

# Artikel

## Zorgplichten, ei van Columbus of zorgenkindje?

Mr. M.J. Bloos, mr. F. Mattheijer en mr. L.J. Wildeboer\*

### 1. Inleiding

Op 1 januari 2024 is de Omgevingswet (Ow), na een langdurig wetgevingsproces en herhaald uitstel, dan toch eindelijk ingevoerd. De Ow kan grote gevolgen gaan hebben voor de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving van het omgevingsrecht. Zo introduceert de Ow meer algemene regels in plaats van vergunning(plicht)en, meer flexibiliteit en meer zorgplichten. In deze bijdrage zullen wij nader stilstaan bij de introductie van enkele zorgplicht(en) in de Ow en daarop gebaseerde besluiten en meer in het bijzonder enkele ontwikkelingen die zich mogelijk zullen voordoen op het gebied van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving van enkele van die nieuwe zorgplichtbepalingen.

Allereerst introduceren artikel 1.6, 1.7 en 1.7a Ow algemene zorgplichten, naast de al bestaande zorgplichten (zie nader paragraaf 2). Deze algemene zorgplichten verlangen dat eenieder voldoende zorg voor het milieu oftewel de fysieke leefomgeving (in de terminologie van de Ow) in acht neemt. Deze algemene zorgplichten hebben uitdrukkelijk een vangnetfunctie en mogen alleen worden toegepast als bij wettelijk voorschrift of besluit (vergunning) geen specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de Ow. Deze algemene zorgplichtbepalingen geven meer flexibiliteit, maar dat heeft zijn weerslag op de rechtszekerheid. Wij verwachten dat daardoor meer juridische procedures zullen worden gevoerd over de bestuurs- en strafrechtelijke handhaving

van de invulling en toepassing van die regels en zorgplichten. De Ow biedt weliswaar meer mogelijkheden voor maatwerk, maar burgers en bedrijven hebben ook recht op duidelijkheid over de vraag of zij een bepaalde activiteit mogen uitvoeren.

De Ow bevat ook zorgplichten met een specifiek karakter, die geen vangnetkarakter hebben (zie nader paragraaf 3). Een opmerkelijk verschil met de voorheen bestaande zorgplichten is dat deze specifieke zorgplichten ook gelden naast de eventuele vergunningplicht en algemene regels.<sup>1</sup> Ze werken dus niet slechts als vangnet, maar gelden ook wanneer vergunningvoorschriften of algemene regels van toepassing zijn. Dat roept (mede) de vraag op wat de rol wordt van de vergunning of algemene regels. Tot nu toe mochten burgers en bedrijven uitgaan van hun vergunning, terwijl zorgplichten straks mogelijk aanvullende verplichtingen opleggen. In onze ogen zal dat de nadruk op de handhaving vergroten. Als de vergunning minder leidend is en wordt aangevuld met zorgplichten, zal de inhoud en omvang van de zorgplicht in belangrijke mate moet worden bepaald op basis van handhaving in de praktijk. Maar hoe in zulke gevallen te handhaven? Dit vergt niet alleen veel van zowel handhavende instanties als rechters, maar is ook van groot belang voor burgers en bedrijven. De hamvraag voor die laatste groep is of zij kunnen volstaan met naleving van hun vergunning of voor hen geldende algemene regels, of dat er meer van hen kan worden verlangd en zij desondanks kunnen worden geconfronteerd met handhaving en sancties. In de praktijk zien wij bij diverse bedrijven de vrees dat zij met nieuwe eisen zullen worden geconfronteerd op grond van de specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten, mede

109

\* Mr. M.J. Bloos is Of Counsel bij Houthoff. Mr. F. Mattheijer is advocaat-counsel bij Houthoff. Mr. L.J. Wildeboer is advocaat-counsel bij Houthoff.

1 Stb. 2018, 293, o.a. p. 488, 508 en 578.

vanwege de ontwikkelingen die zich nu al voordoen bij bijvoorbeeld Tata en Chemours.

In deze bijdrage zullen wij eerst ingaan op de nieuwe, algemene omgevingsrechtelijke zorgplicht- en vangnetbepalingen in de Ow (paragraaf 2). Daarbij zullen wij specifiek ingaan op de bezwaren tegen de strafrechtelijke handhaving van de generieke zorgplichtbepaling van artikel 1.7a Ow. Vervolgens zullen wij ingaan op de specifieke zorgplichtbepalingen (paragraaf 3). Daarbij zullen wij specifiek ingaan op problemen die wij voorzien bij de bestuursrechtelijke handhaving van deze bepalingen in verband met rechtsonzekerheid vanwege het achteraf opleggen van aanvullende eisen aan bedrijven vanwege schending van een specifieke zorgplicht. Ten slotte volgt een afronding in paragraaf 4.

## 2. Algemene zorgplicht- en vangnetbepalingen artikel 1.6-1.7a Ow

### 2.1 Algemeen, verschillen voor en na inwerkingtreding Ow

De Ow heeft als voornaamste doel te komen tot een verbetering, vereenvoudiging en bundeling van een groot aantal omgevingsrechtelijke regelingen, die met de inwerkingtreding van de Ow veelal zijn vervallen. Voor de inwerkingtreding van de Ow gold een groot aantal losse regelingen, waarin ook al een aantal zorgplichtbepalingen was opgenomen. Dit betreft bijvoorbeeld artikel 1.1a Wet milieubeheer (Wm), artikel 2.1 Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm) en artikel 13 Wet bodembescherming (Wbb).<sup>2</sup> De Ow geeft deze al bestaande zorgplichten een belangrijke(r) plaats, waardoor zij naar verwachting aan belang zullen toenemen onder de Ow. Het gros van de bestaande zorgplichten heeft weliswaar een nieuw onderkomen gekregen in de Ow of een daarop gebaseerde regeling, maar is niet wezenlijk gewijzigd. Het al bestaande en nieuwe regime van zorgplichten kent echter ook een aantal wezenlijke verschillen.

Een eerste verschil tussen het voormalige en huidige regime van zorgplichten is dat de al bestaande zorgplichten zijn aangevuld met nog algemenere zorgplicht- en vangnetbepalingen. De voorheen al bestaande zorgplichten zijn meestal van toepassing op specifieke(re) activiteiten en soms ook expliciet als 'specifieke zorgplicht' aangeduid, zoals het verrichten van bepaalde activiteiten op een oppervlaktewaterlichaam.<sup>3</sup> Deze specifiekere zorgplichten zijn aangevuld met algemenere

zorgplicht- en vangnetbepalingen, die zijn opgenomen in de Ow zelf. Dit betreft de bestuursrechtelijk te handhaven artikelen 1.6 en 1.7 Ow en het strafrechtelijk te handhaven artikel 1.7a Ow, waarop dit hoofdstuk zich verder zal concentreren. Deze meest algemene zorgplicht- en vangnetbepalingen zijn niet van toepassing op specifieke activiteiten of partijen, maar 'voor heel Nederland'.<sup>4</sup> Onderling kennen deze algemene zorgplicht- en vangnetbepalingen weer gradaties in algemeenheid. De meest algemene zorgplicht van artikel 1.6 Ow bepaalt dat eenieder voldoende zorg moet dragen voor de fysieke leefomgeving. Vanwege haar extreem open karakter en het ontbreken van een nadere uitwerking bij AMvB, is het nog de vraag in hoeverre deze bepaling geschikt zal blijken voor handhaving.<sup>5</sup>

Artikel 1.7 Ow is iets concreter, en bepaalt dat eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, verplicht is (a) alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen; (b) voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen: die gevolgen zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken; of (c) die activiteit achterwege te laten als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd. Deze zorgplichten van artikel 1.6 en 1.7 Ow kunnen uitsluitend bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. De gedachte daarbij is dat de algemene zorgplichtbepalingen een hele brede reikwijdte hebben en bovendien open normen bevatten die zich minder goed zouden lenen voor strafrechtelijke handhaving. Bovendien geldt dat een algemene zorgplicht, zoals bijvoorbeeld artikel 13 Wbb, soms ook over de boeg van een specifieke zorgplicht handhaafbaar is, omdat het daarbij gaat om milieubelastende activiteiten, die wel strafrechtelijk handhaafbaar zijn.<sup>6</sup> In tegenstelling tot artikel 1.6 en 1.7 Ow, kan artikel 1.7a Ow strafrechtelijk worden gehandhaafd. Deze bij de Invoeringswet Omgevingswet nog toegevoegde bepaling is volgens de wetgever uitdrukkelijk geen zorgplichtbepaling, maar alleen een vangnetbepaling.<sup>7</sup> Anders dan artikel 1.6 en 1.7 Ow kan deze bepaling ook strafrechtelijk worden gehandhaafd. Artikel 1.7a Ow bepaalt dat het verboden is een activiteit te verrichten of na te laten als door het verrichten of nalaten daarvan aanzienlijke nadelige ge-

2 Zie voor een uitvoeriger overzicht bijvoorbeeld F.P.C.L. Tonnaer, 'Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, p. 89-100. De meest uitvoerige naslagwerken zijn o.a. M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001 en B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen* (diss. Rotterdam), Nijmegen: WLP 2011.

3 Art. 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving (Bal).

4 Zie o.a. *Kamerstukken II 2017/18*, 34986, nr. 3, p. 57.

5 Tonnaer heeft betoogd dat deze bepaling, zonder verdere invulling, niet meer dan een 'signaalfunctie' heeft. Zie F.P.C.L. Tonnaer, 'Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, p. 89-100, op p. 93.

6 Zie daarover uitgebreid: R. Bassie, 'De zorgplicht van artikel 13 Wbb onder de Omgevingswet: is sprake van een beleidsneutrale omzetting met een gelijkwaardig beschermingsniveau?', *VGR* 2022-1.

7 Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34986, nr. 3, p. 133: 'De bepaling bevat geen algemeen geformuleerde zorgverplichting die de normadressaat ruimte laat voor een variëteit in gedragsalternatieven. Het bevat een verbod op het verrichten of nalaten van bepaalde activiteiten, die aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving hebben of dreigen te hebben.'

volgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan.<sup>8</sup>

Een tweede verschil tussen het voormalige en huidige regime is dat artikel 1.6 t/m 1.7a Ow niet alleen een nog algemener karakter hebben dan voorheen bestaande zorgplichten, maar ook dat artikel 1.6 t/m 1.7a Ow expliciet het karakter hebben van vangnetbepalingen. Artikel 1.8 lid 1 Ow bepaalt dat aan de zorgplichten van artikel 1.6 en 1.7 Ow in ieder geval wordt voldaan als met het oog op de doelen van de Ow<sup>9</sup> specifieke regels zijn gesteld en die regels worden nageleefd. Artikel 1.8 lid 2 Ow bepaalt dat artikel 1.7a Ow niet van toepassing is als met het oog op de doelen van de Ow<sup>10</sup> specifieke regels zijn gesteld, waarbij ditmaal niet wordt vereist dat die regels ook worden nageleefd. Hiermee komt de essentie van artikel 1.6-1.7a Ow tot uitdrukking, namelijk dat het gaat om vangnetbepalingen die primair kunnen worden toegepast als de wetgever bepaalde ontwikkelingen niet heeft (kunnen) voorzien.<sup>11</sup>

Een derde verschil met het voormalige regime dat met het bovengenoemde vangnetkarakter samenhangt, is de beoordeling die in de praktijk nodig zal zijn om tot handhaving van artikel 1.6 t/m 1.7a Ow te mogen overgaan. Bij de meer klassieke zorgplichtbepalingen hoeft 'slechts' te worden beoordeeld of de toepasselijke zorgplicht zelf geschonden is. Daarbij komt het veelal aan op de beoordeling of sprake is van voorzorgsmaatregelen om (potentiële) ongewenste gevolgen te voorkomen en, zo ja, of die maatregelen (achteraf) voldoende waren. In de meeste gevallen vergt die beoordeling al de nodige expertise met betrekking tot gangbare en/of redelijke zorgvuldigheid in het kader van de betreffende activiteit. Bij de invulling van artikel 1.6 t/m 1.7a Ow komt daar nog een stap bij, namelijk de juridische beoordeling of met oog op de doelen van de Ow specifieke regels zijn gesteld (die al dan niet moeten zijn nageleefd). Dit vergt dus (1) kennis van het zeer uitvoerige stelsel van regels die bij of krachtens de Ow zijn geregeld en (2) een analyse van het doel of de doelen die met die bestaande regels gediend zijn. Pas op basis daarvan kan worden geconcludeerd of het mogelijk en nodig is dat artikel 1.6 t/m 1.7a Ow hun vangnetfunctie vervullen en deze bepalingen dus überhaupt van toepassing zijn.

8 Zie voor een uitvoerige analyse van deze bepaling D.R. Doorenbos, 'Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet', *NJB* 2021/907.

9 Zie art. 1.3 Ow voor deze breed geformuleerde doelen, kort gezegd het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit en het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften.

10 Zie art. 1.3 Ow voor deze breed geformuleerde doelen, kort gezegd het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit en het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften.

11 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 3, p. 134.

## 2.2 Strafrechtelijke vangnetbepaling artikel 1.7a Ow

Artikel 1.7a lid 2 Ow bepaalt dat de toepassing van deze bepaling nader wordt uitgewerkt of begrensd bij AMvB. Artikel 1.3 Omgevingsbesluit (Ob) bevat een eerste, maar bij nader inzien beperkte aanzet tot die uitwerking. Dit betreft een niet-limitatieve opsomming van drie tamelijk breed omschreven activiteiten, zoals het in of op de bodem brengen van stoffen of activiteiten die erosie, verdichting of verzilting tot gevolg hebben, als dat leidt tot aantasting of dreigende aantasting van de bodem.<sup>12</sup> De drie uitgewerkte voorbeelden kunnen bruikbaar zijn voor de toepassing van artikel 1.7a lid 2 Ow voor zover een bepaalde activiteit onder een van de drie voorbeelden valt, maar als dat niet het geval is, moet worden teruggevallen op de zeer algemene bevoordingen van artikel 1.7a lid 2 Ow in combinatie met de 'vangnetgedachte'.

Het is nog onduidelijk of artikel 1.3 Ob in de nabije toekomst zal worden aangevuld met (veel) meer voorbeelden van activiteiten waarop artikel 1.7a lid 2 Ow in ieder geval ziet, of dat er op dat vlak nog *guidance* zal verschijnen. Mede gelet op de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving van deze bepaling lijkt ons dat wel zeer wenselijk. Doorenbos heeft betoogd dat deze bepaling, bij gebreke van nadere verheldering, problematisch is vanuit het perspectief van het *lex certa*-gebod en artikel 7 EVRM.<sup>13</sup>

Als de memorie van toelichting (MvT) met betrekking tot artikel 1.7a Ow wordt afgezet tegen de uiteindelijke regeling, vallen drie zaken op. Ten eerste is in de MvT aangegeven dat deze bepaling 'een grondslag [biedt] om strafrechtelijk handhaafbare regels te stellen over onbedoemde activiteiten met aanzienlijk nadelige gevolgen'.<sup>14</sup> Het praktische bereik van de bepaling is echter veel ruimer dan wat is bepaald in artikel 1.3 Ob, omdat de reikwijdte van artikel 1.7a lid 1 Ow daar niet aan gekoppeld is. Zoals gezegd bevat artikel 1.3 Ob slechts niet-limitatieve voorbeelden van activiteiten die in ieder geval onder het bereik van artikel 1.7a Ow vallen.

Ten tweede wordt verderop in de MvT aangegeven dat de omvang van de 'aanzienlijke nadelige gevolgen' die worden vereist door de verbodsbepaling van artikel 1.7a lid 1 Ow nader zullen worden gedefinieerd bij AMvB.<sup>15</sup> Het bovengenoemde artikel 1.3 Ob bevat deze duiding echter niet, zodat de nadere verduidelijking en begrenzing die blijkbaar beoogd werd ook in dit opzicht niet geslaagd valt te noemen.

Ten derde valt op dat het in de MvT genoemde voorbeeld waarin artikel 1.7a Ow toepassing zou kunnen

12 Zie hierover uitvoerig: D.R. Doorenbos, 'Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet', *NJB* 2021/907, par. 5.

13 D.R. Doorenbos, 'Modieuze milieudelicten', *Milieu en Recht* 2021/106, o.a. par. 3 en D.R. Doorenbos, 'Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet', *NJB* 2021/907, o.a. par. 3.

14 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 3, p. 57.

15 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 3, p. 132.

vinden, te weten een incident met een tankauto met gevaarlijke stoffen, sprake is van ‘grove nalatigheid’. Volgens wordt opgemerkt *‘uiteraard geldt hierbij dat voor de toepassing [van artikel 1.7a Ow] relevant is of er sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten. Daarbij is onder meer relevant of de overtreder wist of had moeten weten dat er daardoor aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving (zouden kunnen) ontstaan’*.<sup>16</sup> Dat de wetgever dit weet of had moeten weten ziet als een vanzelfsprekende voorwaarde, vinden wij goed passen bij het feit dat deze bepaling specifiek in het leven is geroepen voor strafrechtelijke handhaving en deze voorwaarde de praktische reikwijdte van het verbod nog enigszins kan begrenzen. Opmerkelijk is echter dat die voorwaarde niet tot uiting komt in de tekst van artikel 1.7a Ow.<sup>17</sup> Dit is nog opmerkelijker als die tekst wordt afgezet tegen de tekst van het bestuursrechtelijk te handhaven artikel 1.7 Ow dat hiervoor al werd besproken, en waarin wel de eis wordt gesteld dat de overtreder weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving. Het had in onze ogen sterk de voorkeur verdiend als de uit de MvT volgende ‘belofte’ van een nadere begrenzing van het zeer ruim geformuleerde artikel 1.7a Ow ook was teruggekomen in de daadwerkelijke regeling.

### 2.3 Bezwaren strafrechtelijke handhaving artikel 1.7a Ow

Zoals benoemd is artikel 1.7a Ow een grondslag voor strafrechtelijk handhaven. De reikwijdte van het in die bepaling omschreven handhaafbaar gedrag is vrijwel onbeperkt. Ieder type activiteit, ondernomen door ieder persoon, kan daar in principe onder vallen. Het moge dan ook niet verbazen dat het artikel wordt omschreven als *‘bedenklijk stukje’* wetgeving<sup>18</sup> en (Raad van State) *‘buitengewoon onbepaald’*.<sup>19</sup> De redenen voor deze kritische omschrijvingen zijn steeds voornamelijk (terecht) gevonden in de spanning van artikel 1.7a Ow met het legaliteitsbeginsel. Inderdaad is het zo dat enige strafbaarstelling voldoende zekerheid moet bieden over welke gedragingen strafbaar zijn gesteld; en inderdaad is het zo dat de wettekst van artikel 1.7a Ow in dat licht bijzonder onbepaald is.

Neem bijvoorbeeld het begrip ‘aanzienlijke nadelige gevolgen’. De betekenis daarvan wordt niet uitgewerkt in het Omgevingsbesluit. Volstaan wordt met de vermelding dat artikel 1.7a Ow van toepassing is indien ‘aan-

zienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan’, en dat tegen handelen of nalaten dat leidt of kan leiden tot ‘aanzienlijke gevolgen voor de fysieke leefomgeving’ strafrechtelijk kan worden opgetreden. Beperkte gevolgen vallen er in ieder geval niet onder. Of met ‘aanzienlijk’ echter wordt bedoeld op de ernst van het nadeel of op grootschaligheid waarin de gevolgen zich voordoen, of op beide, blijft onduidelijk.<sup>20</sup> Daardoor is het in grote mate aan de officier van justitie, als die de vervolgingsbeslissing neemt, om (in eerste instantie) te bepalen wat mogelijk aanzienlijke nadelige gevolgen zijn. Dit terwijl de meningen over wat aanzienlijke nadelige gevolgen inhouden in de samenleving niet altijd gelijk zullen vallen met gevolgen die volgens de officier voor strafrechtelijke handhaving kwalificeren. De officier van justitie en/of de strafrechter krijgen daarmee een nog veel grotere interpretatievrijheid dan zij in het economisch strafrecht vaak al hebben. Gevolg daarvan is dat individuen mogelijk veroordeeld zullen worden voor handelen waarvan zij die consequentie niet (konden) voorzien. Een discussie over zoiets als ‘aanzienlijke nadelige gevolgen’, moet in onze ogen worden gevoerd vóórdat deze wetgeving strafrechtelijk wordt gehandhaafd. Dat zeker wanneer aan de aanwezigheid daarvan zeer ingrijpende (vrijheidsbenemende) maatregelen kunnen worden verbonden en het personele toepassingsbereik vrijwel onbeperkt is.

### 2.4 De rollen omgedraaid

De praktische gevolgen, met ernstige consequenties, van de reikwijdte van artikel 1.7a Ow reiken echter nog veel verder. Het Nederlandse strafprocesrecht opereert op basis van het opportuniteitsbeginsel en een vervolgingsmonopolie. De koppeling tussen beide geeft (alleen) de officier van justitie de ruimte om te beslissen wanneer wel en wanneer niet tot onderzoek overgegaan wordt. Een aangifte is relatief simpel gedaan. Met de bevoegdheid tot selectie wordt gewaarborgd dat het vervolgingsapparaat op efficiënte wijze wordt aangewend. Als gevolg daarvan valt te verwachten dat aangiften tegen bezitters van de benzine slurpende klassieker met een V6- of V8-motor, de rokende of de barbecueënde buur<sup>21</sup> – hoewel dat gelet op de tekst van artikel 1.7a Ow wel zou kunnen – niet snel tot een strafrechtelijk onderzoek leiden. In de meeste, meer ‘huiselijke’ situaties waarin artikel 1.7a Ow in theorie in beeld zou kunnen komen, zal onder meer het opportuniteitsbeginsel er in onze ogen toe leiden dat discussies over de duidelijkheid van de bepaling zich in dat soort gevallen zelden tot nooit voordoen, in ieder geval niet bij de strafrechter. Naar onze verwachting wordt dat anders op het moment dat beter georganiseerde groepen van aangevers, al dan niet vertegenwoordigd door een belangenorganisatie en bijgestaan door juristen, een ‘massa-aangifte’ doen. Een dergelijke aangifte kan bijvoorbeeld betrekking hebben op een omgevingsgerelateerd fenomeen dat klaarlijk-

16 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 3, p. 134.

17 Zie in dit verband ook Doorenbos, die op basis van de systematiek van de Wet op de economische delicten analyseert of opzet relevant is voor de misdrijf variant van art. 1.7a Ow en of dat opzet uitsluitend betrekking moet hebben op de activiteit of ook op de vereiste gevolgen. Zie D.R. Doorenbos, ‘Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet’, *NJB* 2021/907, par. 6. Boven genoemd citaat leidt tot verwarring over de vraag of die systematiek zonder meer van toepassing is op art. 1.7a Ow, of dat al een opzet- of schuldvereiste in die bepaling besloten ligt.

18 D. Doorenbos, ‘Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet’, *NJB* 2021/907, par. 1.

19 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 4, hoofdstuk G onder par. 24.

20 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 4, par. 2.1.6.

21 Zie: D. Doorenbos, ‘Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet’, *NJB* 2021/907, par. 5.



lijk sterk leeft in de maatschappij en/of gericht zijn tegen een bedrijf dat in opspraak is geraakt. Niettegenstaande het opportuniteitsbeginsel, verlangt de maatschappij van het OM dat het responsief reageert op slachtoffers. En met name in gevallen waarin een dergelijke aangifte gepaard gaat met publiciteit, zal de druk op het OM om een dergelijke aangifte op te pakken zeer groot zijn. Mede met het oog op eventueel verweer in een artikel 12 Sv-procedure, zal het OM een serieuze massa-aangifte ten minste serieus onderzoeken.

Denkbaar is bijvoorbeeld de situatie dat een aanzienlijk aantal bewoners van een woningcorporatie besluit aangifte te doen op grond van artikel 1.7.a Ow, omdat de corporatie weigert zonnepanelen te plaatsen. Daarmee blijft de corporatie achter bij andere corporaties om de woningen beter te isoleren en hybride warmtepompen te plaatsen. De bewoners hebben een torenhoge gasrekening doordat de huizen niet geïsoleerd zijn en er wordt veel te veel gas verstoekt. Het is wetenschappelijk te onderbouwen dat het niet isoleren, niet plaatsen van de hybride warmtepomp en het niet plaatsen van de zonnepanelen aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de omgeving. Zodoende valt de situatie onder het bereik van artikel 1.7.a Ow. Het OM zal de kwestie serieus moeten bekijken en ook naar buiten brengen dat het de aangifte zal bestuderen en mogelijk zelfs dat het start met een onderzoek.

Voor het OM vormt artikel 1.7.a Ow zo een januskop in die zin dat het artikel zowel beperkingen als mogelijkheden met zich meebrengt. Personen die onderwerp van onderzoek worden, zijn echter van beide zijden de dupe. Dat wordt hieronder toegelicht.

Te beginnen met de beperkingen voor het OM. Er bestaat een risico dat via de weg van artikel 1.7.a Ow het niet langer het OM, maar de aangever wordt die bepaalt dat er een onderzoek gestart wordt. De druk op het OM om een massa-aangifte ten minste gedegen (en zichtbaar) te onderzoeken kan ertoe leiden dat artikel 1.7.a Ow aan de voorkant van het proces niet het vangnet is dat de wetgever beoogt, maar juist een brede trechter waardoor mogelijk te weinig kritisch wordt gekeken of sprake is van een specifieke verdenking. De (rechts)personen die onderwerp zijn van het onderzoek zullen direct en mogelijk permanent ingrijpende gevolgen ondervinden. Het enkele feit dat naar aanleiding van een massa-aangifte een strafrechtelijk onderzoek loopt naar een onderneming en/of feitelijk leidinggevenden kan onder meer aanzienlijke (reputatie)schade tot gevolg hebben. Die schade zal veelal niet worden weggenomen als het OM uiteindelijk zou concluderen dat er geen feitelijke basis is voor een succesvolle vervolging.

Dergelijke nadelige gevolgen van een potentiële strafvervolging zijn op het eerste gezicht niet uniek, omdat die ook kunnen intreden bij de handhaving van de meer gevestigde voorschriften in het economisch strafrecht. Wij menen echter dat dit wel degelijk heel anders kan liggen bij de handhaving van artikel 1.7.a Ow, vanwege

zijn unieke karakter van vangnetbepaling. Dat karakter brengt mee dat het OM bij ieder (potentieel) strafrechtelijk onderzoek niet alleen feitenonderzoek moet doen en moet beoordelen of sprake is van een strafrechtelijke overtreding, maar ook moet (laten) onderzoeken of en in hoeverre een specialis, een ‘ander voorschrift’ van toepassing is op de activiteit die is verricht of nagelaten. Dat onderzoek kan zeer specialistisch zijn en voordat daarover een definitief oordeel is geveld, kunnen jaren verstrijken. In de tussentijd zal het leven van betrokkenen onderhevig zijn aan negatieve pers en beperkingen. Als een dergelijk onderzoekstraject dan jaren duurt, is de onderzochte persoon al die tijd (en wellicht: ook nog lang daarna) in feite aangeschoten wild.

Anderzijds breidt artikel 1.7.a Ow de feitelijke mogelijkheden van het OM ook uit. Het artikel kan door het OM als gemakkelijke kapstok worden gebruikt voor de start van een strafrechtelijk onderzoek. Het haakje, ‘aanzienlijke nadelige gevolgen’, is immers snel gevonden. De verdachte zal veelal niet kunnen afdwingen dat het OM de beslissing of sprake is van een lex specialis, waardoor artikel 1.7.a Ow niet in beeld is, al aan de voorkant bij de start van het onderzoek neemt. Die beslissing kan het OM ook aan eind van het strafrechtelijk onderzoek nemen. De facto wordt daardoor het begrip ‘verdenking’ opgerekt en kan bij de verdenking van ‘rook’, sneller worden overgegaan tot een uitgebreid onderzoek naar het bestaan van vuur.

Zowel individuele aangifte(n) als het OM krijgen als gevolg van artikel 1.7.a Ow sneller de mogelijkheid om personen en ondernemingen in de strafrechtelijke hoek te plaatsen. Dit met alle financiële en maatschappelijke gevolgen voor die personen en ondernemingen van dien. In feite vormt artikel 1.7.a Ow op die manier een middel om het strafprocesrecht aan te wenden voor iets waar het niet voor bedoeld is. Onbeperkt schieten – met de belofte altijd raak.

### 3. Specifieke zorgplichten Ow

#### 3.1 Introductie specifieke zorgplichten voor milieubelastende activiteit

Als gezegd heeft de wetgever er met de invoering van de Ow ook voor gekozen om de vergunning(plicht)en (nog) meer terug te dringen en deze te vervangen door algemene regels. Die trend was al eerder zichtbaar in het Activiteitenbesluit. Ook de invoering van meer specifieke zorgplichtbepalingen in de Ow en de daarop gebaseerde AMvB's als het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl), vormt een belangrijke verandering. Deze specifieke zorgplichten zijn een uitwerking van de algemene zorgplicht in de Ow, maar zijn concreter en hebben betrekking op specifieke activiteiten. Zij zijn zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk handhaafbaar. Maar het belangrijkste verschil met de zorgplichten uit het huidige recht (zoals artikel 2.1 Activiteitenbesluit) is dat deze specifieke

zorgplichten altijd van toepassing zijn voor die specifieke activiteit waarvoor die zorgplicht geldt. Zo dus ook in de gevallen waarin rijksregels en vergunningsvoorschriften van toepassing zijn.

Gevolg daarvan is dat minder vaak concreet op voorhand met zekerheid kan worden aangegeven waar burgers en bedrijven aan moeten voldoen en dat die discussie vaker achteraf zal plaatsvinden in het kader van de handhaving, hetgeen ten koste gaat van de kenbaarheid van de verplichtingen waaraan een bedrijf moet voldoen, hetgeen weer ten koste gaat van de rechtszekerheid. De vraag rijst dan ook of dit een wenselijke ontwikkeling is, hoewel het ook bijdraagt om ongewenst gedrag (in de toekomst) tegen te gaan dat nog niet te voorzien is. Dit is de reden waarom we in dit artikel mede stilstaan bij de gevolgen van de introductie van specifieke zorgplichten voor bedrijven en de eisen die voor deze bedrijven gelden. Wij zien in de praktijk dat zij vrezen voor extra eisen in verband met bijvoorbeeld gezondheid en gevolgen voor de omgeving, zoals bijvoorbeeld de discussie over Tata en Chemours. De specifieke zorgplichten zouden daarvoor een katalysator kunnen zijn.

Zo bepaalt artikel 2.11 Bal bijvoorbeeld dat degene die een milieubelastende activiteit verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de belangen bedoeld in artikel 2.2 Bal, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om deze gevolgen te voorkomen, dan wel te beperken of ongedaan te maken. In artikel 2.11 lid 2 Bal is meer specifiek bepaald dat de zorgplicht in ieder geval inhoudt dat alle passende preventieve maatregelen worden getroffen, de beste beschikbare technieken worden toegepast en geen significante milieuverontreiniging wordt veroorzaakt.

Met de introductie van de specifieke zorgplicht(en) heeft de wetgever beoogd, hoewel de wetgever daarover niet zo expliciet is als in het geval van de algemene zorgplicht(en) in de Ow zelf, te komen tot (i) deregulering,<sup>22</sup> door gedetailleerde regels en regels voor activiteiten met (relatief) weinig impact voor de omgeving te schrappen, en (ii) bewustwording en aandacht voor de eigen verantwoordelijkheid.<sup>23</sup> Elders merkt de wetgever op dat de (specifieke) zorgplichtbepalingen het midden houden tussen de algemene zorgplichtbepalingen en uitgewerkte vergunningvoorschriften.<sup>24</sup>

### 3.2 Problemen uitleg en bestuursrechtelijke handhaving specifieke zorgplichten

De opmerking van de wetgever dat de specifieke zorgplichtbepalingen van toepassing zijn in aanvulling op zowel de algemene zorgplichtbepalingen, besproken in paragraaf 2, en vergunningsvoorschriften, baart ons enige zorg met betrekking tot de rechts(on)zekerheid die

dit voor burgers en bedrijven met zich brengt. Dat heeft te maken met de keuze om deze zorgplicht(en) niet alleen een aanvullende werking (vangnet) toe te kennen, maar ook een algemene gelding te geven naast vergunningvoorschriften of algemene regels. Dit heeft niet alleen als voordeel dat uitgewerkte regels of voorschriften minder gedetailleerd hoeven te zijn of zelfs niet meer nodig zijn, maar tegelijkertijd leidt dit tot een spanningsveld in verband met het op voorhand ontbreken van de kenbaarheid van de norm en de vraag of de norm in een concreet geval is nageleefd. Net als bij de algemenere zorgplichtbepalingen besproken in paragraaf 2, leidt dit tot rechtsonzekerheid. In de context van bestuursrechtelijke handhaving klemt dit klemt omdat toezichthouders en handhavers veelal in de sfeer van bezwaar- en beroepsprocedures en de rechtspraak nadere invulling zal (moeten) gaan geven aan de geldende normstelling in plaats van via de vergunning of algemene regels. Wij betwijfelen of dit een wenselijke ontwikkeling is.

Ook de Afdeling advisering van de Raad van State heeft hiervoor gewaarschuwd. Door de Afdeling is bovendien gewezen op de verplichting tot het toepassen van de best beschikbare technieken (BBT), hetgeen veelal complex is en technisch en juridisch van aard, waardoor niet duidelijk is wat van een initiatiefnemer kan worden verlangd.<sup>25</sup> Daarbij zij nog opgemerkt dat voor een aantal meer (complexe) industriële activiteiten op Europees niveau periodiek specifieke BREF-documenten worden vastgesteld die de BBT bevatten voor die industrieën en daarvoor een speciaal informatieproces wordt gevolgd, die vervolgens (binnen vier jaar) moeten worden vertaald in de vergunningvoorschriften en op basis waarvan de algemene regels in het Bal zullen worden aangepast.

In verband hiermee is een belangrijk aandachtspunt dat een burger of bedrijf die zich houdt aan de vergunning (of algemene regels), niettemin kan worden geconfronteerd met overtreding van een (specifieke) zorgplicht en daarmee met aanvullende eisen dan wel voorschriften, hetgeen kan leiden tot een bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sanctie, terwijl op voorhand onvoldoende kenbaar is aan de betrokkene welke maatregelen hij had moeten nemen. Dat is bedenkelijk, aangezien de omgevingsvergunning volgens het (nieuwe) toetsingskader op grond van de Omgevingswet geacht moeten zijn te verleend in overeenstemming met BBT (artikel 8.9 Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl)). Dit leidt tot botsende verplichtingen. Dat lijkt ons onwenselijk. Bovendien vrezen wij voor een verdere belasting van de rechtspraak. Los van de omstandigheid dat het niet aantrekkelijk is om in het kader van juridische procedures tegen bestuursrechtelijke handhaving (of strafrechtelijke vervolging) achteraf met het bevoegd gezag te moeten 'steggelen' over de noodzakelijke maatregelen, zullen

22 Stb. 2018, 293, p. 518.

23 Stb. 2018, 293, p. 487-488, 508.

24 Stb. 2018, 293, p. 518.

25 Zie J.K. van der Poel, 'Zorgplichten voor het milieu onder de Omgevingswet', *M en R* 2019/72, p. 470, par. 3.3.

bedrijven het gevoel hebben aan de hoogste boom te worden opgehangen, omdat hun dan pas duidelijk wordt via de bestuursrechtelijk opgelegde last onder dwangsom of bestuursdwang (dan wel tenlastelegging) wat zij hadden behoren te doen. Dat betekent dat ook wanneer bedrijven zich houden aan de vergunning, zij de zorgplicht kunnen overtreden en met een sanctie kunnen worden geconfronteerd. Wij achten dit onwenselijk vanwege de daarmee samenhangende rechtsonzekerheid. Ook de wetgever heeft in de toelichting bij het Bal nu juist aangegeven dat rechtsonzekerheid moet worden tegengegaan.<sup>26</sup> Daarbij constateren wij dat de specifieke zorgplichten op grond van de Ow zijn gebaseerd op de algemene zorgplicht in artikel 1.7 Ow en qua bewoordingen sterk vergelijkbaar zijn met de algemene zorgplicht op grond van de Ow.

Ook de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is kritisch ten aanzien van de handhaving van de zorgplicht. Op grond van deze rechtspraak is handhaving van de zorgplicht alleen geoorloofd indien de overtreding ‘onmiskenbaar’ is.<sup>27</sup> Daarmee is de lat hoog gelegd. Blijkens de toelichting bij het Bal geldt dat er nog steeds sprake moet zijn van een onmiskenbaar in strijd handelen met de zorgplicht voordat daartegen handhavend kan worden opgetreden.<sup>28</sup> Om die reden wordt dan ook niet per se verwacht dat er veel meer bestuursrechtelijke procedures over de handhaving van de specifieke zorgplicht zullen volgen. Deze overweging schuurt met het uitgangspunt dat de specifieke zorgplichten gelden naast de vergunning(voorschriften) en algemene regels. Dat sluit niet uit dat door het bevoegd gezag of op verzoek van derden-belanghebbenden of belangenorganisaties onder omstandigheden een beroep wordt gedaan op de zorgplicht. Zo is er in het verleden ook in een aantal gevallen een ‘creatieve’ toepassing gegeven aan de zorgplichtbepalingen in verband met het gebruik van lachgas en de regulering van een shishalounge.<sup>29</sup>

Verwacht mag worden dat gezien de maatschappelijke discussie over de aanvaardbaarheid van emissies van bedrijven in verband met de gevolgen voor milieu en gezondheid, zoals in het geval van Tata en Chemours, dat meer inspanningen mogen worden verwacht van (grote) milieuvervuilende bedrijven. In dat kader is de vraag aan de orde of de ‘milieuvergunning’ een minimum aan maatregelen voorschrijft of dat er op grond van de zorgplicht meer van bedrijven mag worden verwacht. Daarbij spelen ook de gevolgen voor de gezondheid een grotere rol en ook daar is in de Ow een grotere betekenis aan toegekend. Op basis van die ontwikkelingen is het dan ook heel goed denkbaar dat zal worden geprobeerd om met behulp van de specifieke zorgplichten verdergaande milieumaatregelen af te dwingen. Daar waar het

nu lastig blijkt om dergelijke maatregelen af te dwingen door het aanscherpen van de vergunningvoorschriften, zoals bijvoorbeeld de zaak Chemours in Dordrecht heeft laten zien, wordt ernaar gekeken om dat via de handhaving van de zorgplicht af te dwingen. Net als hiervoor is aangegeven met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van artikel 1.7a Ow, sluiten wij niet uit dat dit als bestuursrechtelijk breekijzer richting bedrijven zou kunnen worden gebruikt. Afgewacht zal moeten worden of de rechter hiervoor ook ontvankelijk is, of vasthoudt aan de terughoudende houding, zoals die tot voor kort gold en die een onmiskenbare overtreding van de zorgplicht verlangt.

## 4. Afronding

De wetgever heeft met de nieuwe omgevingsrechtelijke zorgplicht- en vangnetbepalingen in de Omgevingswet een hoge mate van flexibiliteit beoogd. Dat is te begrijpen vanuit het perspectief van de wetgever, die een toekomstbestendig kader wilde scheppen waarin ook het onvoorziene werd voorzien of in ieder geval wordt ondervangen. Hiermee zijn enerzijds ‘mazen in de wet’ voorkomen die kunnen leiden tot milieuschadelijk gedrag waartegen niet kan worden opgetreden. Anderzijds is rechtsonzekerheid gecreëerd die in onze ogen groter is dan het geval was op basis van de meer klassieke zorgplichten die al golden voor de inwerkingtreding van de Ow. De in de wetsgeschiedenis benoemde stappen om die rechtsonzekerheid te compenseren, zoals nadere concretisering bij AMvB, zijn tot op heden maar zeer beperkt geslaagd. Wij menen dat de wetgever snel werk moet maken van die nadere concretisering en/of dat handhavende instanties inzichtelijk moeten maken hoe zij aankijken tegen de nieuwe zorgplicht- en vangnetbepalingen voordat die actief zullen worden gehandhaafd. Een verduidelijking met name via handhaving en de rechtspraak die als gevolg daarvan onvermijdelijk ontstaat, lijkt ons niet gewenst. Handhavende instanties zouden er in onze ogen ook voor moeten waken dat de nieuwe zorgplicht- en vangnetbepalingen niet te gemakkelijk als breekijzer gaan fungeren om gewenste resultaten te bereiken, voor henzelf dan wel voor derden-belanghebbenden in het bestuursrecht of aangevers in het strafrecht. Mede om reden dat dit ten koste kan gaan van de rechtszekerheid voor burgers maar met name bedrijven, die achteraf met nieuwe eisen kunnen worden geconfronteerd vanwege de vrees voor aantasting van het milieu en de gezondheid in de omgeving van bedrijven, zoals zich bijvoorbeeld voordoet bij Tata en Chemours. Daarmee krijgen de zorgplichten een mo-

26 Stb. 2018, 293, p. 518.

27 Zie bijv. ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631 en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1896.

28 Stb. 2018, 293, p. 707.

29 Zie ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3516, en Rb. Amsterdam 24 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1828.

gelijk ongewild effect als alternatief voor het aanscherpen van vergunningvoorschriften of algemene regels. Voordat wordt besloten om over te gaan tot handhaving en daaraan eventueel richtbaarheid te geven, dient in onze ogen goed te worden onderzocht of inderdaad sprake is van een van de bijzondere gevallen waarvoor de zorgplicht- en vangnetbepalingen oorspronkelijk in het leven zijn geroepen.