



De Groote Advocatuur B.V.
P. Avontuurstraat 9
4818 TD Breda
06 - 28501030
076 - 7998015 (fax)
KvK 72076100

Breda, 19 december 2018

Geachte wetgever,

Allereerst complimenten voor al het werk dat tot nog toe is verzet in het licht van de nieuwe Omgevingswet. Met dit document neemt De Groote Advocatuur B.V. (hierna: DGA) deel aan de internetconsultatie over de Invoeringsbesluit Omgevingswet. DGA treedt in de rechtspraktijk zowel op voor overheden als voor bedrijven. Vanuit de ervaringen die DGA heeft opgedaan in de rechtspraktijk acht zij het van belang om een belangrijk punt van zorg te delen met de vormgevers van de nieuwe wet en de daarmee samenhangende AMVB's.

DGA wil reageren op het besluit activiteiten leefomgeving (Bal), in de consultatie aangemerkt als deel 1, en op het Algemeen deel Nota van Toelichting, in de consultatie aangemerkt als deel 6.

I. Zorg over zorgplichten

Het huidige artikel 2.1 Activiteitenbesluit bevat een zorgplicht voor inrichtingen, die verder is uitgewerkt in het tweede lid van deze bepaling. Onder de nieuwe Omgevingswet wordt deze zorgplicht vervangen door artikel 2.11 Bal. Daarmee worden de zogenaamde specifieke zorgplichten geïntroduceerd. In het Algemeen deel Nota van Toelichting – waarop bij deze consultatie integraal mag worden gereageerd – is over deze specifieke zorgplichten kort een en ander opgenomen, met name wat betreft hun belangrijke functie en effect. Algemene rijksregels zijn in aantal beperkt, terwijl specifieke zorgplichten gelden voor alle activiteiten (zie paragraaf 2.2.3 en 2.5.2).

De insteek om meer te gaan werken via de specifieke zorgplichten heeft grote gevolgen voor de handhavingspraktijk. De wetgever lijkt zich dat onvoldoende te realiseren. Handhaving zal moeilijker worden, met name in die gevallen waar discussie kan ontstaan over de inhoud of concrete betekenis van de zorgplicht. Ook bij gevallen die er wel toe doen, maar die mogelijk niet significant zijn, zullen problemen ontstaan over de vraag of er wel een bevoegdheid tot handhaving is. Zoals hierna nog zal worden onderbouwd, is de bestuursrechter nogal kritisch op handhaving aan de hand van zorgplichten. Zowel de rechtszekerheid als het milieubelang zijn in het geding.

II. Hoe toetst de rechter bij handhaving o.g.v. zorgplichten?

Met referentie aan de 'botsproef' over glastuinbouw onder de nieuwe Omgevingswet, die plaatsvond op 11 december te Den Haag, is het op z'n plaats om kort aandacht te besteden aan het rechterlijke toetsingskader bij handhaving op basis van zorgplichten.

Momenteel is het toetsingskader als volgt. Als er geen specifieke regels van toepassing zijn uit het Activiteitenbesluit, dan geldt artikel 2.1 Ab als vangnet (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ9980). Deze zorgplicht vinden we terug in artikel 2.11 Bal. Regels uit de rechtspraak over 2.1 Ab gelden dus ook voor 2.11 Bal. Die regels zijn streng. De zorgplicht is bruikbaar bij handhaving, maar er moet wel voldoende onderzoek zijn gedaan naar de milieugevolgen en gemotiveerd zijn waarom deze een normschending inhouden (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBGEL:2013:2640). Een verzoek om handhaving op grond van artikel 2.1 Ab leidt niet tot een verplichting om direct onderzoek te doen naar de vraag of een gewraakte handeling daadwerkelijk een overtreding van de zorgplicht inhoudt. "Dat zou, gelet op de hoge drempel voordat artikel 2.1, eerste lid, wordt overtreden, een te grote onderzoekslast op verweerder leggen." (citaat uit ECLI:NL:RBGEL:2018:4164). Verder is de algemene norm dat handhavingsmaatregelen bij zorgplichten "uitsluitend worden getroffen wanneer het handelen of nalaten van de drijver van de inrichting onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht" (citaat uit ECLI:NL:RVS:2013:1896; zie voorts ABRS 10 augustus 2011, nr. 201012817/1/M1).

De bestuursrechter acht handhaving op grond van zorgplichten dus mogelijk, maar er geldt een 'hoge drempel' en er moet sprake zijn van handelen 'onmiskenbaar in strijd met de zorgplicht'.

III. Handhaving op basis van het Bal

De specifieke zorgplichten uit het Bal zijn per definitie niet specifiek. Zorgplichten hebben immers een algemeen karakter. Als er in de handhavingspraktijk niet snel gebruik van zorgplichten mag worden gemaakt, dan helpt het niet als de zorgplichten te vaag zijn. Met andere woorden, enerzijds moet een zorgplicht voldoende concreet zijn om als basis voor handhaving te dienen, anderzijds is een zorgplicht algemeen geformuleerd. Dit is de paradox van handhaving op basis van zorgplichten. Het is dus zoeken naar een evenwicht tussen een voldoende concrete, bruikbare zorgplicht en een algemene (vangnet)formulering. Omdat in een rechtszaak de rechter kritisch beoordeelt wat de wettelijke zorgplicht precies inhoudt, zal er zeker worden gekeken naar de bedoeling van de wetgever.

Momenteel is de zorgplicht uit het Ab uitgeschreven in lid 2 onder a t/m q. Daarmee biedt dit artikellid een concretisering van de zorgplicht. Die concretisering verdwijnt ten dele in artikel 2.11 Bal. Dat maakt handhaving moeilijker. Een voorbeeld is dat de zorg voor een goede staat van onderhoud van de inrichting (artikel 2.1 lid 2 onder m Ab) vervalst. Het kan best zo zijn dat dit onder het nieuwe artikel 2.11 lid 3 onder a Bal valt, maar dat is nergens terug te lezen. Bij discussie in de rechtszaal zal er worden gekeken naar de bedoeling van de wetgever. Bij twijfel zal de rechter handhaving op basis van een ambigue zorgplicht niet goedvinden. Ergo, als artikel 2.11 Bal onveranderd blijft, dan moet de Nota van Toelichting worden uitgebreid. Hoe meer uitleg over de bedoeling van het artikel, hoe beter. En hoe meer concrete voorbeelden, hoe beter. De rechtspraktijk heeft handvatten van de wetgever nodig.

Nieuw is dat enkel "significante milieuverontreiniging" een overtreding vormt (artikel 2.11 lid 3 onder c Bal alsook lid 2 onder d). In de eerste plaats geldt momenteel geen 'significant-eis' (zie bijv. artikel 2.1 lid 2 onder d Ab). Dus: er mocht geen verontreiniging van oppervlaktewater plaatsvinden, terwijl er onder het Bal in ieder geval geen significante verontreiniging mag zijn. Dit is als een verlichting van de zorgplicht te lezen. Is dat wenselijk? In de tweede plaats is het woord 'significant' niet gedefinieerd. Het lijkt erop alsof het woord significant erin gekomen is, omdat in lid 3 in de aanhef staat dat 'in ieder geval' (etc.). Dan past het niet om onder c enkel te zeggen: 'geen

milieuverontreiniging wordt veroorzaakt'. Dat zou al te strikt zijn. Als de rechter kritisch kijkt naar handhaving op basis van zorgplichten, wat heeft de handhavende overheid dan aan een woord als significant? Wanneer is een overtreding significant. Of wat heeft een (vermeende) overtreder aan zo'n woord? Dit leidt enkel tot discussie in de rechtszaal. En bij onzekerheid of twijfel zal de rechter het sein op rood zetten. Dat gaat ten koste van het milieu, want dat is uiteindelijk het belang in het kader waarvan wordt gehandhaafd.

Daarnaast is op meerdere plaatsen in het Bal een verbod vervangen door een verwijzing naar de specifieke zorgplicht. Denk aan artikel 3.62 lid 4 Ab, dat een verbod inhoudt op lozing van reinigingswater als er visuele verontreiniging ontstaat bij dat lozen. Is dit verbod te brengen onder een van de nieuwe zorgplichten? Is de visuele verontreiniging met kalkwater dan zo'n significante verontreiniging? Gelet op de kritische blik van de rechter is dit niet rond te maken. In het verlengde van dit voorbeeld valt nog te noemen artikel 3.71 lid 4 Ab, dat vervalt. Ook artikel 3.72 lid 1 t/m 3 Ab vervalt, terwijl lid 2 juist een hanteerbare norm bevat over controle en onderhoud van een volumemeter. Dat valt weg onder het Bal. Is rechtens afdwingbaar dat onder een specifieke zorgplicht eenmaal per drie jaar moet worden gecontroleerd? En als dit al een overtreding van de zorgplicht is, waarom volstaat dan bijvoorbeeld niet eenmaal per vijf jaar controleren? En wat nu als er lokale verschillen ontstaan? De frequentie van een controle is niet iets dat per gebied verschilt. Het is eerder een objectiveerbare norm, die in het kader van het gelijkheidsbeginsel overal hetzelfde zou moeten zijn.

DGA maakt zich kortom zorgen over de handhavingsmogelijkheden op basis van de specifieke zorgplichten die in het Bal zijn opgenomen. Dat is niet goed voor de rechtszekerheid en voor het milieu.

IV. Steun in advies Raad van State

Op 22 december 2017 heeft de Afdeling advisering van de Raad van State advies uitgebracht over de nieuwe wet (Advies W14.17.0198/IV). DGA voelt zich in haar (opbouwend bedoelde) kritiek gesteund door het advies dat de Raad van State heeft uitgebracht.

Ter illustratie citeert DGA uit het advies voornoemd. De citaten behoeven geen nadere toelichting.

Onder C van het advies:

"6. Afwijking van algemene regels

a. Reikwijdte bescherming nationale regels

Bij de clustering en bundeling van de bestaande regelgeving in de nu voorliggende amvb's is getoetst aan het uitgangspunt 'decentraal tenzij' en aan het uitgangspunt dat bij implementatie van EU-richtlijnen niets anders of meer in de regelgeving wordt vastgelegd dan waartoe de EU-richtlijn verplicht. (zie noot 22) De reikwijdte van de normering via het Bkl (instructieregels waarbij differentiatie per locatie aangewezen is) is als gevolg hiervan niet wezenlijk kleiner geworden. Slechts de gedetailleerde sturing op de beoordeling van de gevolgen van ammoniak emissies is losgelaten. (zie noot 23) De normering via het Bal is met het oog op 'decentraal tenzij' wel beperkt in de zin dat milieubelastende activiteiten in de sfeer van o.a. horeca, recreatie, detailhandel, scholen, dierenpensies ed. in beginsel decentraal moeten worden geregeld, terwijl daarvoor in de huidige situatie doorgaans wel ook rijksregels gelden. (zie noot 24) Daarnaast zijn bepaalde concrete voorschriften in het Bal vervangen door specifieke zorgplichten. Het gaat dan volgens de toelichting om regels die 'vanzelfsprekend' zijn of die een zeldzaam geval betreffen. Dit beperkt echter wel de houvast die voor bescherming aan de

regelgeving kan worden ontleend. Gedetailleerd uitgewerkte regels bieden immers meer houvast dan abstracte zorgplichten, wat er zij van de nadelen die daar volgens de nota van toelichting aan kleven." (onderstreping: DGA)

En eveneens onder C van het advies:

"11. Specifieke zorgplichten

In het Bal zijn voor verschillende categorieën activiteiten algemene regels geformuleerd. Het gaat om de volgende categorieën: milieubelastende activiteiten en lozingsactiviteiten, activiteiten in of bij waterstaatswerken in beheer bij het Rijk, activiteiten in de Noordzee, activiteiten rond rijkswegen, activiteiten die het cultureel erfgoed betreffen en activiteiten die het werelderfgoed betreffen. Voor ieder van deze categorieën van activiteiten zijn in het Bal specifieke zorgplichten opgenomen. (zie noot 105)

De reden voor het opnemen van specifieke zorgplichten voor deze categorieën is onder meer gelegen in het streven naar deregulering. Door het opnemen van zorgplichten hoeven regels niet langer in detail te worden uitgeschreven. In het huidige omgevingsrecht zijn ook al zorgplichten opgenomen. (zie noot 106) Maar de bedoeling is dat ze in het nieuwe omgevingsrecht een grotere betekenis krijgen. Verschillende concrete regels worden geschrapt en worden vervangen door zorgplichtbepalingen. De specifieke zorgplichten komen naast de algemene zorgplichten in de Omgevingswet te staan. (zie noot 107) Daarom worden ze specifieke zorgplichten genoemd. De algemene zorgplichten zijn alleen bestuursrechtelijk handhaafbaar. De specifieke zorgplichten zijn zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk handhaafbaar.

In de specifieke zorgplichtbepalingen worden veel vage termen als passend, geschikt, representatief, doelmatig en redelijkerwijs gebruikt. Hoewel een zekere vaagheid inherent is aan het formuleren van zorgplichten, is er in de consultatiereactie van de Afdeling bestuursrechtspraak op gewezen dat door het gebruik van genoemde vage termen valt te verwachten dat zich in de praktijk regelmatig geschillen zullen voordoen over de invulling daarvan. (zie noot 108) Dat zal met name zo zijn in de handhavingssfeer, waarbij niet op voorhand voor een initiatiefnemer en andere belanghebbenden duidelijk zal zijn welke concrete verplichtingen uit een zorgplichtbepaling voortvloeien, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak in de consultatiereactie.

In het bijzonder is er daarbij in de consultatiereactie op gewezen dat in een aantal van de zorgplichtbepalingen is bepaald dat de zorgplicht mede inhoudt dat de initiatiefnemer de beste beschikbare technieken toepast. De regelgeving die met het vereiste van beste beschikbare technieken samenhangt is complex, omvangrijk en technisch-juridisch van aard. Gelet hierop is in de consultatiereactie dan ook opgemerkt 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.

In het verslag over de consultatiereacties (zie noot 109) wordt opgemerkt dat uit vaste jurisprudentie volgt dat steeds geldt dat er sprake moet zijn van een "onmiskenbaar" in strijd handelen met een zorgplicht voordat er direct handhavend kan worden opgetreden, zodat niet meer geschillen worden verwacht. De term "onmiskenbaar" is echter evengoed vaag. Geschillen over de invulling van vage termen in specifieke zorgplichten kunnen zich daarmee verplaatsen naar de invulling van het begrip "onmiskenbaar". De Afdeling verwacht dan ook niet dat dit criterium een toename van geschillen kan voorkomen." (onderstreping: DGA)

V. Suggesties

Om forse problemen te voorkomen wat betreft handhaving en omwille van de rechtszekerheid en het milieubelang verzoekt DGA de wetgever om:

- Vervanging van het woord significant in artikel 2.11 lid 2 onder d en lid 3 onder c Bal door het woord betekenisvolle of onwenselijke, althans door een ander passend woord.
- Meer toelichting over wijzigingen/weglatingen in het Bal ten opzichte van het Activiteitenbesluit, bij voorkeur onder toevoeging van voorbeelden uit de praktijk. Dat kan in de Nota van Toelichting (deel 6) of op een andere, passende wijze.
- Een concreet handvat voor rechtszoekende en rechter aangaande de 'hoge drempel-jurisprudentie' ofwel de 'onmiskerbare strijd-jurisprudentie'. Dat kan in de Nota van Toelichting (deel 6) of op een andere, passende wijze.
- Meer toelichting over het feit dat er op geen enkele wijze een versoepeling van het milieubeschermingsniveau is beoogd, ondanks de waarschuwingen van het advies van de Raad van State dat dit in de rechtspraak anders kan worden gezien. Dat kan in de Nota van Toelichting (deel 6) of op een andere, passende wijze.
- Op rijksniveau te komen tot materiële invulling van zorgplichten, bijvoorbeeld per sector (zoals de glastuinbouw). Al is het maar in de vorm van een pilot.
- Conform het advies van de Raad van State niet te volstaan met de standaard evaluatie van de wet, maar om te zorgen voor waarborgen voor een onafhankelijke uitvoering van de evaluatie met bijzondere aandacht voor de handhavingspraktijk.

Tot slot merkt DGA op, dat zij de wetgever dankt voor de mogelijkheid om inbreng te kunnen leveren over de nieuwe wet.

Hoogachtend,

De Groote Advocatuur B.V.

Michiel de Groote (advocaat)