

# Wat verwacht de Omgevingswet van toezicht en handhaving ?

## Deel 8.

Onder de Omgevingswet (hierna ook afgekort tot Ow) worden zorgplichten nog belangrijker dan thans reeds het geval is.<sup>1</sup> Dat is voor degenen die moeten voldoen aan de zorgplicht (burgers/bedrijven) een uitdaging en dus ook voor degenen die moeten controleren of aan de zorgplicht wordt voldaan: de toezichthouders en handhavers. Hoewel de strafrechtpraktijk goed overweg lijkt te kunnen met zorgplichten, bijvoorbeeld bij bodemverontreiniging (art. 13 Wbb) of asbest (art. 10.1 Wm), is er veel discussie of zorgplichten zich wel lenen voor strafrechtelijke handhaving. De bestuurspraktijk heeft meer moeite met zorgplichten en heeft een voorkeur voor maatwerkvoorschriften ter concretisering van de zorgplicht. Voor sommige milieuthema's verdient dat ook de voorkeur, bijvoorbeeld bij geluid. De gedachte achter het Activiteitenbesluit is al dat de algemene regel de norm is en het maatwerkvoorschrift de uitzondering met als vangnet voor onvoorziene situaties de algemene zorgplicht (artikel 2.1 AB). De Omgevingswet gaat nog een stap verder. In deze publicatie ga ik nader in op deze zorgplichten en de gevolgen daarvan voor toezicht en handhaving. Het is een voorpublicatie van mijn boek dat (naar verwachting) eind dit jaar zal verschijnen over het toezicht en de handhaving onder de Omgevingswet.

*Er is veel discussie of zorgplichten zich wel lenen voor strafrechtelijke handhaving*

### Zorgplichten even belangrijk als kerninstrumenten

De zorgplicht kan omschreven worden als dé ultieme algemene regel. Het huidige milieurecht kent al verschillende zorgplichten.<sup>2</sup> In de Omgevingswet en besluiten krijgt de zorgplicht een volwaardige plaats naast de 6 kerninstrumenten van de Omgevingswet.<sup>3</sup> Aan de ene kant begrijpelijk: zorgplichten leggen de verantwoordelijkheid bij degene die een activiteit met mogelijk nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving uitvoert en biedt de gewenste flexibiliteit. Aan de andere kant opmerkelijk, omdat ze lastig te handhaven zijn.

*In Dier & Milieu 2018/1 en 2018/3, is ook aandacht besteed aan de zorgplichtbepalingen.*



Voor de strafrechtelijke handhaafbaarheid is daarbij een aandachtspunt.<sup>4</sup> Veel zorgplichten zijn ruim geformuleerd en verdienen nog een vertaalslag naar de concrete situatie. Als de initiatiefnemer te ruim 'vertaalt', overtreedt hij daarmee de wet en pleegt hij (mogelijk) een strafbaar feit indien hem dat kan worden verweten. Dit zou in strijd zijn met de rechtszekerheid en met het strafrechtelijke uitgangspunt dat je pas een strafbaar feit kan plegen als je van te voren weet wat de norm is (het zogenaamde legaliteitsbeginsel dat is vastgelegd in art. 1 lid 1 Sr.).

### Categorieën zorgplichten

De zorgplichtbepalingen, die van den beginne af aan in de Omgevingswet staan, te weten: de artikelen 1.6 en 1.7, zijn wel bestuursrechtelijk, maar niet strafrechtelijk handhaafbaar. Artikel 1.6 Ow bevat de algemene zorgplicht die verder is uitgewerkt in art. 1.7 Ow, maar is in de ogen van de wetgever nog niet voldoende concreet om strafrechtelijk te worden gehandhaafd. Artikel 1.8 lid 1 Ow bepaalt dat aan de zorgplichtbepalingen in ieder geval is 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. Met andere woorden: als meer specifieke regelgeving van toepassing is, kan de zorgplichtbepaling niet meer worden gebruikt. Ook niet als de specifieke regelgeving tekort schiet in de concrete situatie.

- <sup>1</sup> Zie ook de eerder verschenen delen 4 en 6 van deze serie (resp. opgenomen in Dier & Milieu 2018/1 en 2018/3), waarin ook aandacht is besteed aan de zorgplichtbepalingen.
- <sup>2</sup> Denk bijvoorbeeld aan artikel 1.1a Wet milieubeheer (milieubreed), artikel 10.1 Wet milieubeheer (afvalstoffen), artikel 13 Wet bodembescherming (landbodembescherming), artikel 7 Besluit bodemkwaliteit (water), artikel 6.8 Waterwet (waterbodembescherming) en artikel 1.11 Wet natuurbescherming (in het wild levende dieren en planten).
- <sup>3</sup> Die 6 kerninstrumenten zijn: omgevingsvisie, programma, omgevingsplan, omgevingsverordening, omgevingsvergunning en projectbesluit.
- <sup>4</sup> Om die reden is de zorgplicht van de Wet natuurbescherming niet strafrechtelijk handhaafbaar. Dat geldt ook voor artikel 1.1a Wm. De artikelen 10.1 Wm (afvalstoffen) en 13 Wbb (landbodembescherming) zijn voorbeelden van zorgplichten die wel strafrechtelijk handhaafbaar zijn.



Bij de Invoeringswet Ow is een derde zorgplichtbepaling toegevoegd (art. 1.7a), die wel strafrechtelijk handhaafbaar is. Uit de MvT op dit onderdeel van het wetsvoorstel<sup>5</sup> blijkt dat het artikel bedoeld is als een vangnet: de toepassing is begrensd tot gevallen die niet onder meer specifieke regels vallen (art. 1.8 lid 2 Ow). En er moet sprake zijn van aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Bij besluit zal nader invulling worden gegeven aan die gevolgen. Zie verder hierna onder punt 6.

In het Besluit activiteiten leefomgeving (hierna afgekort tot Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (hierna afgekort tot Bbl) zijn 'specifieke' zorgplichten opgenomen die concreter zijn geformuleerd dan de artikelen 1.6 en 1.7 Ow (zie de tabel). Die zorgplichten zijn bestuursrechtelijk én strafrechtelijk handhaafbaar. De wetgever houdt daaraan vast ondanks de negatieve adviezen van de Raad van State op dat punt.<sup>6</sup> Volgens de Raad van State zouden ze te onbepaald zijn om te kunnen handhaven. Dat zou in strijd zijn met de rechtszekerheid.

Vanuit de filosofie van de Omgevingswet dragen zorgplichtbepalingen bij aan de gewenste deregulering en flexibiliteit en leggen ze de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van initiatiefnemers (burgers en bedrijven). Zorgplichtbepalingen worden onder de huidige regelgeving vaak geconcretiseerd door maatwerkvoorschriften. Dat blijft ook mogelijk onder de Omgevingswet, hoewel dat dus niet past binnen het dereguleringsstreven.

Hieronder wordt toegelicht wat de achtergrond is van deze zorgplichtbepalingen en wat je er als toezichthouder/handhaver mee kunt of moet.

### **'Nogal wiertes'-bepalingen, good housekeeping en onvoorzien situaties**

In de nieuwe regelgeving zijn veel zgn. 'nogal wiertes'-bepalingen geschrapt en vervangen door zorgplichtbepalingen. 'Nogal wiertes'-bepalingen zijn vanzelfsprekende maatregelen die in de huidige regelgeving helemaal zijn uitgeschreven. Dit soort maatregelen horen bij 'good housekeeping'. Als een bedrijf bijvoorbeeld een filter moet hebben, staat er dat het bedrijf dat filter ook moet onderhouden. En als een lekbak voor olie verplicht is, moet het bedrijf de lekbak regelmatig legen.<sup>7</sup> Onder de Omgevingswet vallen al dit soort gevallen onder de specifieke zorgplichten van het Bal. Naar verwachting zullen zij de ondernemer/burger die de maatregelen moeten naleven en dus ook de toezichthouder/handhaver geen moeite kosten.

Naast het feit dat het opnemen van deze vanzelfsprekende regels afbreuk doet aan het streven naar deregulering, zou het opnemen van slechts enkele van deze regels leiden tot a contrario redeneringen.

### *Waar staan de zorgplichtbepalingen in de Omgevingsregelgeving?*

Waar staat het?	Artikel	Opmerkingen
Omgevingswet	1.6 en 1.7	Algemene zorgplichten. Bestuursrechtelijk handhaafbaar; nvt bij naleving van specifieke regels.
Omgevingswet/ Invoeringswet	1.7a	Algemeen verbod. Bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhaafbaar; ernstige gevallen, waarvoor geen specifieke regels gelden. Uitwerking in art. 1.3 Omgevingsbesluit (bij Invoeringsbesluit wijziging Ob).
Bal	2.11	Specifieke zorgplicht m.b.t. milieu-belastende activiteiten en lozingen (niet rijkswateren).*
Bal	6.6	Specifieke zorgplicht voor lozings-, ontgrondings- en onttrekkingsactiviteiten in rijkswateren.*
Bal	7.5	Specifieke zorgplicht voor ontgrondingsactiviteit in de Noordzee.*
Bal	7.6	Specifieke zorgplicht voor stortingsactiviteiten op zee en voor beperkingengebied-activiteit met installatie op zee.*
Bbl	2.6/3.5/6.4/7.4	Specifieke zorgplicht voor gebruik en onderhoud van bouwwerkinstallaties, brandveilig gebruik van bouwwerken, uitvoering van bouw- en sloopwerkzaamheden.*

\* Bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhaafbaar. Altijd toepasbaar.



Dat betekent dat men, waar geen regel staat, zou kunnen beredeneren dat het daar ook niet nodig is. Als bijvoorbeeld wel is opgenomen dat een luchtfilter moet worden schoongemaakt, maar dit niet bij een olieafscheider is opgenomen, zou gedacht kunnen worden dat de olieafscheider niet schoongehouden hoeft te worden.

*Er is ook een specifieke zorgplicht voor de uitvoering van bouw- en sloopwerkzaamheden*

<sup>5</sup> MvT bij de Invoeringswet Omgevingswet, TK 34 986, nr. 3, Onderdeel C, p. 131 e.v.

<sup>6</sup> Zie deel 6 van deze serie in Dier & Milieu 2018/3.

<sup>7</sup> Zie voor meer voorbeelden: Nota van toelichting op artikel 2.11 Bal, p. 770. Zie de link naar alle omgevingsregelgeving onderaan de publicatie.

Dit is natuurlijk niet het geval. De specifieke zorgplicht omvat good housekeeping maatregelen; dit is duidelijker dan het niet-uitputtend opnemen van maatregelen.<sup>8</sup>

Lastiger wordt het met een andere categorie gevallen waarvoor de specifieke zorgplichten zijn bedoeld, te weten onvoorzienbare situaties. Ontwikkelingen waarmee de wetgever vooraf geen rekening kon houden. Zo kan bijvoorbeeld na nieuw onderzoek blijken dat bepaalde stoffen schadelijker zijn dan eerder bekend was. Of kan er een nieuwe techniek op de markt komen om te voorkomen dat schadelijke stoffen in het milieu terecht komen, bijvoorbeeld microplastics in verzorgingsproducten.

Natuurlijk zijn burgers en ondernemers eerstverantwoordelijk voor de gevolgen van hun activiteiten, met name als situaties of omstandigheden veranderen. Zij zijn verplicht goed op nieuwe ontwikkelingen in te spelen. In de praktijk werkt het vaak niet zo, zeker niet als het gaat om de kleinere spelers in een branche met veel concurrentie. Als winstmarges klein zijn, moeten de kosten zo laag mogelijk gehouden worden om te overleven. Dit deel van het bedrijfsleven zal dus niet voorop lopen bij dreigende risico's van hun activiteiten voor het milieu. Toezichthouders hebben dan ook houvast nodig, juist ook met het oog op een uniforme aanpak ter voorkoming dat concurrentieverhoudingen worden verstoord. Uiteraard geldt dit niet voor risico's waarvan duidelijk is dat er onaantvaardbare gevolgen voor de fysieke leefomgeving zijn te verwachten. Die zullen evenwel niet vaak 'onvoorzien' zijn.

Bedrijven kunnen wel kiezen hoe ze de specifieke zorgplicht invullen. Een eigenaar van een wasstraat moet bijvoorbeeld voorkomen dat de nevel verspreid raakt in de omgeving. Dat mag op

*De specifieke zorgplicht omvat good housekeeping maatregelen*



verschillende manieren, zolang het maar gebeurt. Vaak is duidelijk wat onder de specifieke zorgplicht het doel is. Een overtreding is dan direct bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhaafbaar. Maar soms is niet duidelijk wat precies de bedoeling is. Dan ligt het voor de hand dat de ondernemer en het bevoegd gezag samen overleggen. Zo kan het bevoegd gezag tot een maatwerkvoorschrift komen. Dit biedt duidelijkheid voor beide partijen. Bijvoorbeeld het - wellicht op het eerste gezicht voor de hand liggende - verbod om niet meer

*Een eigenaar van een wasstraat moet bijvoorbeeld voorkomen dat de nevel verspreid raakt in de omgeving*

(afval-)water te lozen dan het riool aan kan. Als het riool een beperkte capaciteit heeft en reeds duidelijk is dat het niet alle afvalwater kan verwerken, dan is de vraag of de op dat riool lozende bedrijven dat kunnen weten. Het is in zo'n geval raadzaam dat het bevoegd gezag een maatwerkvoorschrift oplegt. Gaat het om een gebiedsgericht voorschrift (in plaats van een activiteitgericht voorschrift) dan kan gedacht worden aan een regel in het omgevingsplan. Ook gemeenten, waterschappen en provincies kunnen in hun regels specifieke zorgplichten opnemen. Dat is nu ook al zo en blijft dus mogelijk onder de Omgevingswet.

**LET OP:** Specifieke zorgplichtbepalingen gelden – anders dan de algemene zorgplichten – altijd voor iedereen, dus ook naast een vergunning of maatwerkvoorschrift en voor bedrijfsmatige en niet bedrijfsmatige activiteiten.

<sup>8</sup> Zie ook de NvT op artikel 2.11 Bal, p. 770.