse sporen plaatsvinden. In de meeste gevallen kunnen bestuursorganen op basis van de specifieke wet, de organieke wetgeving en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) tegen overtredingen optreden met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom, terwijl bovendien in sommige gevallen een bestuurlijke boete opgelegd kan worden. Als de overtreding van een zorgplicht is aangemerkt als een strafbaar feit (via opneming in art. 1a van de Wet op de economische delicten (WED)) kan daartegen strafrechtelijk worden opgetreden. Daarnaast kan het bestuur in principe civielrechtelijk optreden via een verbods- of bevelsactie, al bestaat daarvoor, gelet op de doorkruisingsleer van de Hoge Raad, naast de bestuursrechtelijke bevoegdheden weinig ruimte.<sup>9</sup> Ten slotte kunnen ook burgers en privaatrechtelijke organisaties bij de civiele rechter op basis van art. 6:162 BW een schadevordering indienen bij niet-naleving door particulieren van de zorgplicht. Uit de Urgenda-zaak bleek dat particuliere organisaties ook de Staat civielrechtelijk kunnen aanspreken om de naleving van zorgplichten af

8. Zie bijv. art. 1.11 Wet natuurbescherming, art. 5 Besluit risico's zware ongevallen, art. 1.3 Wet Luchtvaart, art. 33 Mijnbouwwet, art. 2 Wet milieugevaarlijke stoffen (vervallen) en art. 13 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (vervallen).
9. Zie HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1107, AB 1994/1 m.nt. G.A. van der Veen (Staat/Magnus).
10. Zie uitspraak Hof Den Haag 19 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda). Het betrof de naleving van de zorgplicht van art. 21 Gw en de uit art. 2 en 8 EVRM voortvloeiende zorgplichten.

te dwingen.<sup>10</sup> Ik geef hierna slechts een globale indruk aan de hand van enkele tamelijk recente uitspraken.

In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de bestuursrechter zich terughoudend opstelt ten aanzien van de handhaving van omgevingsrechtelijke zorgplichten. Zo bepaalde de Afdeling bestuursrecht dat alleen bij *ernstige gevolgen of acute dreiging* in beginsel sprake kon zijn van een overtreding die met art. 1.1a Wm kon worden aangepakt, tenminste als de wet er niet op een andere wijze in voorzag om die gevolgen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken.<sup>11</sup> Dat artikel kon niet worden ingezet tegen de onwetende eigenaar van een perceel om door derden gedumpt drugsafval te doen verwijderen.<sup>12</sup> Een beroep op die zorgplicht ging ook niet op bij overlast door trillingen als gevolg van vrachtverkeer van en naar de inrichting.<sup>13</sup> Ook de zorgplicht van art. 2.1 van het Activiteitenbesluit blijkt moeilijk bestuursrechtelijk handhaafbaar. Twee belangrijke criteria werden daarbij door de bestuursrechter gehanteerd. Handhaving kan alleen aan de orde zijn indien en voor zover de toepasselijke voorschriften uit het Besluit *niet uitputtend* zijn,<sup>14</sup> en – nog belangrijker – er moest sprake zijn van een *onmiskenbare overtreding* van de zorgplicht.<sup>15</sup> Van belang daarbij was wel dat deze bepaling ook strafrechtelijk gehandhaafd kon worden.<sup>16</sup>

Art. 13 Wbb leent zich kennelijk gemakkelijker voor handhaving. Dat is mogelijk het geval omdat voor 'nieuwe gevallen' van bodemverontreiniging (ontstaan na 1 januari 1987) geen wettelijke saneringsregeling (meer) geldt en deze in alle gevallen met behulp van art. 13 moeten worden aangepakt.<sup>17</sup> Daarbij speelt waarschijnlijk de mogelijkheid van een strafrechtelijke handhaving van ook deze bepaling een rol. Het 'enkele feit' dat de betrokkene eigenaar was van het perceel en dat de stoffen met zijn medeweten toerekenbaar waren opgebracht, was voldoende om hem met een beroep op art. 13 Wbb aan te schrijven om de verontreiniging te verwijderen. De Afdeling achtte het niet nodig te onderzoeken of de eigenaar wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat de opgebrachte stoffen tot de verontreiniging leidden.<sup>18</sup> Deze bepaling kan niet alleen worden ingezet tegen de directe veroorzaker van een bodemverontreiniging, maar ook tegen de vergunninghouder die bevoegd en in staat

11. ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1568.
12. ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:622, AB 2019/153 m.nt. L.J.A. Damen.
13. ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4048.
14. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2881, M en R 2017/12 m.nt. Claassen-Dale, Gst. 2017/12 m.nt. Van Mill, AB 2017/175 m.nt. Van 't Lam.
15. Over de lozing van ernstig verontreinigd hemelwater: ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, M en R 2012/20 m.nt. Van 't Lam. Zie ook Rechtbank Gelderland over ontbrekende emissiegrenswaarden voor een stookinstallatie voor warmtevoorziening: Rb. Gelderland 1 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4164.
16. ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631.
17. ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9035, M en R 2008/61 m.nt. Van den Broek, AB 2008 m.nt. Michiels (Exploitatie Circuit Park).
18. ABRvS 1 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2962 (Bodemophoping Tytsjerksteradiel).

is een overtreding van de zorgplicht te beëindigen of te voorkomen.<sup>19</sup>

De toepassing van de zorgplichtbepaling uit de Woningwet (art. 1a) komt echter pas aan de orde als er geen bij of krachtens die wet gegeven voorschrift van meer specifieke aard valt aan te wijzen, op basis waarvan in afdoende mate kan worden opgetreden ter voorkoming of beëindiging van het geconstateerde gevaar, zo bleek bij de aanpak van hennepkwekerijen.<sup>20</sup>

Van een door de bestuursrechter gezochte bredere toepassing van een zorgplicht in het omgevingsrecht is echter gebleken uit een uitspraak van de Afdeling in oktober 2018. Het bevoegd gezag mocht een handhavingsverzoek niet afwijzen omdat de inrichting voldeed aan de milieuvorschriften, maar moest onderzoeken of, als er verder geen specifieke bepalingen ter beschikking stonden, art. 7.22 van het Bouwbesluit 2012 een handvat kon bieden voor handhavend optreden tegen de onaanvaardbare geurhinder. Nu het stellen van maatwerkvoorschriften geen vorm van handhavend optreden vormde, bood art. 7.22 volgens de Afdeling wel degelijk een mogelijkheid.<sup>21</sup> Ook van belang is een recente Afdelingsuitspraak waaruit volgt dat het bevoegd gezag niet gehouden is om eerst beleid vast te stellen waarin is bepaald wanneer sprake is van overmatige hinder (van in dat geval houtkachels), voordat handhavend opgetreden zou kunnen worden op grond van art. 7.22.<sup>22</sup> In een ander geval was het college volgens de Afdeling bevoegd om handhavend op te treden en had het zich terecht op het standpunt gesteld dat het gevaar voor de gezondheid en veiligheid en de nadelige gevolgen voor het milieu onder meer op basis van art. 10.1 Wm bestreden konden worden.<sup>23</sup> In een uitspraak van april 2019 wees de Afdeling erop dat het college van B en W bij het bepalen van een aanvaardbaar geurhinderniveau onvoldoende aandacht had besteed aan de mogelijkheid om aanvullende voorschriften aan de milieuvergunning te verbinden. Met verwijzing naar art. 2.7a van het Activiteitenbesluit kwam de Afdeling tot het oordeel dat het college het voor de inrichting geldende aanvaardbare geurhinderniveau niet zorgvuldig had vastgesteld, en concludeerde via die weg tot strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb.<sup>24</sup> Is er hier sprake van de eerste zwaluwen die de lente aankondigen? Het lijkt nog te vroeg om daarvan te kunnen spreken en de basis daarvoor is nog te smal.

Ook wat de strafrechter betreft kan worden gezegd dat deze terughoudend optreedt bij de handhaving van (bestuursrechtelijke) zorgplichten. Het *lex certa*-beginsel

speelt bij het vage karakter van de zorgplichten een belangrijke rol waar het duidelijkheid eist van de overtreden bepalingen. Toch zijn er desalniettemin mogelijkheden. Art. 1a van de Woningwet werd door de Rechtbank Amsterdam niet onverbindend geacht wegens dat beginsel of wegens strijd met art. 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Wel betekende het beginsel een zwaardere toets aan het legaliteitsbeginsel, omdat 'rechtssubjecten van te voren (moeten) weten welke gedragingen strafbaar zijn en zij hun gedrag daarop af kunnen stemmen'.<sup>25</sup> Ook de zorgplicht van art. 5 van het Besluit risico's zware ongevallen 1999 (BRZO 1999) werd als grondslag voor strafrechtelijk optreden geaccepteerd in een tweetal gevallen, waarbij in het ene geval sprake was van het vrijkomen van een grote hoeveelheid methaan<sup>26</sup> en in het andere van het ontsnappen van 22.500 m<sup>3</sup> biogas naar de buitenlucht.<sup>27</sup> Zoals gezegd kan ook art. 13 Wbb strafrechtelijk worden ingezet bij bodemverontreiniging. Het feit dat de projectleider op de hoogte was van de verontreiniging van de bodem met pcb's, die afgevoerd had moeten worden in plaats van voor ophoging te worden gebruikt, was voor de Hoge Raad voldoende om van opzet en dus op grond van het eerste lid van art. 2 WED van een misdrijf te spreken.<sup>28</sup>

## 4 Zorgplichten onder de Omgevingswet en de uitvoerings-AMvB's

### 4.1 Zorgplichten en de Omgevingswet

De zorgplicht speelt een centrale rol bij de realisering van de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet. Deze doelen betreffen zowel het beschermen als het benutten van de fysieke leefomgeving, waarbij duurzame ontwikkeling het verbindende element is (art. 1.3 Ow).<sup>29</sup> De beleidscirkel, die het uitgangspunt vormt bij de opzet en structuur van de wet, draait als het ware om de zorgplichten en het gebruik van de instrumenten uit de wet kan worden gezien als de invulling van de zorgplichten als de kern van het systeem. In figuur 1 wordt dat verbeeld.

De maatschappelijke doelen van de wet, opgenomen in art. 1.3 Ow, geven voor burgers en bedrijven richting aan de zorgplichten. Voor de overheden geven ze richting aan de bevoegdheden die bij of krachtens de Omgevingswet worden uitgeoefend.<sup>30</sup> De zorgplichten behoren tot die bevoegdheden en zij vormen naar hun aard een brede achtergrond bij de uitoefening van meer spe-

19. ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4752 (Olieverontreiniging Tiel).

20. ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3131 (Hennepkwekerij Rotterdam) en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2538 (Hennepkwekerij Rozenburg).

21. ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3493, Gst. 2019/46 m.nt. Armando Snijders (Geuroverlast Grieks restaurant 'Corfu').

22. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2012.

23. ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:905.

24. ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1363.

25. Rb. Amsterdam 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6720.

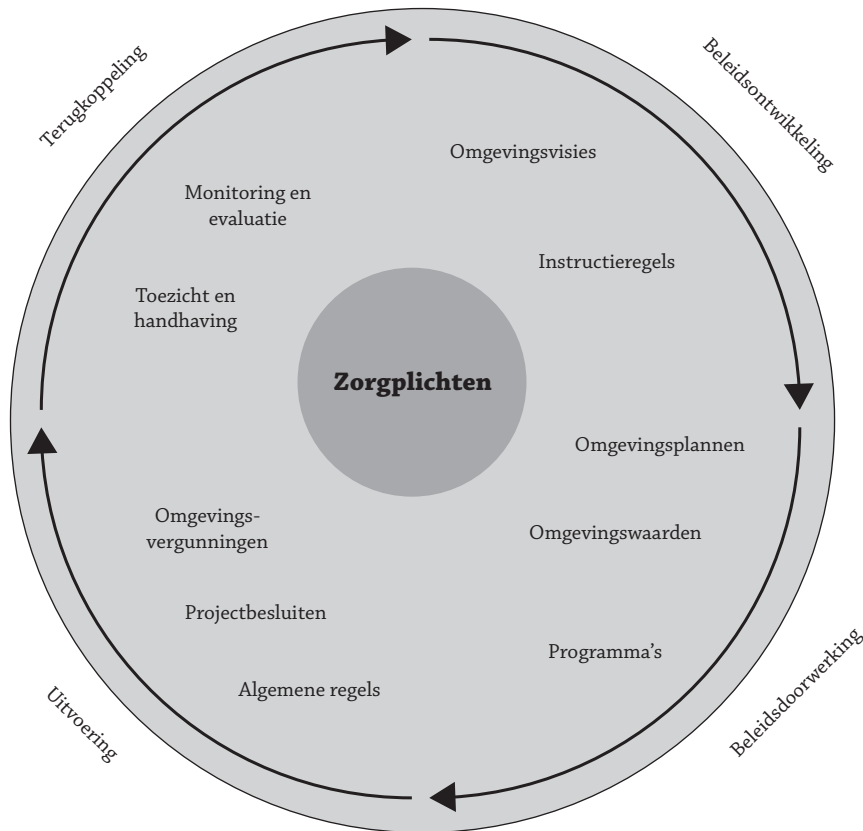
26. Rb. Oost-Brabant 27 juni 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3487.

27. Rb. Oost-Brabant 22 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6679.

28. Zie bijv. HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:240.

29. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 62 (MvT).

30. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 62 (MvT).



92 cifieke bevoegdheden. De volgende functies van zorgplichten kunnen worden onderscheiden:<sup>31</sup>

- bewustmaking van de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven voor openbare belangen (signaleringsfunctie);
- het aldus voorkomen dat het bestuur de wettelijke handavingsinstrumenten moet inzetten (preventieve functie);
- het bieden van een gedragsleidraad bij het ontbreken van (duidelijke) voorschriften (vangnetfunctie);
- het bieden van een maatstaf voor gedragsbeoordeling door het bestuur (beoordelingsfunctie); en
- het bieden van een rechtvaardigingsgrond voor bestuursrechtelijke handhaving bij strijd met de zorgplicht.

Met de zorgplichten wil de wetgever uitdrukken dat de verantwoordelijkheid voor een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit niet een exclusieve taak is voor de overheid. In de opdracht van art. 1.6 Ow om voldoende zorg te hebben voor de fysieke leefomgeving zit zowel een positieve verplichting als een zekere mate van met de eigen verantwoordelijkheid samenhangende vrijheid voor burgers, instellingen en bedrijven die activiteiten (laten) uitvoeren, om te bepalen welke mate van zorg zij voldoende achten. Gedetailleerde regels houden vanwege hun meestal mid-

delgerichte karakter (te) weinig rekening met de maatschappelijke dynamiek, terwijl de overwegend doelgerichte zorgplichten flexibel handelen met vrije keuze voor middelen mogelijk maken. Bij bedrijven kan dit bijvoorbeeld worden ingevuld via milieuzorgsystemen, of breder via maatschappelijk verantwoord ondernemen. Waar gedetailleerde regels vaak ten onrechte de suggestie wekken de materie uitputtend te regelen, en daarmee de eigen verantwoordelijkheid van de normadressaten weg te nemen, verwijzen zorgplichten juist naar die verantwoordelijkheid. Dat geldt overigens ook voor de feitelijk handelende overheid. In de toelichting bij deze artikelen wijst de regering er ‘volledigheidshalve’ nog op dat deze bepalingen de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en ook de mogelijkheden van de overheid om als rechtspersoon met gebruikmaking van het privaatrecht de naleving van rechtsregels te bevorderen onverlet laten.<sup>32</sup> Daar wordt dus aangesloten bij de bepaling van het derde lid van art. 1.1a Wm, waarnaar hiervoor werd verwezen. Deze bepaling is echter niet in art. 1.6 Ow opgenomen. Het zou de duidelijkheid bij de toepassing van dit artikel ten goede zijn gekomen als dat wel was gebeurd. Al geldt de algemene zorgplicht ook voor het feitelijk handelende bestuur, volgens de regering eist de wettelijke zorgplicht geen hogere ambities van het bestuur dan die welke reeds op basis van de bestaande regels gelden.<sup>33</sup> Zij bieden een

31. Zie daarover Ruimte voor zorgplichten 2004, p. 20-21.

32. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 395 (MvT).

33. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 68 (MvT).

gelegenheid tot vermindering van regeldruk, vooral in situaties waar niet alle activiteiten concreet en uitputtend geregeld kunnen worden. Daar staat tegenover dat zorgplichten rechtsonzekerheid kunnen scheppen, waarbij zoals we zagen de handhaafbaarheid door het bestuur problematisch kan zijn vanwege de onduidelijkheid over de inhoud van de te handhaven voorschriften. Ik kom daar hierna nog op terug.

#### 4.2 Algemene en specifieke zorgplichten

In de nieuwe regeling treffen we zowel algemene als specifieke zorgplichten aan. Kenmerkend voor beide is dat ze uitdrukking geven aan de zorg die van betrokkenen wordt verwacht als het gedragingen betreft die nadelig kunnen zijn voor de fysieke leefomgeving. Er is een bewuste keuze gemaakt om de algemene zorgplichten in de wet op te nemen en de specifieke zorgplichten in de uitvoeringsbesluiten.

In art. 1.6 Ow is een zeer breed, maar tevens zeer zwak werkende *algemene* zorgplicht opgenomen waar niet meer wordt gezegd dan dat eenieder ‘voldoende’ zorg draagt voor de fysieke leefomgeving. Het zwakke element in deze bepaling is natuurlijk het woord ‘voldoende’. Zonder verdere invulling heeft deze bepaling niet meer dan een signaalfunctie. Ze heeft slechts een zwakke preventieve functie; ze heeft nauwelijks een vangnetfunctie, want ze biedt geen gedragsleidraad bij het ontbreken van duidelijke voorschriften en het bestuur kan er geen criterium voor de beoordeling van gedragingen of rechtvaardigingsgrond voor bestuursrechtelijke handhaving aan ontleen. Slechts als sprake is van de evidentie dat die zorg onvoldoende was, of als in termen van de bestuursrechtspraak ‘onmiskenaar’ sprake is van onvoldoende zorg, zou deze bepaling mogelijk ingezet kunnen worden. Ze biedt dan ook geen basis voor strafrechtelijk optreden. Het zal uiteindelijk de bestuursrechter zijn die van geval tot geval achteraf zal bepalen of voldoende zorg is betracht. Art. 1.7 Ow betreft een eerste invulling van de algemene zorgplicht van art. 1.6:

‘Een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, is verplicht:

- a. alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden verwacht om die gevolgen te voorkomen,
- b. voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen: die gevolgen zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken,
- c. als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt: die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd.’

De ogenschijnlijk harde plicht die hier wordt gevestigd, wordt aanmerkelijk verzacht doordat driemaal de term ‘redelijkerwijs’ is opgenomen die de nodige afwegings- en handelingsruimte schept voor degene die de activiteit

verricht. Ook deze bepaling zal niet strafrechtelijk handhaafbaar zijn.

Een stapje verder gaat art. 1.7a Ow, dat bij de Invoeringswet aan deze afdeling zal worden toegevoegd<sup>34</sup> en in art. 1.3 van het Omgevingsbesluit zal worden uitgewerkt.<sup>35</sup> Daarin is het verbod opgenomen om een activiteit te verrichten of na te laten als daardoor ‘aanzienlijke’ nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan. De toepassing van dit verbod wordt bij AMvB uitgewerkt of begrensd. Die uitwerking of begrenzing strekt volgens het tweede lid in ieder geval ter uitvoering van de EU-richtlijn milieustrafrecht en zij moeten betrekking hebben op de omvang van de nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving en op de gevallen waarop het verbod ziet. Al zou het hier niet gaan om een zorgplicht die de normadressaat ruimte laat voor een variëteit aan gedragsalternatieven, de bepaling is bedoeld als vangnet voor activiteiten die niet op rijks- of decentraal niveau zijn geregeld. Anders dan de verplichtingen van art. 1.6 en 1.7 Ow is het verbod van art. 1.7a Ow strafrechtelijk handhaafbaar.<sup>36</sup> Het centrale criterium daarbij is dat het activiteiten moet betreffen met aanzienlijke nadelige gevolgen voor het leefmilieu.

Een afzwakking van de normatieve kracht van de beide zorgplichten is opgenomen in art. 1.8 Ow. Daarin is bepaald dat aan de beide genoemde zorgplichten in ieder geval wordt voldaan voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet en die regels worden nageleefd. In dat geval treedt ook het verbod van art. 1.7a Ow terug. Ik wil hier alvast kwijt dat het niet te veel lijkt gezegd dat door toedoen van art. 1.8 Ow deze algemene zorgplichten in belangrijke mate hun betekenis verliezen. De algemene zorgplichten uit de wet hebben dan nog alleen maar betekenis bij ontbrekende of ontoereikende specifieke regels.

De hier genoemde zorgplichten zijn algemeen in die zin dat ze een bredere werking hebben dan soortgelijke zorgplichten in de huidige regelingen. Immers, de zorgplichten van de Omgevingswet omvatten meer onderdelen van de fysieke leefomgeving waar ze, als er geen sprake is van een specifieke beperking, behalve voor het milieu (Wm), bouwwerken (Woningwet), de bodem (Wbb en Waterwet) en natte rijkswaterstaatswerken (Waterbesluit) ook gelden voor de infrastructuur, landschappen, het cultureel erfgoed en de andere onderdelen die in het tweede lid van art. 1.2 Ow zijn genoemd als in ieder geval omvattende de fysieke leefomgeving. Ook is hier sprake van een thematische verbreding, waar het niet (meer) bepaalde sectorale aspecten betreft, maar de zorg voor de fysieke leefomgeving in de volle breedte. Aansluitend bij de maatschappelijke doelen van art. 1.3

34. Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 2.

35. Deze bepaling zal via het Invoeringsbesluit Omgevingswet in het Omgevingsbesluit worden opgenomen. Het ontwerp-Invoeringsbesluit is op 29 mei 2019 (kenmerk 2019 – 0000221641) door de Minister van BZK met toepassing van art. 23.5 Ow bij de beide Kamers ‘voorgehangen’.

36. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 71 en Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 52.

Ow kunnen dan onder meer worden genoemd de bewoonbaarheid van het land, de gezondheid, de veiligheid en de omgevingskwaliteit.

*Specifieke* zorgplichten zijn zoals gezegd te beschouwen als een tussenvorm tussen de algemene zorgplichten en meer uitgewerkte gedragsgerichte regels. Anders dan de algemene zijn specifieke zorgplichten concreter en gericht op expliciet genoemde activiteiten. Hun specificiteit kunnen ze ontleen aan de gerichtheid op bepaalde te beschermen belangen die in de uitvoeringsbesluiten waarin ze zijn opgenomen meestal als ‘oogmerken’ worden aangeduid. Ook zijn de activiteiten waarop ze betrekking hebben nauwkeurig afgebakend en hetzelfde geldt voor de te treffen meestal doelgerichte maatregelen en daarbij te hanteren criteria. Een voorbeeld daarvan in het ‘oude’ recht is te vinden in het reeds besproken art. 2.1 van het Activiteitenbesluit milieubeheer met een algemene zorgplicht in het eerste lid, waarin de activiteiten afgebakend zijn tot de inrichting, en in het tweede lid een catalogus is opgenomen van te beschermen belangen, te treffen maatregelen en te hanteren criteria. Hierna zullen we zien dat specifieke zorgplichten meestal bestaan uit een kop (eerste lid), waarin een algemene zorgplicht is opgenomen, met in de daarna volgende leden voorschriften bevattende een lijst van doelgerichte maatregelen en dergelijke die ‘in ieder geval’ moeten worden getroffen bij de invulling van de zorgplicht. Deze voorschriften komen in hoge mate overeen met de specifieke regels zoals we die in het Activiteitenbesluit milieubeheer en het Bouwbesluit 2012 aantreffen, zij het dat in de specifieke zorgplichten het doelgerichte karakter van die regels overheerst. In feite vormen de specifieke zorgplichten een combinatie van algemene zorgplichten en specifieke regels (zie hierna). Daarmee zijn specifieke zorgplichten in veel gevallen een goed alternatief voor zowel (te) ruim werkende algemene zorgplichten als (te) specifiek gerichte gedragsvoorschriften. Specifieke zorgplichten bieden enerzijds meer zekerheid en houvast dan algemene zorgplichten, maar laten anderzijds door het overwegend doelgerichte karakter van de te treffen maatregelen meer vrijheid in verantwoordelijkheid aan de normadressaten.

### 4.3 Zorgplichten en voorzorgplichten

In het voorgaande is gesproken van zorgplichten en van voorzorgplichten. De term ‘zorgplichten’ is daarbij tevens als overkoepelend begrip gebruikt. Toch is belangrijk dat er een duidelijk verschil wordt gemaakt tussen deze begrippen, waarbij wat dat tweede betreft ook nog onderscheid gemaakt kan worden tussen algemene en specifieke voorzorgplichten. In de inleiding is de essentie van het voorzorgsbeginsel weergegeven: bij twijfel niet doen. Dit doet echter onvoldoende recht aan de inhoud van dit beginsel. Het voorzorgsbeginsel is een tamelijk jonge loot aan de stam van milieurechtelijke beginselen, waar het weliswaar voor zover bekend voor het eerst in 1971 in het Duitse recht als ‘Vorsorgeprin-

zip’ is gecodificeerd,<sup>37</sup> maar op internationaal niveau pas in 1992 bekendheid verkreeg door opname in de Verklaring van Rio (over Milieu en Ontwikkeling) tijdens de UNCTED-conferentie. Die Verklaring riep de (deelnemende) staten op om ter bescherming van het milieu de voorzorgbenadering indien mogelijk breed toe te passen. Waar het gevaar bestaat van ernstige of onomkeerbare schade, mag volgens dit principe het argument van ontbreken van volledige wetenschappelijke zekerheid niet gebruikt worden om het nemen van kosteneffectieve maatregelen ter voorkoming van ernstige milieuschade uit te stellen. Dit beginsel – althans de term – is vervolgens in het Verdrag van Maastricht betreffende de EU (1992) opgenomen en is thans terug te vinden in het tweede lid van art. 191 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Het blijft echter problematisch dat het voorzorgsbeginsel daarin alleen is genoemd, zonder gedefinieerd te worden, zodat de precieze inhoud en betekenis ook thans nog onduidelijk zijn. Zijdelings zij hier nog opgemerkt dat ingevolge art. 3.3 Ow in de omgevingsvisies van de centrale en decentrale overheden rekening moet worden gehouden met de milieubeginselen van het genoemde art. 191 VWEU, waaronder ook het voorzorgsbeginsel, waardoor het probleem van de onbekendheid met de precieze inhoud zich ook in het Nederlandse beleid en recht manifesteert.

Zoals in de Verklaring van Rio is omschreven, heeft het voorzorgsbeginsel een ander karakter dan de zorgplicht van art. 1.7 Ow, die hier aan de orde is. Het beginsel richt zich op de overheid (de lidstaten), terwijl de zorgplicht van art. 1.7 Ow rechtstreeks tot de burgers (en het feitelijk handelende bestuur) is gericht. Ook heeft het internationale beginsel een sterke oriëntatie op het kennisniveau: het ontbreken van wetenschappelijke zekerheid mag geen reden zijn om de noodzakelijke passende maatregelen uit te stellen. In de hier behandelde zorgplicht geldt alleen al het bekend zijn met of het redelijke vermoeden van nadelige gevolgen als criterium. Er is in het ‘voorzorgrecht’ bovendien sprake van ernstige of onomkeerbare schade, terwijl in de Nederlandse zorgplicht het minder zware criterium van ‘nadelige gevolgen’ wordt gehanteerd. In plaats van ‘kosteneffectieve maatregelen’ wordt in de zorgplicht van art. 1.7 Ow gesproken van ‘alle redelijkerwijs te nemen maatregelen’ die van de betrokkene gevraagd kunnen worden. In de Nederlandse voorzorgplicht is ook het preventiebeginsel verwerkt: als de gevolgen niet kunnen worden voorkomen, moeten ze zo veel mogelijk worden beperkt of ongedaan gemaakt. En het impliceert mitigatie en/of compensatie. Dit alles ontbreekt in de tekst van het internationale voorzorgsbeginsel.

37. Zie daarover M. Kloepfer, *Umweltrecht* (4de druk), München: C.H. Beck Verlag 2016. Zie over het voorzorgsbeginsel C. Lambers, *Het voorzorgsbeginsel*. *Vluchten kan niet meer*, M en R 2000, afl. 7/8, p. 176-181, en meer recent: M.J.W. Timmer & N. van Triet, *Beheersen en bestrijden – het voorzorgsbeginsel en informatieplichten bij de onzekere risico's van Q-koorts*, TO 2017, afl. 3, p. 143-149.

Toch is er reden om bij art. 1.7 Ow en soortgelijke bepalingen van een voorzorgplicht te spreken. Die moet worden gezien als de operationalisering in de zin van de specifieke uitwerking van het achterliggende internationale voorzorgsbeginsel waar dit beginsel in Nederland als concrete rechtsplicht is ingevuld in de nationale context van de Omgevingswet en de uitvoeringsbesluiten. Daar heeft de plicht niet alleen op het milieubeleid betrekking, maar breed op de fysieke leefomgeving. Zoals bij alle (rechts)beginselen kan ook dit beginsel op diverse wijzen uitwerking vinden in de vorm van (rechts)aanspraken en (rechts)plichten. Maar ook hier is kenmerkend de ‘voorzorg’ in de plicht: de bepaling heeft in principe betrekking op activiteiten die nog verricht moeten worden en ze scherpt de betrokkenen (zowel de initiatiefnemer als het vergunningverlenende bestuur) in zich van tevoren te bezinnen op de nadelige gevolgen die een voorgenomen activiteit kan hebben voor de fysieke leefomgeving. Ze vormt niet alleen een operationalisering van de algemene zorgplicht van art. 1.6 Ow, maar kan ook als uitwerking worden gezien van de beginselplicht om ook bij slechts een redelijk vermoeden van nadelige gevolgen van bepaalde activiteiten toch de nodige maatregelen te nemen. De afwezigheid van zekerheid omtrent de nadelige gevolgen van de activiteiten mag geen reden zijn om maatregelen uit te stellen. Sterker: een redelijk vermoeden is ingevolge art. 1.7 Ow al voldoende grond voor maatregelen. Dat kan uiteindelijk ook betekenen dat de activiteit in het belang van een goede zorg voor de fysieke leefomgeving achterwege moet blijven. Het voorzorgsbeginsel gaat niet zover.

Ik wijs er hier nog op dat enkele ‘klassieke’ voorzorgbepalingen uit de Nederlandse wetgeving, in grote lijnen overeenkomend met de tekst van de Verklaring van Rio, zijn verdwenen en omgezet in moderne voorzorgplichten, min of meer overeenkomend met de tekst van art. 1.7 Ow.<sup>38</sup> Hierna zullen we zien dat deze voorzorgplichten in de uitvoeringsregelingen weliswaar in diverse varianten voorkomen, maar eenzelfde hoofdstructuur hebben en duidelijk onderscheiden kunnen worden van de zorgplichten.

#### 4.4 Zorgplichten in de uitvoeringsbesluiten

- *Specifieke zorgplichten als fundament voor uitgewerkte regels*

Behalve in de Omgevingswet zijn ook in de uitvoeringsbesluiten zorgplichten opgenomen, en met name in de

twee besluiten die voornamelijk zijn gericht op initiatiefnemers van activiteiten met gevolgen voor de leefomgeving: het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal)<sup>39</sup> en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl).<sup>40</sup> Daarin treffen we zorgplichten aan die als specifieke zorgplichten worden aangeduid, maar ook verplichtingen die ik als (specifieke) *voorzorgplichten* heb bestempeld. Hierna zal ik daar kort de aandacht op vestigen. Waar over zorgplichten wordt gesproken, zijn die als verzamelterm bedoeld en worden daarmee, tenzij anders vermeld, ook dergelijke voorzorgplichten bedoeld.

De *specifieke* zorgplichten vormen volgens de nota van toelichting bij het Bal voor alle categorieën van activiteiten het fundament waarop de meer uitgewerkte regels voortbouwen. Men moet zich de betekenis van deze uitspraak goed realiseren. De brede toepassing van de specifieke zorgplicht heeft volgens de toelichting als voordeel dat de meer uitgewerkte regels beperkt kunnen blijven tot de hoofdzaken en dat in algemene regels en vergunningen geen voorschriften meer opgenomen hoeven te worden die vanzelfsprekend zijn.<sup>41</sup> Ze komen echter niet in de plaats van de uit oogpunt van rechtszekerheid wenselijke uitwerking van regels over activiteiten. Met andere woorden: ze ontslaan de regelgever niet van de plicht om in dergelijke gevallen regels vast te stellen. Specifieke zorgplichten zouden wat toepassingsbereik betreft niet verschillen van overige regels. Evenals algemene zorgplichten doen specifieke zorgplichten een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de initiatiefnemer, voor zover geen uitgewerkte regels gelden. Specifieke zorgplichten zouden naast de vergunningsplicht en ook naast meer uitgewerkte regels gelden!<sup>42</sup> Al met al kan op basis van deze beschouwingen van de regering in de toelichting bij het Bal worden geconcludeerd dat dergelijke zorgplichten zowel een rol vervullen als er geen specifieke regels voor bepaalde activiteiten gelden (vangnet), als daarnaast aanvullend zijn, als die regels of vergunningsvoorschriften er wél zijn, maar niet afdoende worden bevonden. Via de Invoeringswet Omgevingswet wordt de WED gewijzigd. Daarbij zal de verwijzing in art. 1a, naar de wettelijke regelingen die bij de invoering van de Omgevingswet komen te vervallen, worden geschrapt en in de plaats daarvan zal worden verwezen naar de desbetreffende bepalingen van de Omgevingswet.<sup>43</sup> Daarmee zouden de specifieke zorgplichten in principe strafrechtelijk handhaafbaar moeten worden.

De regering gaat ervan uit dat specifieke zorgplichten behalve in algemene rijksregels ook in decentrale regels toegepast zullen worden. Tegen de achtergrond van het uitgangspunt ‘decentraal, tenzij’ wordt verwacht dat

38. Zie bijv. het oude art. 3 van de Bestrijdingsmiddelenwet, dat we thans als moderne (voor)zorgplicht in art. 2a van haar vervanger de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden terugvinden, en art. 9.2.1.2 Wm, waarin de moderne voorzorgplicht is opgenomen die voorheen in klassieke vorm in art. 24 van de Wet milieugevaarlijke stoffen was te vinden. Deze problematiek wordt thans overigens in belangrijke mate door de Europese REACH-verordening (EG 1907/2006) geregeld. Ook de Natuurbeschermingswet kende in art. 16 een op het internationale voorzorgsbeginsel gebaseerde uit de Europese Habitatrichtlijn overgenomen bepaling, die thans in de termen van art. 1.6 en 1.7 Ow als art. 1.11 in de Wet natuurbescherming is opgenomen. Bij opneming in de Omgevingswet nemen de beide genoemde artikelen die zorgplicht over.

39. Besluit van 3 juli 2018, houdende regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving (Besluit activiteiten leefomgeving), Stb. 2018, 293.

40. Besluit van 3 juli 2018, houdende regels over bouwwerken in de fysieke leefomgeving (Besluit bouwwerken leefomgeving), Stb. 2018, 291.

41. NvT Bal, p. 488.

42. NvT Bal, p. 508.

43. Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 2 (art. 2.47) en nr. 3, p. 121-127 en p. 372-385.



met name in het omgevingsplan en de waterschapsverordening specifieke zorgplichten een belangrijke rol zullen spelen. Zij kunnen daarbij worden toegesneden op de activiteiten die decentraal worden geregeld en ingepast in de structuur van de decentrale regels.<sup>44</sup> In de inleiding heb ik erop gewezen dat de regering ook in de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit (Ob) deze mogelijkheid noemde. Laten we nu de (voor)zorgplichten in de beide uitvoeringsbesluiten eens nader bekijken.

- *Specifieke zorgplichten in het Bal*

Een specifieke zorgplicht die ik hier voorzorgplicht noem en die een breed toepassingsgebied kent, is opgenomen in art. 2.11 Bal. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat degene die een milieubelastende activiteit of een lozingsactiviteit verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de in het Bal beschermde belangen, alle maatregelen moet nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen, en als dat niet het geval is de gevolgen zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken, en als ook dat onvoldoende kan gebeuren, die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd. We treffen hier dus nagenoeg letterlijk de tekst aan van de voorzorgplicht van art. 1.7 Ow. Hier is de bepaling toegespitst op milieubelastende en lozingsactiviteiten waarbij een koppeling is gelegd met de belangen die in het Bal worden behartigd. Van bijzonder belang is echter dat in het tweede en derde lid van art. 2.11 wordt aangegeven wat die plicht voor respectievelijk milieubelastende activiteiten en lozingsactiviteiten inhoudt wat betreft te treffen maatregelen. Hier zijn diverse tamelijk concrete doelgerichte maatregelen opgenomen, zoals dat passende preventieve maatregelen tegen milieuverontreiniging worden getroffen en dat de beste beschikbare technieken moeten worden toegepast. Voor milieubelastende activiteiten komt daar nog bij dat bij het ontstaan van bodemverontreiniging herstel van de bodem redelijkerwijs mogelijk moet blijven en dat afvalstoffen binnen acht weken na beëindiging van de activiteit moeten worden afgevoerd, een toch tamelijk concreet voorschrift. Het is deze nadere invulling van de voorzorgplicht, waarbij diverse doelgerichte maatregelen worden voorgeschreven, die van de plicht een *specifieke* voorzorgplicht maakt. Volgens de nota van toelichting wordt het eerste lid, dat een open norm is 'en moet blijven', in het tweede en derde lid geconcretiseerd, met als handvat voor degene die de activiteit verricht voor de 'in ieder geval' vereiste zorg. Deze invulling, waarbij de specifieke maatregelen in de nota van toelichting nader worden toegelicht, is niet uitputtend bedoeld.<sup>45</sup> De nota vult dit nog aan door erop te wijzen dat onder deze zorgplicht ook het handelen of nalaten valt dat vanzelfsprekend wordt geacht en dat als 'good housekeeping' wordt beschouwd. Ook daarvoor volgt in de nota een niet-limitatieve opsomming. Het

opnemen van deze vanzelfsprekende regels in de regeling zelf zou een enorme set aan regels opleveren, die ook weer tot ongewenste a-contrariorenderingen zouden kunnen leiden.<sup>46</sup>

Het Bal bevat in art. 6.6 óók een specifieke zorgplicht ten aanzien van activiteiten in of bij rijkswaterstaatswerken die in dit geval gekoppeld wordt aan belangen betreffende activiteiten ten aanzien van beperkingengebieden met betrekking tot een waterstaatswerk, lozingen op een oppervlaktelichaam en wateronttrekkingen, ontgrondingen en mijnbouw in rijkswateren. Ook hier treffen we in het eerste lid een tekst aan die overeenkomt met art. 1.7 Ow. De bijzondere, vooral doelgerichte maatregelen die in de leden 2 t/m 7 van dit artikel zijn opgenomen, maken dat we ook hier kunnen spreken van een specifieke voorzorgplicht. Een vergelijkbare specifieke voorzorgplicht ten aanzien van bepaalde activiteiten in de Noordzee is opgenomen in art. 7.6 Bal. Ook het eerste lid van art. 8.6 Bal kent een structuur die overeenkomt met die van art. 1.7 Ow. De voorzorgplicht betreft hier activiteiten in wat voorheen zones rond rijkswegen werden genoemd en die onder de Omgevingswet 'beperkingengebiedactiviteiten met betrekking tot een weg in beheer bij het Rijk' heten (art. 8.1 t/m 8.6). Er zijn hier echter geen specifieke voorschriften opgenomen, anders dan de plicht dat in elk geval een veilig en doelmatig gebruik van wegen wordt verzekerd en dat alle passende maatregelen moeten worden genomen om ongewone voorvallen te voorkomen. In de toelichting wordt erop gewezen dat deze zorgplicht geldt voor zowel activiteiten die onder de algemene regels van die afdeling vallen als vergunningsplichtige activiteiten.<sup>47</sup> Gelet op dit ontbreken van specifieke voorschriften kan men zich afvragen of deze bepaling de kwalificatie *specifieke* voorzorgplicht verdient.

Ten slotte bevat het Bal in art. 17.6 een specifieke voorzorgplicht voor lozingsactiviteiten door schepen in binnenwateren. Ingevolge dat artikel is degene die deze lozingsactiviteit op een oppervlaktewater verricht, als niet aan de voorwaarden wordt voldaan ter beperking van de nadelige gevolgen voor de belangen bedoeld in art. 17.2, verplicht die activiteit achterwege te laten 'als dat redelijkerwijs van diegene kan worden gevraagd'. Ook hier zijn maar enkele aanvullende specifieke voorschriften opgenomen.

- *Specifieke zorgplichten in het Bbl*

In het Bbl is een zorgplicht in art. 2.6 opgenomen die het functioneren van bouwwerkinstallaties betreft. Dat functioneren moet volgens deze bepaling in overeenstemming zijn met de toepasselijke regels, zijnde de bepalingen van afdeling 6.5 van het Besluit. Volgens de nota van toelichting zal het in het algemeen voldoende zijn wanneer bovendien de in de handleiding of productspecificaties opgenomen instructies van de fabri-

44. NvT Bal, p. 520.

45. NvT Bal, p. 766.

46. NvT Bal, p. 770.

47. NvT Bal, p. 1436.

kant, leverancier en installateur worden gevolgd. Verwezen wordt naar een verdere uitwerking van deze regels voor specifieke bouwinstallaties in afdeling 6.5 Bbl. Deze ‘specifieke’ zorgplicht zou te vergelijken zijn met die van art. 1a van de Woningwet.<sup>48</sup> Al zou hier volgens de toelichting en de kop van dit artikel sprake zijn van een specifieke zorgplicht, toch kan dat moeilijk worden volgehouden als we deze zorgplicht vergelijken met de andere als ‘specifiek’ aangegeven zorgplichten waarbij tamelijk nauwkeurig de maatregelen worden opgesomd die ‘in elk geval’ moeten worden getroffen. Een dergelijke opsomming van maatregelen ontbreekt hier overigens evenzeer als in art. 1a van de Woningwet, waarop ik aan het begin van deze bijdrage ben ingegaan. Er kan wat mij betreft hier dus niet echt worden gesproken van een *specifieke* zorgplicht. Hierna zullen we zien dat dit gevolgen kan hebben voor de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving. In de formulering vinden we ook niets terug dat in de buurt komt van art. 1.7 Ow en te maken heeft met een bepaalde mate van voorzorg.

Toch zijn in het Bbl enkele zorgplichten opgenomen die ik als *voorzorg*plichten wil kwalificeren. Al zijn deze zorgplichten niet zo streng als die van art. 1.7 Ow en de daarop gebaseerde specifieke voorzorgplichten (zie hiervoor), er zou hier niettemin van een voorzorgplicht kunnen worden gesproken. Art. 3.5 Bbl, dat betrekking heeft op de staat van bouwwerken, bevat de plicht voor degene die ‘weet of redelijkerwijs kan vermoeden’ dat deze staat tot gevaar voor de gezondheid of veiligheid kan leiden, om alle maatregelen te nemen die ‘redelijkerwijs’ kunnen worden gevraagd om dat gevaar te voorkomen of niet te laten voortduren. Deze bepaling bevat de preventieplicht en de plicht om een mogelijk gevaar niet te laten voortduren, maar niet de eis om de activiteit eventueel achterwege te laten. Dat is ook logisch, omdat het hier niet de uitvoering van mogelijk nadelige activiteiten betreft, maar de staat van een bestaand object. Kenmerkend is het hiervoor aangehaalde zinsdeel dat evenals andere voorzorgplichten verwijst naar de bekendheid of het redelijke vermoeden van de aanwezigheid van het gevaar. Omdat hier aanvullende specifieke voorschriften zoals we die hebben gezien bij de zorgplichten onder het Bal ontbreken, kan worden betwijfeld of de aanname in de tekst van de toelichting juist is dat strafrechtelijke handhaving van deze bepaling (naast bestuursrechtelijke handhaving) mogelijk zou zijn.<sup>49</sup> Ook al wordt de gedraging strafrechtelijk strafbaar gesteld, dan blijft de vraag of deze bepaling voldoet aan het *lex certa*-beginsel. Het zal uiteindelijk de rechter zijn die via de toetsing aan dit criterium over de strafrechtelijke handhaafbaarheid zal beslissen. Daarover meer in de slotbeschouwing. Ook art. 6.4 Bbl bevat een voorzorgplicht en in dit geval betreft dit het brandveilige gebruik van bouwwerken. Het weten of redelijke vermoeden dat als gevolg van het gebruik van een bouwwerk nader omschreven situaties kunnen ontstaan,

levert de plicht op om alle redelijkerwijs te treffen maatregelen te nemen om die situaties te voorkomen. Specifieke nadere eisen of voorschriften zijn hier evenmin als in art. 3.5 Bbl aanwezig. Art. 7.4 Bbl bevat eveneens een naar mijn mening ten onrechte als specifiek aangemerkte algemene zorgplicht voor het verrichten van bouw- en sloopwerkzaamheden aan bouwwerken. In de toelichting wordt verwezen naar soortgelijke zorgplichten in de Woningwet, het Bouwbesluit 2012 en het Asbestverwijderingsbesluit 2005 zoals die tot de inwerkingtreding van deze bepaling gelden. Daarbij wordt ook hier aangegeven dat deze zorgplicht behalve bestuursrechtelijk ook strafrechtelijk gehandhaafd zou kunnen worden.<sup>50</sup>

Het Bbl kent nog een tweetal zorgplichten die als specifieke zorgplichten worden aangeduid, maar die eerder algemene voorzorgplichten zijn. Zij hebben betrekking op erfgoederen. Art. 13.11 Bbl bevat de verplichting voor degene die activiteiten verricht ten aanzien van een rijksmonument of een voorbeschermd rijksmonument en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit kan leiden tot het beschadigen of vernielen van dat monument, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die beschadiging of vernieling te voorkomen. Een soortgelijke bepaling is in art. 14.9 Bbl opgenomen ter bescherming van werelderfgoed. Een nadere specificatie van te beschermen belangen, te verrichten activiteiten of te treffen maatregelen ontbreekt in de beide bepalingen.

Een specifieke voorzorgplicht treffen we wel aan in art. 7.31 Bbl waar het betreft het gebruik van een mobiele puinbreker. Ook hier kan degene die in dit geval een dergelijke mobiele installatie in werking heeft, als niet aan de voorwaarden wordt voldaan ter beperking van de nadelige gevolgen voor de belangen bedoeld in art. 17.28 Bbl, verplicht zijn die activiteit achterwege te laten. Hier is wel een ruime waaier van te beschermen belangen, te verrichten activiteiten en te treffen maatregelen opgenomen.

## 5 Slotbeschouwing: naar een accommoderend omgevingsrecht

### 5.1 Primaire en secundaire rol zorgplichten

In het voorgaande heb ik mij kritisch uitgelaten over art. 1.8 Ow, waarin zowel de algemene zorgplicht van art. 1.6 als de algemene voorzorgplicht van art. 1.7 en het verbod van art. 1.7a worden geëcarteerd bij nageleefde specifieke regels. Dat is in mijn ogen een te beperkte opvatting over de functie van zorgplichten in het recht en met name in het omgevingsrecht. Daarmee hebben die zorgplichten immers een secundaire betekenis ten opzichte van de meer specifieke gedragsregels. Eerder

48. NvT Bbl, p. 231.

49. NvT Bbl, p. 239.

50. NvT Bbl, p. 485.

heb ik de vraag gesteld hoe de secundaire rol van de algemene zorgplicht zich verhoudt tot de vrijheid en in het bijzonder de daarmee samenhangende verantwoordelijkheid van initiatiefnemers die in de wet zo enthousiast wordt uitgedragen. In dat verband heb ik gepleit voor een opwaardering van de zorgplicht, in combinatie met een intensiever gebruik van meer open normen, die in de plaats komen van de concrete, gedragsgerichte voorschriften. Dat zou neerkomen op een statusverhoging, in die zin dat de zorgplicht niet meer als secundaire norm wordt beschouwd maar tot primaire norm wordt opgewaardeerd. Dat zou dan inhouden dat ook het voldoen aan de specifieke normen de burgers/initiatiefnemers niet ontslaat van die zorgplicht,<sup>51</sup> en dus ook los van die naleving verplichten om ‘voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving’ te betrachten. Men zou zich in dat geval niet mogen verschuilen achter de regels en de verantwoordelijkheid verder bij het bestuur leggen, ‘dat het dan maar moet regelen’. Een dergelijke houding moet men volgens mij van ontwikkelde en zeker van deskundige verantwoordelijke burgers in de huidige tijd niet meer accepteren. Die hogere status zou dan in de wet kunnen worden vastgelegd.

Deze wens is ten dele werkelijkheid geworden. In de memorie van toelichting bij de Omgevingswet werd al gesproken van de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving van *specifieke zorgplichten in onmiskenbare gevallen*.<sup>52</sup> Bij de publicatie van de uitvoeringsbesluiten bij de Omgevingswet, in het bijzonder het Bal en het Bbl, werd daarover meer duidelijkheid verschaft. In de toelichting bij deze besluiten valt, behalve dat de specifieke zorgplichten uit deze besluiten zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk handhaafbaar zouden zijn (waarover meer hierna), te lezen dat deze zorgplichten wat hun toepassingsbereik betreft niet verschillen van overige regels. In het voorgaande heb ik erop gewezen dat de specifieke zorgplichten volgens de regering voor alle categorieën van activiteiten in het Bal het fundament vormen waarop de meer uitgewerkte regels voortbouwen. Dat kan ook worden gezegd voor de soortgelijke zorgplichten uit het Bbl. Dat inzicht leidde tot de conclusie dat deze zorgplichten blijven gelden, ook al heeft er uitwerking plaatsgevonden in regelingen en vergunningsvoorschriften.<sup>53</sup> De beperking dat dit alleen zou opgaan in gevallen waarbij sprake is van onmiskenbaar onvoldoende zorg treffen we in deze stukken niet meer aan. Daarmee is de verhouding van de specifieke zorgplichten tot deze regels weliswaar duidelijk, maar blijft de vraag open naar de relatie van de regels met de *algemene* zorgplichten. Kunnen die bijvoorbeeld, bij het ontbreken van specifieke zorgplichten, ook als vangnet dienen in situaties waar specifiek omschreven regels ontbreken, maar waar betrokkenen wegens de nadelige

gevolgen van hun gedragingen voor het fysieke leefmilieu een verwijt kan worden gemaakt?

## 5.2 Rechterlijke toetsing

In het voorgaande is de aandacht gevestigd op de rol van de bestuursrechter en de strafrechter bij de handhaving van zorgplichten in het omgevingsrecht. Daarbij heb ik geconstateerd dat beiden zich tot voor kort terughoudend opstelden, waarbij de strafrechter streng toetst vanwege de toepasselijkheid van het *lex certa*-beginsel. Maar daar is ook geconstateerd dat er desondanks mogelijkheden tot handhaving zijn met toepassing van zorgplichtbepalingen en dat er enige beweging in de houding van de bestuursrechter lijkt te komen. De vraag is of dit niet samenhangt met de grotere belangstelling voor zorgplichten en de belangrijker rol die deze in het actuele en volgens de bedoeling van de wetgever zeker in het komende recht zullen spelen. Bij de behandeling van de zorgplichten uit het Bal en het Bbl ben ik ingegaan op deze bepalingen als toetsingscriteria voor de strafrechter. Naast andere wettelijke bepalingen en bepalingen van de uitvoeringsregelingen zullen ook de overtredingen van de specifieke zorgplichten uit het Bal en het Bbl strafbaar worden gesteld. Dat wil echter nog niet zeggen dat de strafrechter deze bepalingen ook steeds zal toepassen. In het voorgaande heb ik gewezen op het *lex certa*-beginsel, dat in het strafrecht een belangrijke, zo niet bepalende, rol speelt: voorschriften die door punitieve sancties worden gehandhaafd, moeten voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn.

De Raad van State heeft zich als adviseur van de regering bij de Invoeringswet Omgevingswet kritisch uitgelaten over de strafrechtelijke handhaafbaarheid van de zorgplichten. In het licht van het *lex certa*-beginsel zou die strafbaarheid alsnog dragend moeten worden gemotiveerd of anders zou van strafbaarstelling moeten worden afgezien. De regering repliceerde daarop dat de specifieke zorgplichten zijn verduidelijkt ‘ten opzichte van het huidige recht’. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de verplichting voor de initiatiefnemer *dat* er maatregelen moeten worden genomen en *de wijze waarop* uitvoering kan worden gegeven aan deze verplichting. Over de duidelijkheid van de verplichting kan volgens de regering geen twijfel bestaan. Maar ze ontkent niet dat de wijze van uitvoering minder duidelijk is. Al zijn de specifieke zorgplichten nader geconcretiseerd wat betreft deze uitvoering, inherent aan het karakter van een specifieke zorgplicht als open norm is dat de wijze van uitvoering niet dwingend of gedetailleerd wordt voorgeschreven. Dat is niet altijd mogelijk vanwege veranderende omstandigheden en niet altijd wenselijk ter voorkoming van gedetailleerde regelgeving, aldus de regering. Meer doelgerichte bepalingen zoals zorgplichten laten bewust handelingsvrijheid aan betrokkenen wat betreft de wijze waarop de doelen bereikt moeten worden. Overtreding van de specifieke zorgplicht als basisnorm zou even zwaar moeten wegen als overtreding van de meer uitgewerkte inhoudelijke

51. F.P.C.L. Tonnaer, *Vertrouwen op initiatiefnemers in de Omgevingswet: een stille revolutie in het omgevingsrecht?*, BR 2014/49, afl. 5, p. 258.

52. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 68-69.

53. NvT Bal, p. 508 en 524 en NvT Bbl, p. 183.

regels. Daarom zou vanzelfsprekend zijn dat ook een specifieke zorgplicht strafrechtelijk handhaafbaar is.<sup>54</sup>

Hiervoor heb ik onderscheid gemaakt tussen de zorgplichten uit het Bal en het Bbl die als specifiek kunnen worden beschouwd en andere waarbij dat op z'n minst betwijfeld kan worden. Kenmerkend voor specifieke zorgplichten is dat ze meestal bestaan uit een algemene zorgplicht, opgenomen in het eerste lid, die wordt aangevuld met specifieke voorschriften in een of meer volgende artikelliden. Die specifieke voorschriften hebben weliswaar een doelgericht karakter, maar onderscheiden zich niet essentieel van soortgelijke concrete regels uit het Bal en het Bbl. Men zou kunnen spreken van een 'hybride' structuur die ontbreekt bij de algemene zorgplichten. Werkelijk specifieke zorgplichten zouden dan in het Bal zijn opgenomen in art. 2.11 (milieubelastende en lozingsactiviteiten), 6.6 (beperkingengebiedsactiviteiten rijkswaterstaatswerken) en 7.6 (activiteiten in de Noordzee), en in het Bbl alleen in art. 7.31 (mobiele puinbrekers). Betwijfeld kan worden of de andere zorgplichten wel voldoen aan het *lex certa*-beginsel. Het zal uiteindelijk de strafrechter zijn die zich daarover in voorkomende gevallen moet uitspreken, tenzij de regering voordien deze zorgplichten alsnog zal ombouwen tot echt specifieke verplichtingen. Het is duidelijk dat dit laatste de voorkeur verdient.

Denkbaar is dat de rechter ten aanzien van de algemene zorgplichten andere criteria gaat aanhouden dan bij de specifieke zorgplichten het geval zal zijn, zoals thans bijvoorbeeld door de bestuursrechter gebeurt. Deze toetst, al dan niet over de band van de beginselen van behoorlijk bestuur uit de Awb, aan de hand van criteria als ernstige gevolgen, acute dreiging, onmiskenbare overtreding of het niet-uitputtend zijn van de specifieke voorschriften. Daarbij moet worden geconstateerd dat art. 1.8 Ow roet in het eten gooit en een belangrijke belemmering vormt voor de noodzakelijke rechtsontwikkeling bij de toepassing van art. 1.6 en 1.7 Ow bij specifieke regels. Het vorenstaande zou wel kunnen opgaan voor de 'algemene' specifieke zorgplichten of andere open normen.

Maar ook waar sprake is van werkelijk specifieke zorgplichten is er voor de rechter het nodige werk aan de winkel bij de toetsing van activiteiten, al dan niet naast die aan regels en specifieke besluiten. Met name waar ik specifieke zorgplichten als voorzorgplichten heb gekwalificeerd, moet er door de rechterlijke beoordeling invulling worden gegeven aan daarin opgenomen open bepalingen. Wat te denken van:

- 'weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden' van nadelige gevolgen;
- 'redelijkerwijs' te nemen maatregelen;
- 'zo veel mogelijk' nadelige gevolgen beperken of ongedaan maken; en
- achterwege laten 'voor zover dat redelijkerwijs kan worden gevraagd'?

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat de wetgever bij de toetsing aan bepaalde specifieke zorgplichten ruimere mogelijkheden van het strafrecht verwacht dan waarschijnlijk het geval zal zijn, terwijl diezelfde wetgever door art. 1.8 in de Omgevingswet op te nemen een voor de praktijk onwenselijke hindernis heeft opgeworpen voor een ruimere rechterlijke toetsing (ook door de bestuursrechter!) aan algemene zorgplichten.

### 5.3 Zorgplichten als omgevingsrechtelijke instrumenten van de toekomst?

Het zal na het voorgaande duidelijk zijn dat deze vraag een genuanceerd antwoord verdient. Bij de voordelen van zorgplichten heb ik in het voorgaande voldoende stilgestaan. De reden voor de toegenomen aandacht bij de wetgever is vooral gelegen in de mogelijkheid om initiatiefnemers meer 'ontwikkelruimte' te bieden, maar dat tevens te koppelen aan een grotere verantwoordelijkheid voor de fysieke leefomgeving. Dat eerste is vooral opgekomen bij de voorbereiding van de voorstellen voor een nieuwe Omgevingswet op het hoogtepunt (zo men wil: dieptepunt) van de economische crisis in de jaren 2010–2014. Door initiatiefnemers meer ruimte te bieden en minder te binden aan voorschriften die niet steeds meer als vanzelfsprekend werden ervaren, zou de economische ontwikkeling een stimulant moeten krijgen die nodig werd geacht om uit het economische dal te komen. Niet alleen minder regels, maar ook *andere* regels was daarbij ook na de crisis het devies. De behoefte aan dat laatste was vooral het gevolg van de al langer lopende tendens naar het terugtreden van de overheid, overigens niet alleen in het fysieke domein. Dat terugtreden zou niet vanzelfsprekend moeten betekenen dat er minder zorg zou zijn voor publieke belangen. Eerder was de bedoeling om die zorg meer op de schouders van burgers, dat wil zeggen initiatiefnemers, te leggen en hen daarmee meer verantwoordelijk te maken voor publieke belangen. Zorgplichten werden daarvoor een geschikte vorm van normering geacht, omdat het publieke belang als rechtsplicht erin tot uitdrukking kon worden gebracht, waartegenover met die rechtsplicht corresponderende rechtsaanspraken van derden, inclusief het bestuur, zouden staan op die behartiging. Terecht was daarbij de vrees aanwezig dat de ondernemende burger die verantwoordelijkheid jegens anderen in bepaalde gevallen onvoldoende zou waarmaken. Daartoe werd onder meer art. 1.7a in de Omgevingswet opgenomen als vangnet om strafrechtelijk te kunnen optreden als door het verrichten of nalaten van bepaalde activiteiten aanzienlijke nadelige gevolgen zouden ontstaan voor de fysieke leefomgeving. Maar ook los van dat vangnet was het de uitdaging om de gedragingen in de fysieke leefomgeving die tot negatieve gevolgen leidden ten goede te reguleren zonder dat er sprake zou zijn van de overregulering waarvan de nadelen tijdens de economische recessie overduidelijk waren gebleken. Het instrument van de zorgplichten verkreeg daarbij het nodige krediet. Met de opneming van de specifieke zorgplichten in de uitvoeringsbesluiten is een stapje in de richting gezet naar vermindering van

54. Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 4, onderdeel 24.

de spanning tussen een (te) grote mate van vrijheid van actoren in het fysieke domein die het gevolg is van vage, open normen en (te) knellende banden die het gevolg zijn van strakke regulering. Nog te vaak komt het voor dat aan specifieke voorschriften wordt voldaan en er toch sprake is van overlast of anderszins nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Dan moet via een vangnet in de regulering een juridisch dwingend appel kunnen worden gedaan op de verantwoordelijken. Zorgplichten kunnen zo'n vangnet zijn, maar ook andere vormen van open normering kunnen als 'smart regulation' goede diensten bewijzen.

Ik wijs er afrondend op dat een bepaalde vorm van flexibiliteit juist kan bijdragen aan rechtszekerheid. Een beweeglijke rechtszekerheid via 'halfopen' normen is vaak te verkiezen boven starre concrete voorschriften, die ertoe leiden dat de rechtszekerheid geheel verdampt bij onvoorziene ontwikkelingen waarop de voorschriften geen passend antwoord hebben. Dan heeft het de voorkeur te kiezen voor een flexibel omgevingsrecht, dat aansluit bij de snelle maatschappelijke ontwikkelingen en deze in goede banen kan leiden: een accommoderend omgevingsrecht. Zorgplichten in de soorten en maten zoals ik die hier heb laten zien, zouden – naast andere slim regulerende instrumenten – wel eens vanwege hun accommoderend vermogen een belangrijk onderdeel van het toekomstige omgevingsrecht kunnen zijn. En dat dit vermogen moet worden vergroot bij de nog te verwachten snelle en ingrijpende maatschappelijke ontwikkelingen, daaraan zal toch nauwelijks meer iemand twifelen.