

2 Een normatief kader voor het omgevingsrecht

Prof. mr. H.F.M.W. van Rijswijk¹

2.1 Eigen-aardigheden van het omgevingsrecht

Het omgevingsrecht heeft zich ontwikkeld vanuit verschillende sporen en op basis van verschillende rationaliteiten. Alvorens tot een grootschalige integratie van het omgevingsrecht over te gaan, is het goed te bezien hoe de verschillende delen van het omgevingsrecht zijn ontstaan, welke doelstellingen daaraan ten grondslag lagen en hoe de verhouding tussen publieke en private partijen op de verschillende deelterreinen van het omgevingsrecht werden verdeeld en waarom voor een bepaalde wijze van regulering is gekozen.

Het waterstaatsrecht kent een eeuwenlange traditie die is ontstaan vanwege de behoefte bewoning en economische ontwikkeling mogelijk te maken in een laaggelegen delta. Bescherming tegen overstromingen en peilbeheer zijn later aangevuld met verbetering van de waterkwaliteit ten behoeve van mens en natuur. De aanleg van vaar-, spoor- en autowegen alsmede de aanleg van andere grote infrastructurele werken als havens en vliegvelden behoren eveneens tot het waterstaatsrecht.² Het belangrijkste kenmerk van het water(staats)recht is daarmee de aanleg, het beheer en de bescherming van publieke werken. Dit is in het bijzonder een publieke taak. Dat geldt niet alleen voor de regulering, maar veelal ook voor de feitelijke uitvoering en het onderhoud en beheer dat meestal ‘door of vanwege’ de beheerder plaatsvindt.³ Een uitzondering vormen van oudsher de concessies die kunnen worden uitgegeven, terwijl tegenwoordig bij de uitvoering van publieke werken meer gebruik wordt gemaakt van verschillende vormen van publiek-private samenwerking.

Ook gebouwd wordt er al eeuwen lang, door particulieren en de overheid, waardoor behoefte ontstond het bouwen te reguleren. Daarnaast ontstond de noodzaak de omgeving te ordenen en het gebruik van gronden te reguleren op een zodanige wijze dat diverse functies goed naast elkaar kunnen bestaan. Het belangrijkste kenmerk van het ruimtelijk recht is zijn ordenende functie, waarbij alle belangen die spelen in een bepaald gebied zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen en een zogenaamde ‘goede ruimtelijke ordening’ van de leefomgeving wordt verwezenlijkt. Het ordenende deel is eveneens bij uitstek een publieke taak die ook wordt uitgevoerd door

-
- 1 Marleen van Rijswijk is hoogleraar Europees en nationaal waterrecht aan de Universiteit Utrecht.
 - 2 Het begrip waterstaat ziet op ‘publieke werken’ en op het begrip waterstaat lijkt tegenwoordig een taboe te rusten. Daarom is het vervangen door het begrip infrastructuur. Infrastructuur is echter een beperkter begrip dan waterstaat.
 - 3 ‘Door of vanwege de beheerder’ betekent dat de overheid de werkzaamheden wel kan uitbesteden aan de markt, maar zelf eindverantwoordelijk blijft.

de overheid zelf. Het bouwrecht richt zich daarentegen in beginsel op de regulering van privaat handelen en heeft veelal veiligheids-, gezondheids-, of esthetische doelstellingen.

Het milieurecht is veel jonger en heeft zich ontwikkeld vanuit de gedachte dat de mens bescherming behoeft tegen hinder en schadelijke milieueffecten. Het gebruik en de verwerking van gevaarlijke stoffen alsmede de regulering van producten en productieketens maakt eveneens deel uit van het milieurecht. In de loop der jaren is deze antropogene benadering uitgebreid, waarbij er meer en meer aandacht is voor de bescherming van ecologische waarden. Recenter zijn de introductie van handelsystemen voor bijvoorbeeld CO₂-emissies. Het belangrijkste kenmerk van het milieurecht is zijn beschermende functie, waarbij met name private activiteiten worden gereguleerd. Er worden in het milieurecht ook enkele publieke taken gereguleerd, zoals de inzameling van afval en afvalwater, met bescherming van de menselijke gezondheid, ecologische waarden en een doelmatige verwijdering als belangrijkste doel.

Natuurbescherming is van recenter datum dan het waterstaats-, ruimtelijk en milieurecht en vond in Nederland aanvankelijk plaats als particulier initiatief. Bescherming van flora en fauna, de poolgebieden, de diepzee en een duurzaam gebruik van natuurlijke bronnen zijn inmiddels erkend als belangrijke zelfstandig te beschermen waarden, zowel in het internationale, het Europese als het nationale recht. De bijzondere bescherming van kwetsbare ecologische waarden moet worden gecombineerd met en ingepast in het brede stelsel van omgevingsrecht. Het natuurbeschermingsrecht heeft als belangrijkste kenmerk dat het bijzondere bescherming biedt aan kwetsbare natuurwaarden en ondanks dat er in met name de Angelsaksische internationale literatuur⁴ discussie is over de vraag of deze bijzondere bescherming nu het beste door de overheid kan worden verzorgd, wordt er vooralsnog vanuit gegaan dat zonder de bemoeienis van de overheid op het gebied van regulering en conservering kwetsbare natuurwaarden onvoldoende worden beschermd. Binnen het natuurbeschermingsrecht gaat het zowel om het reguleren van privaat handelen als het beheer en de bescherming van natuurgebieden die de overheid in eigendom of beheer heeft.

Recent is aan het omgevingsrecht de bescherming van archeologie als cultureel erfgoed toegevoegd. Het energierecht, en delen van het agrarisch recht (mest- en bestrijdingsmiddelenrecht) hebben belangrijke raakvlakken met het omgevingsrecht.⁵ Deze beleidsterreinen reguleren met name privaat handelen zodat milieuverontreiniging wordt voorkomen, er sprake is van een goede leveringszekerheid tegen redelijke prijzen, en het voorzien in de voedselvoorziening door een gezonde en duurzaam werkende agrarische sector.

4 Maar niet alleen daar.

5 Door sommigen wordt zelfs het faciliteren van economische ontwikkelingen als doel van het omgevingsrecht genoemd, hetgeen naar mijn oordeel nu juist buiten de reikwijdte van het omgevingsrecht valt.

2.2 Tijd voor verandering

Aandacht voor de eigen aard van de verschillende onderdelen van het omgevingsrecht en de rol van de overheid

Het complexe geheel van omgevingsrechtelijke wetgeving is ontegenzeggelijk toe aan een heroriëntatie. In een herzien omgevingsrecht moeten bovenstaande onderdelen, met een zeer verschillende achtergrond en zeer verschillende doelstellingen, bevoegde gezagen, verschillende instrumenten en bijbehorende bevoegdheden en procedures worden gecoördineerd of zelfs geïntegreerd. Daarbij dient voldoende aandacht te zijn voor de specifieke kenmerken van ieder onderdeel van het omgevingsrecht. Zoals gezegd bestaan deze kenmerken uit ordenende, algemene en bijzondere beschermende elementen, en uit ontwikkelingsgerichte elementen - zowel ten aanzien van publieke als private initiatieven. De reikwijdte van de publieke taak is anders per deelgebied van het omgevingsrecht en daarmee verschilt de verhouding tussen publieke en private actoren, de instrumenten die meer of minder geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te bereiken en de mate van vrijheid die aan private actoren kan worden gelaten.⁶ Sommige aspecten van het omgevingsrecht, zoals de regulering, de handhaving, de rechtsbescherming, het garanderen van voldoende en adequate publieke participatie en in sommige gevallen dus ook de feitelijke uitvoering (aanleg en beheer) zijn bij uitstek taken waar de overheid een sterke verantwoordelijkheid draagt. Niet omdat de overheid alles altijd het beste kan, zeker niet omdat ze altijd het snelst of het meest kostenefficiënt werkt, maar omdat zij uiteindelijk verantwoordelijk is voor een goede en zorgvuldige behartiging van het publieke belang dat aan de orde is. Dat zij daarbij aan vergaande zorgvuldigheids- en procedurele eisen is gehouden, is in essentie als positief te waarderen, hoe belemmerend en tijdrovend dat soms ook is.

Aandacht voor verdelingsvragen en het omgaan met onzekerheden en nieuwe ontwikkelingen

Wat op dit moment grotendeels ontbreekt in het omgevingsrecht is aandacht voor de verdelingsvragen, waarbij het gaat om een billijke en duurzame verdeling van

6 H. Mees, P. Driessen en H. Runhaar, Exploring the Scope of Public and Private Responsibilities for Climate Adaptation, *Journal of Environmental Policy & Planning*, DOI:10.1080/1523908X.2012.707407; H. Mees, J. Dijk, D. van Soest, P. Driessen, M. van Rijswijk en H. Runhaar, Policy instruments for promoting adaptation to climate change, A framework for assessing public and/or private instruments and mixes, n.n.g.

risico's⁷, milieugebruiksruimte⁸, kosten en baten.⁹ Ook ontbreekt een visie op de wijze waarop omgegaan moet worden met nieuwe of onvoorziene ontwikkelingen die kunnen ontstaan door sociale veranderingen, nieuwe milieuproblemen zoals klimaatverandering, nieuwe technische mogelijkheden zoals genetisch gemodificeerde mechanismen of het gebruik van biobrandstoffen. De relatie tussen het omgevingsrecht en belangrijke beleidsterreinen die daar nauw mee verbonden zijn zoals een veilige voedsel- en energievoorziening, de ontwikkeling en beschikbaarheid van humane en diergeneesmiddelen en een veranderende bevolkingsopbouw krijgt nog niet veel aandacht. Dat is bij de verdere ontwikkeling van het omgevingsrecht echter wel noodzakelijk, omdat anders binnen korte tijd weer nieuwe afstemmings- en integratievragen rijzen, die dan veelal op ad hoc basis, zonder verdere overdenking hoe een en ander past in het gehele systeem van het omgevingsrecht, ingepast zullen moeten worden.

Uniformering en integratie van instrumenten is onvoldoende voor een toekomstbestendig omgevingsrecht

Dit hoofdstuk bepleit het dieper doordenken van de herziening van het omgevingsrecht alvorens tot integratie en hercodificatie wordt overgegaan. De voorstellen voor een Omgevingswet zoals die tot nu toe bekend zijn¹⁰, lijken te zijn opgebouwd rond

-
- 7 L.M.A. Francot-Timmermans en U.R.M.T. de Vries, Normativity in the Second Modernity, 39 *Rechtstheorie* 477 (2008), welk artikel voortborduurde op het werk van onder andere U. Beck, *Risk Society, Towards a new Modernity* (1992) en P.P.J. Driessen en H.F.M.W. van Rijswijk, *Normative Aspects of Climate Adaptation Policy*, 2(4) *Climate Law* p. 1-23 (2011).
 - 8 F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011; C. Backes, A.M. Keessen and H.F.M.W. van Rijswijk, *Effectgerichte normen; de betekenis van kwaliteitseisen, instandhoudingsdoelstellingen en emissieplafonds voor de bescherming van milieu, water en natuur*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.
 - 9 A. van Buuren, P.P.J. Driessen, H. van Rijswijk, G. Teisman, P. Rietveld, W. Salet, T. Spit, *Towards adaptive spatial planning for climate change; Balancing between robustness and flexibility*, *Journal of European Environmental and Planning Law*, 2013/1; B.I. Schueler, H.F.M.W. van Rijswijk, A.A.J. de Gier, P.P.J. Driessen, S.V. Meijerink, W.D. Pot, M.A. Reuding, J. Tennekes, C.J.A.M. Termeer, *Beleids- en rechtswetenschappelijke aspecten van klimaatadaptatie*, Den Haag/Bilthoven: Planbureau voor de leefomgeving, 2011, KvK rapportnr. KvK040/2011; A. van Buuren, P. Driessen, H. van Rijswijk, P. Rietveld, W. Salet, T. Spit en G. Teisman, *De governance van adaptatie*, *Bouwstenen voor een afwegingsproces*, Synthese, Definitiestudie Afwegingskader Ruimte en Klimaat fase 2, *Governance aspecten van klimaatmaatregelen*, Deelproject 1: Bestuurlijke, wettelijke en financiële aspecten van een afwegingskader voor het klimaatbestendig maken van ruimtelijke plannen en ingrepen, Rotterdam, 2 februari 2009, onderzoek in opdracht van de kennisprogramma's Klimaat voor Ruimte, Leven met Water, Kennis voor Klimaat en Habiforum.
 - 10 Brief van de minister over de stelselwijziging van het omgevingsrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3

het identificeren van gelijksoortige instrumenten uit de verschillende omgevingsrechtelijke wetten en die vervolgens te uniformeren en van toepassing te verklaren op het gehele omgevingsrecht. Het ene plan is echter het andere niet (denk aan het verschil tussen een bestemmingsplan, een natuurbeheerplan, een strategisch beleidplan of een Europeesrechtelijk verplicht maatregelenprogramma zoals opgenomen in diverse operationale waterplannen) en ook de ene algemene regeling is de andere niet. Projectbesluitvorming is naar mijn oordeel bij uitstek geschikt voor publieke werken, terwijl voor private initiatieven gecoördineerde besluitvorming over verschillende deelvergunningen meer geschikt is. Met bovenstaande keuze bij de herziening van het omgevingsrecht is gekozen voor een sterk instrumentele benadering. Naar mijn oordeel is er te weinig aandacht voor de specifieke uitgangspunten en doelstellingen van de verschillende onderdelen van het omgevingsrecht en de grootte van de rol die de overheid daarbij zou moeten of willen spelen en de wijze waarop de rol van overheid en private partijen het beste kan worden gefaciliteerd.

2.3 Redenen voor een herziening van het omgevingsrecht

Er worden verschillende redenen genoemd voor een grondige herziening van het Nederlandse omgevingsrecht. Deze redenen vloeien deels voort uit problemen die men bij de uitvoering van het huidige omgevingsrecht ervaart, maar worden deels ook noodzakelijk geacht vanwege nieuwe opgaven en ambities. In de beleidsdocumenten die tot nu toe zijn gepubliceerd worden ook nieuwe instrumenten voorgesteld om aan deze problemen tegemoet te komen.

Het oplossen van bestaande problemen

Het omgevingsrecht wordt als complex ervaren, onder meer door een teveel aan slecht op elkaar afgestemde regels die de uitvoering en handhaving belemmeren, zware onderzoeksverplichtingen, alsmede te beperkte mogelijkheden voor flexibiliteit en bestuurlijke afwegingsruimte.¹¹ Ik merk hierbij op dat door meerdere auteurs

11 Zie uitvoeriger en meer gedetailleerd de inmiddels verschenen literatuur waaronder onder meer Backes, C., Naar een integrale Omgevingswet, in: *Bezinning op het omgevingsrecht*, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Den Haag, 2011, p. 2-17; Gestel R.A.J. van, en M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, WODC, ministerie van Justitie, Den Haag, 2006; Uylenburg, R., *Het omgevingsrecht van de toekomst: kiezen en delen*, in: *Bezinning op het omgevingsrecht*, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Den Haag: 2011, J. van der Velde, *Fundamentele herziening omgevingsrecht noodzakelijk? De ruimtelijke ordeningspraktijk: kansen en verbeteringen*, TBR 2011/7, p. 627-632; H.C. Borgers, *Fundamentele herziening omgevingsrecht noodzakelijk? Flexibiliteit, beleidsintegratie en duurzame belangenafweging in het omgevingsrecht*, TBR 2011/7, 633-737; M.E.F. Staal, *Fundamentele herziening omgevingsrecht noodzakelijk? Tabula Rasa of quick wins binnen het bestaande stelsel*, TBR 2011/7, 738-642; H.J. Kooistra, *De ruimte kwaliteits- en ontwikkelingsgericht bestemd*, TBR 2011/9, p. 800-808; T. Nijmeijer en M. Soppe, *Alles draait om de eenvoud. de Omgevingswet tussen Haagse bluf en*

als ook door de Raad van State is gewezen op het gebrek aan een grondige probleem-analyse.

Eigen verantwoordelijkheid als nieuw mantra

Daarnaast groeit volgens het kabinet Rutte I de aandacht voor verzoeken vanuit de maatschappij voor meer eigen (particuliere) verantwoordelijkheid en meer samenwerking tussen overheid en private partijen. De eigen verantwoordelijkheid ziet men terug in voorstellen voor meer zorgplichten, een beperking tot een absoluut minimumbeschermingsniveau dat de overheid wil garanderen, meer aandacht voor PPS-constructies (in het bijzonder bij infrastructurele projecten en gebiedsontwikkeling, maar ook op het terrein van bijvoorbeeld de waterzuivering), de mogelijkheden om meer gebruik te maken van verzekeringen en men ziet dit terug in een pleidooi voor een grotere rol voor het aansprakelijkheidsrecht.¹² Ook privatisering van voorheen publieke sectoren met een grote impact op de fysieke leefomgeving zoals afvalver-

fata morgana?, in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar, Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Kluwer, 2011, p. 427-440; Teunissen, J., *Alternatieve regelgeving en eigen verantwoordelijkheid*, oratie in verkorte vorm uitgesproken op 20 april 2007, Wolf Legal Publishers, 2007, Nijmegen; A.P.W. Duijkersloot, A.A.J. de Gier, F.A.G. Groothuijse, H.F.M.W. van Rijswijk en R. Uylenburg, *Algemeen geregeld, goed geregeld? Een analyse van onderzoeken naar de werking van algemene regels in het licht van de doelstellingen voor de vernieuwing van het omgevingsrecht, Milieu en Recht 2011/9*; zie ook P.J.J. van Buuren: 'De brede VROM-vergunning is een onbereikbaar ideaal', BR 2004, p. 99 e.v.

- 12 W.H. van Boom, *Effectuerend handhaven in het privaatrecht*, NJB 2007, nr. 16, p. 982-991; W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht - Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; M.G. Faure en R.J. van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, MAKLU Uitgevers, Apeldoorn 1989; A.L.M. Keirse, *Alterum non laedere; voorkom schade! - Grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht*, in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak; inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 1-26; K. Mertens en M.A. Robesin, *Asbest, tabak, gif in de bodem en ... klimaatverandering? Aansprakelijkheid voor (dreigende) schade door klimaatverandering*, in: N. Teesing (red.) *Juridische aspecten van klimaatverandering*, Vereniging voor Milieurecht 2009-1, p. 179-192, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; Faure, M., and M. Peeters. 2010. *Climate change liability*. Proceedings Ius Commune Congress Maastricht 2009. Edward Elgar Publishers, Cheltenham/Northampton, UK; E.H.P. Brans, H.K. Gilissen e.a., 'Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?', Vereniging voor Milieurecht 2012-1, Den Haag: VMR/BJu 2012.

werking, energie en transport maakt deel uit van deze ontwikkeling.¹³ Er is echter niet op alle terreinen behoefte aan meer eigen verantwoordelijkheid. Zo heeft de privatiseringstrend zich niet doorgezet naar de drinkwatervoorziening. Op dat terrein lijkt men betrekkelijk unaniem van oordeel te zijn dat privatisering niets toevoegt.¹⁴ Uit onderzoek blijkt dat zowel burgers als bedrijven ook de zoetwatervoorziening bij voorkeur een overheidstaak laten.¹⁵ Hetzelfde kan worden aangenomen voor de bescherming tegen overstromingen.¹⁶ De stelling dat vanuit de samenleving wordt gepleit voor een grotere eigen verantwoordelijkheid in het omgevingsrecht is dus slechts maar ten dele waar en daarmee ongenueanceerd en slecht onderbouwd. Voor zover binnen het omgevingsrecht een grotere rol voor de eigen verantwoordelijkheid van particulieren wordt geïntroduceerd dient aan de volgende voorwaarden te worden voldaan. Een grotere eigen verantwoordelijkheid voor burgers en bedrijven vraagt om heldere wetgeving waaruit duidelijk blijkt waar de verantwoordelijkheid van de overheid ophoudt en die van particulieren begint. Deze wetgeving dient bij voorkeur te worden ontwikkeld na een maatschappelijke discussie over de vraag welke aspecten aan de markt overgelaten kunnen of moeten worden en voor welke delen van het omgevingsrecht de overheid een grotere verantwoordelijkheid dient te nemen.

Nieuwe opgaven

De afzonderlijke delen van het omgevingsrecht hebben veel positieve resultaten opgeleverd, maar blijken onvoldoende om ook in de toekomst te voldoen aan de ambities die de overheid en de samenleving hebben ten aanzien van de fysieke leefomgeving. De huidige bescherming, inrichting en verdere ontwikkeling van de fysieke leefomgeving moet worden gecombineerd met nieuwe opgaven zoals duurzame ontwikkeling, het omgaan met klimaatverandering (door mitigatie of adaptatie), het verder sluiten van productketens en kringlopen, een verdergaande ontwikkeling van het ecosysteem denken (ecologische voetafdruk), een herbezinning op bestaande verdelingsmechanismen en bestaande rechten, een betere uitwerking van het beginsel de gebruiker/vervuiler betaalt¹⁷, nieuwe vereveningsmechanismen bij ruimtelijke

-
- 13 K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren*, Wolf Legal Publishers, 2010; Nota Publieke belangen en marktordening, Den Haag, 2000; Preadviezen van de Koninklijke vereniging voor staatshuishoudkunde, *Marktwerking en publieke belangen*, 2009 en P. Becker, *Privatizing Public Enterprises in the European Union, The impact of European Integration on European Water Markets*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Research Unit EU Integration, 2007
- 14 K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren*, Wolf Legal Publishers, 2010; Nota Publieke belangen en marktordening, Den Haag, 2000 en M.W.F.M. Geraerts, *Privatisering in de waterketen, Bescherming van publieke belangen in een geprivatiseerde en geliberaliseerde waterketen*, Universiteit Utrecht, 2012.
- 15 D. Huitema en R. Kouwenhoven, *Wie is aan zet in het Nederlandse zoetwaterbeheer*, Instituut voor milieuvraagstukken, VU Amsterdam, 2011.
- 16 J. Edelenbos en H. van Rijswijk, *Water en omgeving in één wet en één vergunning? Reflecties van de leertafel water governance*, Water Governance Centre, 2011.
- 17 Hier wordt wel aanbevolen meer aandacht te schenken aan de introductie van het betalen voor ecosysteemdiensten

ontwikkelingen, of compensatiemogelijkheden in het natuurbeleid. De huidige plannen voor een nieuwe Omgevingswet bieden nog maar mondjesmaat inzicht in de wijze waarop aan deze nieuwe opgaven invulling wordt gegeven en in hoeverre en op welke wijze het recht daar nu eigenlijk aan bij kan dragen. Nu in de beleidsdocumenten horend bij de nieuwe Omgevingswet nadrukkelijk wordt verwezen naar deze nieuwe opgaven als belangrijke reden voor de ontwikkeling van de Omgevingswet, zou mogen worden verwacht dat ook wordt aangegeven op welke wijze het recht en in het bijzonder de Omgevingswet in deze lacune voorziet.

De behoefte aan integratie en vereenvoudiging

Naast deze nieuwe opgaven is er behoefte aan meer integrale benaderingen. Deze behoefte doet zich voor in de vorm van een integrale benadering binnen gebieden, zoals noodzakelijk wordt geacht voor bijvoorbeeld gebiedsontwikkeling, het beheer van stroomgebieden en mariene regio's en grote natuurgebieden. Een meer integrale benadering is ook wenselijk ten aanzien van bepaalde omgevingsrechtelijk problemen, zoals bijvoorbeeld het ketenbeheer, het omgaan met klimaatverandering, en het bieden van een adequate bescherming tegen wateroverlast en overstromingen. Veelal wordt de vergissing gemaakt dat een meer integrale benadering het omgevingsrecht ook eenvoudiger en minder complex zou maken. Nog los van de vraag of dat voor het gehele beleidsproces geldt - van planning en regulering tot uitvoering en handhaving - worden bij deze vooronderstelling in de literatuur grote twijfels geplaatst.¹⁸ Verdergaande externe integratie is eveneens nodig met andere beleidsterreinen omdat het anders moeilijk wordt een duurzame energie- en voedselvoorziening - die beiden van grote invloed zijn op het omgevingsrecht - te realiseren. Hetzelfde geldt voor de beleidsterreinen werkgelegenheid en volksgezondheid.¹⁹ De huidige keuze die is gemaakt ten aanzien van de te integreren delen van het omgevingsrecht is niet gebaseerd op toekomstige opgaven. De beoogde vereenvoudiging betreft met name het begin van de beleidscyclus (beleid en regulering), slechts ten dele de uitvoering en nauwelijks de handhaving en de rechtsbescherming.

2.4 Randvoorwaarden voor een herziening

Uit het voorgaande blijkt dat zowel de problemen als de opgaven in het omgevingsrecht groot zijn. Ook de ambities zijn enorm. De wetgever hoopt met een grote integratieslag van bijna alle omgevingsrechtelijke wetgeving zowel de problemen

18 Zie het hoofdstuk Handhaving in dit preadvies en o.a. C. Backes, Naar een integrale Omgevingswet, in: *Bezinning op het omgevingsrecht*, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Den Haag, 2011, p. 2-17; R. Uylenburg, *Het omgevingsrecht van de toekomst: kiezen en delen*, in: *Bezinning op het omgevingsrecht*, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Den Haag: 2011.

19 T. Dworak, S. McCallum, L. Markus en M. Bergkund, *Climate Change Adaptation, Towards mainstreaming climate change into EU legislation and guidance*, Task 2.4, 2012.

op te lossen als het omgevingsrecht toekomstbestendig te maken. Dat is een mooi streven.

Bescherming, beheer en ontwikkeling als een gedeelde verantwoordelijkheid

Een eerste randvoorwaarde voor men overgaat tot een herziening van het omgevingsrecht is dat wordt aangesloten bij hedendaagse opvattingen over de rol van de overheid en particulieren bij de bescherming van de fysieke leefomgeving. Het gaat dan meer in het bijzonder om de bescherming van algemene en bijzondere milieu- en natuurwaarden en de gezondheid van de mens, de aanleg en het beheer van publieke of waterstaatswerken, en de ordening, (her)inrichting en verdere ontwikkeling van de fysieke leefomgeving, inclusief het bouwen. Beleid en beheer dat is gebaseerd op gedeelde uitgangspunten is over het algemeen breder geaccepteerd en daardoor beter uitvoerbaar en handhaafbaar.²⁰

Normatieve uitgangspunten en de bijbehorende juridische instrumenten

Ik realiseer me dat volledig algemeen geaccepteerde uitgangspunten niet realistisch zijn en naast het streven van individuele eigen belangen ook sterk worden bepaald door politiek-theoretische opvattingen over de rol van de staat in het omgevingsrecht. Er is grofweg een aantal grote stromingen te onderscheiden, met ieder hun eigen visie op wat hetgeen in het publiek belang is, wat de rol van overheid en private actoren daarbij is en wat de bijbehorende beleidsinstrumenten zijn. Bij de verdere uitwerking van het omgevingsrecht is het goed de achterliggende waarden die achter overheidsregulering liggen helder voor ogen te hebben en deze ook bij de motivering van de keuze voor een bepaald beleidsinstrument duidelijk te maken. Dat vergemakkelijkt het vinden van breed gedragen oplossingen.²¹ Ik baseer me bij de navolgende samenvatting op recente onderzoeken van Hamer en anderen.²²

20 H. van Rijswijk en W. Salet, Enabling the contextualization of legal rules in responsive strategies to climate change. *Ecology and Society* 2012, 17(2): 18; <http://dx.doi.org/10.5751/ES-04895-170218>. Ph.. Nonet en Ph. Selznick, *Law and society in transition*. Harper & Row, New York, New York, USA, 1978; F.A. Hayek, *Law, legislation and liberty 1973-1979* (3 Vols.) Routledge and Kegan Paul, London, UK; W.G.M. Salet, *Evolving institutions: an international exploration into planning and law*. *Journal of Planning Education and Research* (2002) 22:26-35.

21 R.L. Keeney, *Value focused thinking. A path to creative decision making*, Harvard University Press, London, 1992.

22 J. Hamer, *Resilience in concepts of public interest, A comparison of political-theoretical approaches, and their potential for acceptable climate-adaptation policies in the field of water management*, Research paper, Universiteit Utrecht 2011; J. Robbe en H. van Rijswijk, *Juridische instrumenten voor de zoetwatervoorziening*, Advies in opdracht van RWS Waterdienst ten behoeve van het Deltaprogramma zoet water, Utrecht 2011; J. Hamer, A. Keessen, M. van Rijswijk en M. Wiering, *Giving meaning to resilience as a legal principle: examples from Dutch adaptation strategies*, nng.

In een *libertaire theorie* is de rol van de overheid zeer beperkt. De overheid neemt in deze op bescherming van vrijheidsrechten gebaseerde theorie geen actieve maatregelen om haar burgers te beschermen, maar richt zich slechts op het beschermen van de fundamentele klassieke vrijheidsrechten van burgers tegen inbreuken van anderen. Zelfbeschikking is het grootste goed en de vrije markt is de plaats waar de individuele rechten het beste tot hun recht kunnen komen. De rol van de overheid is minimaal. Een bekend beleidsinstrument dat bij deze benadering aansluit is de verzekering af te sluiten door burgers zelf. Voor het overige is het de eigen verantwoordelijkheid van burgers te zorgen voor een veilige en gezonde leefomgeving. Een verwante stroming is die wat in het Engels 'Free Market Environmentalism' wordt genoemd, en waarbij de stelling wordt betrokken dat natuurlijke hulpbronnen en publieke goederen het beste in private handen kunnen zijn omdat ze op die wijze - namelijk als eigen belang - het beste worden beschermd.²³ Ondanks dat in het Nederlands natuurbeleid ook steeds vaker wordt betoogd dat privatisering van natuurgebieden en beheer goed zou zijn²⁴, heb ik sterke twijfels of dat bij alle natuurlijke hulpbronnen positief zal uitpakken. De afhankelijkheid van specifieke organisaties of individuen is dan wel erg groot, terwijl verspilling, uitputting en verontreiniging op korte termijn vanuit individueel optzicht ook voordeliger kan zijn.

Vanuit een *liberale visie* op de rol van de overheid heeft de overheid wel zekere plichten om zorg te dragen voor een duurzame leefomgeving, maar het primaat blijft toch bij de burgers liggen, zeker voor zover zij een keuzemogelijkheid hebben om nadelige gevolgen van economische activiteiten te voorkomen. Ook binnen deze stroming staat het zelfbeschikkingsrecht en de bescherming van klassieke (individuele) mensenrechten centraal (burgerrechten en politieke rechten), alhoewel ook de sociale grondrechten daarbij kunnen worden betrokken. Dat verklaart waarom veel verdragen, EU en ook nationaal recht wel beschermingsdoelstellingen voor milieu, water en natuur kennen, ondanks dat binnen een liberale benadering milieu en natuur op zichzelf geen beschermenswaardige waarden zijn. Dat zijn ze slechts voor zover ze gerelateerd zijn aan rechten van mensen. De wijze waarop de verschillende partijen bij verdragen en lidstaten van de EU invulling geven aan die verplichting kan echter enorm verschillen. Ook deze liberale benadering is gebaseerd op de bescherming van individuele rechten en eigen verantwoordelijkheden. Men kan op een andere plaats gaan wonen, of zelf maatregelen treffen om veilig en gezond te leven, de overheid garandeert slechts een basaal beschermingsniveau. Een zekere zorg om een correctie te verwezenlijken wanneer er een onevenredige verdeling van lusten en lasten optreedt, is er wel. Schadevergoedingsregelingen die een billijke verdeling van lusten en lasten als doel hebben, compenserende maatregelen (via belastingen of subsidies), beperkte overheidsregulering en een grote eigen verantwoordelijkheid binnen het omgevingsrecht past hierbij.

23 J. H. Adler, Taking property rights seriously: the case of climate change, Social Philosophy and Policy Foundation, July 2009, p. 296-316.

24 En daar zijn ook goede voorbeelden van bij private Nederlandse natuurterrein-beherende organisaties.

Het zogenaamde *utilitarisme* is veel meer gebaseerd op een wetenschappelijke en economische grondslag. Normatieve uitgangspunten worden bepaald door het hoogst mogelijke nut. Die maatregelen die het meeste voordeel voor de meeste mensen brengen zijn ook vanuit normatief oogpunt de juiste maatregelen. Wat in het publiek belang is, wordt met name gevormd door een optelsom van individuele belangen. De steeds grotere nadruk op kosten baten analyses vindt met name haar oorsprong in deze benadering.

Vanuit een socialistisch of (in Nederland gangbaarder) *sociaaldemocratisch* oogpunt is overheidsoptreden vereist indien markthandelen leidt tot uitbuiting of uitputting. Een basaal uitgangspunt daarbij is het streven naar gelijkheid of gelijkwaardigheid, van oudsher met name waar dit het welzijn van mensen betreft. Binnen het omgevingsrecht vraagt het publiek belang ingrijpen van de overheid als mensen geen gelijke mogelijkheden hebben waar het gaat om een veilige en duurzame leefomgeving. Risico's, kansen, kosten en baten zouden zo gelijk mogelijk moeten worden verdeeld c.q. toegankelijk moeten zijn.

Vanuit een *communitaristisch perspectief* is de benadering van de publieke taak heel anders. Deze benadering gaat er van uit dat het niet zozeer gaat om de bescherming van individuele belangen, maar om de bescherming van bepaalde sociale of lokale gemeenschappen, omdat zelfbeschikking en mensenrechten pas hun daadwerkelijke waarde krijgen in een sociale omgeving waar deze rechten ook te verwezenlijken zijn. Het betreft een sterk normatieve benadering, die uitgaat van een zekere gemeenschapsverantwoordelijkheid die er voor zorgt dat mensen ook een goed gebruik kunnen maken van hun vrijheden. De samenleving waarin men leeft bepaalt als het ware de waarden die worden beschermd. Dat betekent ook dat praktisch iedere waarde beschermenswaardig kan zijn en dat betekent weer dat de procedures waarmee wordt bepaald welke waarden wel of niet, dan wel meer of minder worden beschermd van groot belang zijn. Beleidsinstrumenten kunnen zeer divers zijn, met een grotere of kleinere rol voor de overheid, mits de gemeenschappelijke waarden van de samenleving maar goed worden beschermd. Over het algemeen zal de rol van de overheid in deze benadering veel groter zijn dan wanneer deze is gebaseerd op een libertaire of liberale grondslag, terwijl er ook een plaats is om natuur- en milieuwwaarden als zelfstandige waarden te beschermen.

Verschuivende normatieve uitgangspunten in het Europees en Nederlands omgevingsrecht

In zowel Europa (en dan met name het vasteland) als Nederland is het omgevingsrecht van oudsher gebaseerd op een combinatie van een communitaristische, liberale en deels socialistische benadering.

In het bijzonder het waterbeheer (veiligheid, zoetwatervoorziening) en het landbouwbeleid gaan sterk uit van de publieke bescherming van bepaalde gemeenschappen in plaats van de bescherming van individuele belangen en rechten. De verdere juridische vormgeving van de beleidsinstrumenten is daarmee meer gebaseerd op het solidariteitsbeginsel dan op het profijtbeginsel.

Ook het natuurbeschermingsbeleid is de laatste decennia gezien als een terrein waar overheidsbescherming noodzakelijk is, tot en met het feitelijke beheer van bepaalde waardevolle natuurgebieden.

Voor het milieurecht geldt dat ten dele ook, met name waar het de bescherming betreft van ecologische waarden, maar voor het grootste deel is het milieurecht ontstaan vanuit de gedachte dat individuele gezondheidsrechten moesten worden beschermd. Omdat dit zonder overheidsregulering niet voldoende werd gegarandeerd, volgde een inmiddels uitgebreid stelsel van milieuregeling. Het ruimtelijk bestuursrecht en dan in het bijzonder de functie van het bestemmingsplan is eveneens gericht op de bescherming van individuele belangen²⁵, maar de algemene ordenende functie van het ruimtelijk recht heeft ook communitaristische trekken omdat het daarbij gaat om de verwezenlijking van een goede ruimtelijke ordening ten behoeve van een geheel plangebied of gemeente. Desondanks blijft de eigen verantwoordelijkheid en de individuele vrijheid van burgers en bedrijven veel sterker benadrukt en is er altijd een rol voor schadevergoeding wanneer individuele belangen te veel worden geschaad.

In het omgevingsrecht ziet men zowel op Europees, maar vooral op nationaal niveau een duidelijke verschuiving richting meer liberale en utilitaristische opvattingen, met een toenemend gebruik van de daarbij behorende instrumenten. De groter wordende rol voor kosten-baten analyses, verzekeringen, zorgplichten en aansprakelijkheden is daar illustratief voor, zelfs op terreinen waar tot voor kort buiten discussie stond dat de overheid hier een primaire en grote verantwoordelijkheid draagt, zoals in het waterbeheer. De verschuiving van de klassieke waterkeringszorg (dijken, dammen, sluizen) naar het concept van Meerlaagse veiligheid illustreert dit. Er worden nog wel dijken gebouwd (de eerste laag), maar in combinatie met het bieden van veiligheid door middel van een betere ruimtelijke ordening in combinatie met anders c.q. waterveiliger bouwen van woningen en bedrijven (de tweede laag) en ten slotte de veel grotere nadruk op de aanleg van vluchtroutes, voor diegenen waarvoor het te duur wordt om hen bescherming te bieden op de klassieke wijze (de derde laag). Dit alles moet worden gecombineerd met verzekeringen.

Noodzaak voor een consistente en doordachte instrumentkeuze

Bij de verdere ontwikkeling en integratie van het omgevingsrecht moet er voor worden gezorgd dat voldoende rekening wordt gehouden met het verschil in geaardheid van de diverse onderdelen van het omgevingsrecht (zie paragraaf 1) en men geen beleidsinstrumenten toe gaat passen op terreinen waar deze niet geschikt zijn. Een willekeurig 'cherry-picking' van beleidsinstrumenten die vervolgens na integratie op het gehele omgevingsrecht van toepassing zijn leidt niet tot een stabiel en toekomstbestendig omgevingsrecht.²⁶ Bij de uitvoering kan grote onvrede ontstaan over

25 P.J.J. van Buuren, Is er toekomst voor het bestemmingsplan (afscheidsrede UU), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2011.

26 H. Mees, P. Driesen en H. Runhaar, Exploring the Scope of Public and Private Responsibilities for Climate Adaptation, Journal of Environmental Policy & Planning, DOI:10.1080/1523908X.2012.707407; H. Mees, J. Dijk, D. van Soest, P. Driessen,

de (door velen niet voorziene) effecten, die vervolgens weer ad hoc gerepareerd moeten worden. De keuze voor de omvang van de rol van de overheid en de wijze waarop zij publieke belangen behartigt, is daarmee met name een kwestie van politieke smaak; het streven naar transparante en consistente besluitvorming is echter van algemeen belang. Aandacht voor de normatieve waarden die ten grondslag liggen aan de keuze voor een bepaald beleidsinstrument is daarbij van groot belang voor de uiteindelijke legitimiteit van het omgevingsrecht.²⁷ Dat is des te meer noodzakelijk indien men grote veranderingen aan wil brengen in de rol van de overheid op terreinen waar mensen van oudsher verwachten dat de overheid ‘voor hen zorgt’ of waar zij zelf slechts beperkte mogelijkheden hebben om hun ‘eigen verantwoordelijkheid te nemen’.

Noodzaak voor een open discussie over de consequenties van de gemaakte normatieve keuzes

Welke benadering men ook kiest, het verdient aanbeveling over de fundamentele uitgangspunten een open discussie te voeren en voldoende rekening te houden met minderheidsstandpunten, kwetsbare belangen (van zowel kwetsbare bevolkingsgroepen als kwetsbare natuurwaarden) als ook met aangegane internationale verplichtingen. Het moet worden gezegd dat hoe abstracter de uitgangspunten worden geformuleerd, hoe meer mensen zich er in het algemeen in kunnen vinden. Bij de verdere ontwikkeling van het omgevingsrecht in een bepaalde richting (welke van de hiervoor besproken richtingen dat ook is) zou men echter in de noodzakelijke maatschappelijke discussie en het politieke debat ook duidelijk aan moeten geven wat de praktische consequenties van bepaalde benaderingen zullen zijn.

2.5 De inhoud, de reikwijdte en invulling van de publieke taak en de verantwoordelijkheidsverdeling tussen publieke en private partijen

Verantwoordelijkheden voor publieke en private partijen

Voor de vormgeving van een gemoderniseerd omgevingsrecht is duidelijkheid en visie noodzakelijk over de reikwijdte van de publieke taak evenals voor welke publieke belangen de overheid verantwoordelijkheid neemt en op welke wijze zij invulling geeft aan die verantwoordelijkheid. Nauw samenhangend met opvattingen over de publieke taak is immers de wijze waarop de verantwoordelijkheidsverdeling tussen publieke en private partijen wordt vormgegeven, hoewel dit niet volledig

M. van Rijswijk en H. Runhaar, Policy instruments for promoting adaptation to climate change, A framework for assessing public an/or private instruments and mixes, n.n.g.

27 P.P.J. Driessen en H. F.M.W. van Rijswijk, Normative Aspects of Climate Adaptation Policy, 2(4) Climate Law 2011, p. 1-23; A. van Buuren, P.P.J. Driessen, G. Teisman, M. van Rijswijk en T. Hol, Towards legitimate governance strategies for climate adaptation, Combining insights from legal, planning and network perspectives, n.n.g.

samenvalt. Niet iedere publieke taak hoeft volledig door de overheid zelf uitgevoerd te worden. Een gedeelde verantwoordelijkheid voor bescherming en beheer van de fysieke leefomgeving is niet alleen mogelijk, maar in veel gevallen ook wenselijk.²⁸ Betoogd wordt dat een samenleving weerbaarder wordt - meer *resilient* - indien private actoren daarin een grote rol spelen en bij het beleid, de uitvoering en de handhaving betrokken worden.²⁹

Omgevingsrecht als publieke taak

Over de vraag naar de reikwijdte en de betekenis van het begrip publieke taak of publiek belang en de daarbij behorende verantwoordelijkheidsverdeling tussen publieke en private actoren wordt in de Nederlandse omgevingsrechtelijke literatuur niet erg veel geschreven, de literatuur is veelal algemeen van karakter.³⁰ Er zijn twee publieke taken die van oudsher in Nederland eigenlijk niet ter discussie staan: defensie en de bescherming tegen overstromingen ('de staat dat zijn de dijken'). Voor het overige varieert de reikwijdte van de publieke taak in de tijd en wordt zij bepaald door politieke opvattingen.³¹ Dat de overheid zich de zorg voor de leefomgeving aantrekt blijkt uit de ondertekening van internationale verdragen, de instemming met Europese regelgeving, en de vaststelling van nationale wetgeving en beleidsdocumenten. Opgemerkt moet echter worden dat op het brede terrein van het omgevingsrecht en de fysieke leefomgeving de opvattingen over de rol van de overheid per deelterrein en zelfs binnen een deelterrein van het omgevingsrecht kunnen verschillen.³²

28 H. Borgers, *Duurzaam handelen* (diss. Erasmus Universiteit), SDU 2012; M. van Rijswijk en W. Salet. 2012. Enabling the contextualization of legal rules in responsive strategies to climate change. *Ecology and Society* 17(2): 18.

29 C. Folke, *Resilience: The emergence of a perspective for social-ecological systems analyses*. *Global Environmental Change* 2006, 16:253; E. Ostrom, *Governing the commons, the evolution of institutions for collective action*. Cambridge 2009.

30 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag 2000, i.h.b. p. 17-18; en J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer, 2003. Zie voor een voorbeeld waar hier wel aandacht aan wordt besteed: N. Gunningham, *Environmental regulation and non-state law: the future public policy agenda*, in: H. van Schooten, J. Verschuuren (eds.), *International Governance and Law. State Regulation and Non-state Law*, Edward Elgar Publ., Cheltenham 2008, p. 109-128; Neil Gunningham and Darren Sinclair (2002), *Leaders and Laggards: Next-Generation Environmental Regulation*, Sheffield, UK: Greenleaf Publishing; Heleen L.P. Mees, Peter P.J. Driessen & Hens A.C. Runhaar (2012): *Exploring the Scope of Public and Private Responsibilities for Climate Adaptation*, *Journal of Environmental Policy & Planning*, DOI:10.1080/1523908X.2012.707407; P. P.J. Driessen and H.F.M.W. van Rijswijk, *Normative Aspects of Climate Adaptation Policy*, 2(4) *Climate Law* p. 1-23 (2011).

31 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag 2000, i.h.b. p. 17-18; J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer, 2003.

32 D. Huitema en R. Kouwenhoven, *Wie is aan zet in het Nederlandse zoetwaterbeheer?* Instituut voor Milieuvraagstukken, VU Amsterdam, September 2011, J. Edelenbos en

Instrumenten passend bij de taakopvatting

Ook een discussie of specifieke wetgeving of bepaalde instrumenten passen in een bepaalde visie over de rol van de overheid bij de bescherming en het beheer van de fysieke leefomgeving wordt nauwelijks gevoerd.³³ Dit kan zoals gezegd leiden tot het hap-snap kiezen van beleidsinstrumenten, procedures, gehanteerde beginselen en gevolgde benaderingen. Zo zal in bepaalde gevallen zowel regulering als uitvoering bij voorkeur in overheidshanden zijn, terwijl in andere gevallen volstaan kan worden met regulering van privaat handelen. Deze regulering kan op zeer uiteenlopende wijzen worden vormgegeven.

Voorop gesteld moet worden dat - anders dan de decennialange reguleringsoperaties doen geloven - regels niet alleen belemmerend zijn. De term regeldruk suggereert dat bijvoorbeeld. Westerman laat zien dat regels ook veel ruimte kunnen geven.³⁴ Zij wijst daarbij op verschillende functies die regels kunnen hebben, zoals de coördinatie van menselijk verkeer en het voorspelbaar maken van menselijk handelen die handelingsvrijheid niet per se verkleint, maar ook vergroot. Regels dienen ook als een gedeeld normatief kader. De noodzakelijke relatie van de heuristische, coördinerende, voorspellende en kritiserende/rechtvaardigende functie van regels moet in het oog worden gehouden. Zij concludeert dat tegenwoordig het probleem niet zozeer is dat er een teveel aan regels is, maar dat veel regels deze bovengenoemde functies niet vervullen. Zo zijn zorgplichten niet geschikt om deze functies te vervullen, omdat ze weliswaar een abstracte formulering van veel daarvoor bestaande inrichtingsregels zijn (inrichtingsregels zijn regels die een bepaalde gewenste situatie voorschrijven), maar die zorgplicht moet vervolgens alsnog worden geconcretiseerd en wel door de normadressaat zelf. Zij concludeert dat zorgplichten precies het tegenovergestelde resultaat hebben van wat ermee wordt beoogd en eveneens dat zelfregulering leidt tot overregulering. Daarnaast wijst ze er op dat inrichtingsregels alleen al door hun positieve formulering de neiging hebben zich tot in het oneindige te splitsen en te vermeerderen, waarbij de regeldruk zich verplaatst van de wetgever naar de normadressaat en brancheorganisaties. Zij waarschuwt voor het verminderen van regels waarbij publieke verantwoordelijkheden worden weggegeven op basis van vertrouwen, in die gevallen waarin het publieke belang niet strookt met het individuele belang en in die situaties dat er belangentegenstellingen zijn tussen machtsongelijke partijen. De door haar voorgestelde oplossing om de vele abstracte of concrete inrichtingsregels te vervangen door coördinerende regels, die met name zien op de verhouding tussen partijen en hoe zij met elkaar omgaan, heeft echter als nadeel dat collectieve of publieke belangen onvoldoende worden geborgd als het publieke belang niet overeenstemt met de belangen van

H. van Rijswijk, *Water en omgeving in één wet en één vergunning?*, Water Governance Centre, Den Haag, 2011.

33 Zie voor een voorbeeld waar dit wel is onderzocht: J. Hamer, *Resilience in concepts of public interest, A comparison of political-theoretical approaches, and their potential for acceptable climate-adaptation policies in the field of water management*, Universiteit Utrecht, 2011.

34 P. Westerman, *Ruimte door regels*, *Ars Aequi*, oktober 2012, p. 720-728.

de diverse partijen.³⁵ Van belang voor het omgevingsrecht is haar voorstel om met name accreditatie-, certificatie- en rapportageverplichtingen te schrappen. Bij de verdere invulling van het omgevingsrecht is het goed om met deze inzichten rekening te houden. Er zijn verschillende mogelijkheden binnen het omgevingsrecht. Gekozen kan worden voor algemeen kwalitatief omschreven doelstellingen, zorgplichten, en doelvoorschriften, waarbij veel ruimte wordt gelaten voor de eigen verantwoordelijkheid van private partijen. Deze wijze van regulering vraagt veel deskundigheid en nadere invulling van de zorgplicht van private partijen en draagt het risico dat de rechtszekerheid vermindert, in de zin dat men niet precies weet waartoe men gehouden is en dat ook anderen geen inzicht hebben in mogelijk handelen van de geadresseerden. In de literatuur wordt eveneens gewezen op de problemen met de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid bij open normen en zorgplichten.

Men kan ook kiezen voor een grote rol voor economische instrumenten, handelsystemen, verzekeringen en stimulering van gewenst gedrag door middel van belastingen, subsidies en aansprakelijkheden. Dit is een wijze van regulering die burgers grote vrijheid laat, maar die als nadeel heeft dat kwetsbare groepen en belangen al snel het onderspit kunnen delven. Naar mijn oordeel passen deze instrumenten ook niet zo goed binnen de Nederlandse traditie, althans voor zover het gaat om instrumenten die worden geacht grotere of specifieke gemeenschappen of kwetsbare natuurbelangen te beschermen en ook niet op die terreinen waarin het lastig is een volledig eigen verantwoordelijkheid te nemen. Zij zijn dus niet gebaseerd op gedeelde normatieve waarden.

Er kan ook gekozen worden voor het gedetailleerd beschrijven van het gewenste beschermingsniveau (inclusief het aangeven of het gaat om grenswaarden of richtwaarden)³⁶, door middel van kwantitatief geformuleerde milieukwaliteitseisen of producteisen. Dit betreft de door Westerman genoemde inrichtingsregels, die ook leiden tot juist meer regels. Worden deze inrichtingsregels ondersteund met gedetailleerd uitgewerkte beleidsinstrumenten als verdelingsplannen, en vergunningen met hetzij doelvoorschriften gecombineerd met 'best practices' hetzij in bepaalde gevallen zelfs concrete middelvoorschriften dan neemt de regeldruk juist af.

Het moge echter duidelijk zijn dat ieder deel van het omgevingsrecht - ieder deel van de publieke taak - om zijn eigen specifieke aanpak en instrumenten vraagt, die het beste passen binnen de opvattingen over de rol van de overheid op dat specifieke deelterrein. Klakkeloos uniformeren en integreren is weliswaar snel, maar niet beter en eenvoudiger, zeker niet op de langere termijn. De nu voorgestelde vormen om de

35 Hetgeen Westerman ook zelf aangeeft.

36 J.J.H. van Kempen, Europees waterbeheer: eerlijk zullen we alles delen? Een analyse van de Europese stroomgebied-benadering in het licht van de grensoverschrijdende verontreiniging van water tussen lidstaten, diss. Utrecht, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012; C. Backes, A.M. Keessen and H.F.M.W. van Rijswijk, Effectgerichte normen; de betekenis van kwaliteitseisen, instandhoudingsdoelstellingen en emissieplafonds voor de bescherming van milieu, water en natuur, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

regeldruk te verminderen werken veelal averechts, wat wellicht de tientallen jaren deregulering verklaart. Dat betekent dat een mix moet worden gekozen van regels waarmee enerzijds de publieke belangen waar het omgevingsrecht op ziet voldoende gewaarborgd worden, en dat gekozen wordt voor regels die hun belangrijkste functies kunnen vervullen.

Bijzondere instrumenten voor publieke werken

De behartiging van publieke belangen die ook feitelijk worden uitgevoerd door de overheid kan naar mijn oordeel aanleiding zijn te kiezen voor specifieke instrumenten, zoals projectbesluiten en gedoogplichten eventueel gecombineerd met specifieke procedures zoals gebundelde of versnelde besluitvorming of beroep in één instantie. Voor de regulering van privaat handelen lijkt me in de huidige beleidsdocumenten over de Omgevingswet geen goed onderbouwde grondslag te vinden die rechtvaardigt dat verschillende vormen van privaat handelen verschillend worden gereguleerd en van verschillende procedures worden voorzien. Geconstateerd moet worden dat in de huidige Nederlandse literatuur, onderzoeksrapporten en beleidsdocumenten geen grondige analyse is te vinden van het geheel aan publieke belangen die met het omgevingsrecht worden gediend in relatie tot de daarvoor meest geschikte verantwoordelijkheidsverdeling, beleidsinstrumenten en procedures. Hoe de diverse gehanteerde benaderingen in het huidige omgevingsrecht en in de voorstellen na volledige integratie in een nieuwe Omgevingswet zich tot elkaar verhouden is eveneens nog onduidelijk. Daar worden in dit preadvies voor de verschillende deelaspecten voorstellen voor gedaan.

Reguleren van privaat handelen ter bescherming van individuele en algemene belangen

Uit zowel internationale, Europese en nationale wetgeving als nationale beleidsdocumenten blijkt dat de overheid zich geroepen voelt tot bescherming en beheer van de fysieke leefomgeving en het faciliteren van een duurzame ontwikkeling. Daarbij verwijst de wetgever veelal naar internationale verplichtingen om kwetsbare ecologische en humane belangen te beschermen en te zorgen voor een ‘level playing field’ op de Europese markt. De vele verdragen op het terrein van het omgevingsrecht, maar ook de uitbreiding van de reikwijdte van de mensenrechten met milieubescherming waar Nederland partij bij is, getuigen van een verantwoordelijkheidsgevoel bij overheden voor de bescherming van zowel het gemeenschappelijk erfgoed als van de mens. De nadruk ligt daarbij echter grotendeels op de bescherming van individuele belangen van mensen. Binnen de Europese Unie is milieubescherming sinds kort expliciet opgenomen in artikel 3 van het VEU: “een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.” Artikel 191 lid 1 VWEU bepaalt dat het Europese milieubeleid gericht is op “behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu; bescherming van de gezondheid van de mens; en een ‘behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen.” Daaruit blijkt dat op EU niveau de nadruk nog steeds ligt op de bescherming van de gezondheid en het welbevinden van de mens, maar dat er ook een zekere aandacht ontstaat voor de bescherming van algemene natuur- en milieubelangen. Ook de toegang tot de rechter is

met name gebaseerd op het behartigen van individuele persoonlijke belangen, hetzij van particulieren, hetzij van milieuorganisaties die het behartigen van het algemene milieubelang als hun individuele persoonlijke belang behartigen.

2.6 Pas op voor een inconsequente verschuiving in reguleringsinstrumenten

Ruimte voor nationale tradities

Zoals gezegd laten internationale verdragen en in iets mindere mate Europese regelgeving staten betrekkelijk vrij in de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de verplichtingen, in die zin dat niet expliciet wordt voorgeschreven wat tot de publieke taken van een staat behoort en in nog mindere mate op welke wijze een eventuele publieke taak uitgevoerd dient te worden, mits maar aan Europese randvoorwaarden in specifieke regelgeving wordt voldaan.³⁷ Dit lijkt wellicht vanzelfsprekend, maar bijvoorbeeld op het terrein van het Europese omgevingsrecht is desondanks een zekere invloed van de politiek-bestuurlijke voorkeuren in de verschillende lidstaten te herkennen.

Een verdere verschuiving naar een op bescherming van rechten gebaseerde benadering

Een sterke Angelsaksische invloed in onder meer het Europese milieurecht heeft gezorgd voor meer procedurele bepalingen in plaats van inhoudelijke verplichtingen, een grotere nadruk op beginselen, en meer aandacht voor privaatrechtelijke c.q. economische instrumenten zoals verhandelbare rechten en verzekeringen en meer aandacht voor economische afwegingen in de besluitvorming (zowel bij het verlenen van toestemmingen als het doen van een gerechtvaardigd beroep op uitzonderingsbepalingen), veelal gebaseerd op of ondersteund door kosten-baten analyses.³⁸ Deze veranderende focus wordt wel aangeduid als een *governance* benadering, waarbij deze benadering wordt gewezen op voordelen als een sterkere betrokkenheid van meerdere bestuurslagen, betrokkenheid van particulieren door participatieve besluitvorming, gedeelde verantwoordelijkheden bij de uitvoering, een grotere flexibiliteit door meer bestuurlijke afwegingsruimte en meer aandacht en mogelijkheden voor lokale verschillen. Een nadeel in de praktijk lijkt de handhaafbaarheid door zowel publieke als private partijen, met als gevolg dat de bescherming van delen van de

37 E. Steyger, in J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer, 2003, p. 41-48

38 L. Krämer, 'Thirty years of EC Environmental Law: Perspectives and Prospectives', in H. Somsen (ed.), *Yearbook of European Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002); M. Lee, 'Law and Governance of Water Protection Policy', in J. Scott (ed.), *Environmental Protection. European Law and Governance* (Oxford, Oxford University Press, 2009); A.M. Kjaer, *Governance* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007).

leefomgeving en de menselijke gezondheid onder druk kan komen te staan.³⁹ In hoeverre dat het geval is vraagt meer en bovenal empirisch onderzoek dat de reikwijdte van dit preadvies te buiten gaat. Ondanks dat ook in Nederland - mede onder invloed van het Europese recht - deze benadering een steeds grotere rol speelt en de benadering tegemoet lijkt te komen aan de problemen die men binnen het huidige omgevingsrecht ervaart, is het goed om bij de verdere ontwikkeling van het omgevingsrecht te onderzoeken in hoeverre dit aansluit bij bestaande Nederlandse benaderingen en tradities en in hoeverre ook daar wellicht veranderingen nodig zijn.

Risico's van gecombineerde benaderingen

Een slechts gedeeltelijk overnemen van een nieuwe benadering draagt het risico's dat er gaten vallen in de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en daarmee de effectiviteit van het omgevingsrecht. Zo is het Nederlandse omgevingsrechtelijke systeem van oudsher niet zozeer gebaseerd op een op rechten en beginselen gebaseerde benadering en is ook de wijze waarop democratische verantwoording wordt afgelegd verschillend van die landen met een meer Angelsaksische traditie, waar deze vrij direct is vanwege de lokale afgevaardigden in parlementen. Over het afleggen van verantwoordelijkheid naar burgers of hun vertegenwoordigende organen kan veel worden gezegd en dat zou ook moeten gebeuren binnen het debat over de toekomst van het omgevingsrecht. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag hoe het afleggen van verantwoording wordt geregeld en ervaren, wanneer wordt overgegaan tot regionale uitvoeringsdiensten⁴⁰, gespecialiseerde omgevingsdiensten⁴¹, of zelfs een omgevingsrechtautoriteit. Deze meer professionele organisaties hebben het grote voordeel dat zij op betrekkelijk onafhankelijke wijze en met voldoende deskundigheid regulering (in de vorm van vergunningverlening) en handhaving voor hun rekening kunnen nemen. Dat wordt noodzakelijk geacht indien kleinere gemeenten niet over voldoende expertise beschikken. Onduidelijk is echter hoe zij verantwoording afleggen indien er sprake is van meer bestuurlijke afwegingsruimte bij omgevingsrechtelijke besluiten. Per gemeente zal immers de politieke voorkeur verschillen en zal - conform de voorbeelden van politiek bestuurlijke stromingen - de nadruk meer liggen op behartiging en bescherming van individuele belangen, een goed werkende markt of de bescherming van meer publieke of gemeenschapsbelangen. De gespecialiseerde omgevingsdiensten zouden daarmee op gedifferentieerde wijze hun taak uit moeten oefenen, al naar gelang de politieke kleur die op dat moment binnen een gemeente dominant is. Indien de huidige omvang van gemeenten te klein is om de hen opgedragen taken goed uit te kunnen oefenen ligt het echter meer voor de hand gemeenten groter te maken of de bevoegdheden op een hoger niveau neer te leggen. Dat laatste heeft bij een volledig geïntegreerd omgevingsrecht echter weer als nadeel

39 A.M. Keessen en H.F.M.W. van Rijswijk, Adaption to Climate Change in European Water Law and Policy, Utrecht Law Review, November 2012, (www.utrechtlawreview.org), O. Odom Green, H.F.M.W. van Rijswijk, A. M. Keessen, en A. S. Garmestani, EU Water Governance: Striking the Right Balance between Regulatory Flexibility and Enforcement?, Ecology and Society 2012-5357.

40 Zie uitvoeriger Michiels in dit preadvies.

41 Zie uitvoeriger Backes en Uylenburg in dit preadvies.

dat ook de regulering van kleinere activiteiten, waarvoor ook kleinere gemeenten voldoende capabel zijn, naar bijvoorbeeld het provinciale niveau worden getild. Als voorbeeld voor de inpassing van nieuwe benaderingen in het bestaande Nederlandse omgevingsrechtelijke systeem wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan op de betekenis van beginselen in het omgevingsrecht voor beleid, wetgeving, uitvoering en rechterlijke toetsing.

2.7 De rol van beginselen in het omgevingsrecht

Beginselen in het Nederlandse omgevingsrecht?

De vraag rijst of het aanbeveling verdient om in de Omgevingswet ook milieubeginselen op te nemen. Zij kunnen een belangrijke sturende rol hebben binnen de nadere formulering van beleid, en zij kunnen in iedere politiek-bestuurlijke stroming hun rol spelen. Van oudsher spelen beginselen met name een grote rol binnen op rechten gebaseerde stromingen, maar ook wanneer gekozen wordt voor een benadering die meer ruimte geeft aan de bescherming van natuur- en milieuwaarden als zelfstandig te beschermen waarden kunnen zij van belang zijn. Ondanks dat algemeen erkend wordt dat men beginselen duidelijk dient te onderscheiden van rechtsnormen, wordt door velen⁴² gepleit voor een opname van beginselen in de omgevingsrechtelijke wetgeving. Dat beginselen op ieder deel terrein van het omgevingsrecht dezelfde rol zullen spelen lijkt niet waarschijnlijk; maar dat is gezien het juridisch karakter van beginselen ook niet zo'n probleem. Beginselen zullen immers vooral richtinggevend van aard zijn, regelmatig tegen elkaar afgewogen moeten worden en zij zullen zelden een direct toetsingskader voor de besluitvorming zijn.⁴³

Om welke beginselen gaat het?

Bij een inventarisatie van milieubeginselen kan een onderscheid worden gemaakt tussen beginselen die uitdrukking geven aan milieudoelstellingen en daarom gekenschetst kunnen worden als beleidsbeginselen of beleidsdoelstellingen, zoals bijvoorbeeld het beginsel van een duurzame ontwikkeling. Beleidsdoelstellingen zoals het duurzaamheidsbeginsel zouden naar mijn oordeel bij voorkeur een plaats kunnen vinden in de beleidsdocumenten van de verschillende overheden en in de considerans van de Omgevingswet. Een aantal milieubeginselen heeft echter zijn plaats ge-

42 Op het recente jubileumcongres van de VMR op 4 oktober 2012 bleek zo'n 2/3 van de aanwezigen voor opnamen van beginselen in de Omgevingswet te zijn.

43 R. Fennis, Gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging, Een onderzoek naar de mogelijkheden van een gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging binnen de in Nederland en Europa erkende milieurechtelijke beginselen, Universiteit Utrecht, 2012. Het betreft de een masterscriptie die de scriptieprijs van de Vereniging voor Milieurecht over de jaren 2011-2012 heeft gewonnen en voorzien van een ISBN-nummer te downloaden is van www.milieurecht.nl. Ook binnen het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht wordt de scriptie gepubliceerd in de serie 'Best of the best'.

vonden in internationale verdragen en Europese regelgeving, zowel in het primaire EU recht als in verschillende richtlijnen en verordeningen. De Nederlandse omgevingsrechtelijke wetgeving wordt momenteel juist gekenmerkt door het ontbreken van milieubeginselen in de wetgeving zelf en men kan alleen uit bepaalde bepalingen en verplichtingen afleiden welk beginsel er aan ten grondslag ligt. Deze ‘echte’ milieubeginselen vindt men in Nederland wel terug in beleidsdocumenten.

In het Europese recht vindt men milieubeginselen in de artt. 11 (het integratiebeginsel dat stelt dat milieurechtelijke eisen geïntegreerd moeten worden in het beleid van de EU) en 191 VWEU. Artikel 191 lid 1 noemt belangrijke doelstellingen van het EU milieubeleid: het belang van de bescherming van het milieu, het beschermen van de volksgezondheid en de bestrijding van klimaatverandering. De echte milieubeginselen die zowel ten grondslag liggen aan het beleid als ook bij de uitvoering van het beleid betekenis krijgen zijn het beginsel van een hoog niveau van bescherming, het voorzorgsbeginsel⁴⁴, het preventiebeginsel, het beginsel van bestrijding bij de bron en het beginsel de vervuiler betaalt. Daarnaast zijn het gebruik van de beste bestaande technieken en het stand still beginsel gebaseerd op het Europese recht. Een uitvoerige beschouwing over de betekenis van milieubeginselen past niet in de opzet van dit preadvies en daarover is ook ruime literatuur voor handen.⁴⁵

Argumenten voor en tegen

De meningen over opname van beginselen in de Omgevingswet zijn zoals gezegd verdeeld, om verschillende redenen. Tegenstanders stellen dat milieubeginselen vooral beleidsmatig van karakter zijn en dat opname in de wet slechts een symbolische betekenis heeft. Er wordt eveneens gewezen op het risico dat beginselen als rechtsnormen gaan fungeren, hetgeen al het geval is indien ze ‘verstopt zijn’ in bestaande rechtsnormen (zoals bij het voorschrijven van de beste bestaande technieken). Als argument tegen opname in de Omgevingswet wordt ook gesteld dat beginselen toch al een juridische betekenis hebben omdat de Europese en nationale

44 Zie ook de Mededeling van de Commissie van 2 februari 2000 over het voorzorgsbeginsel, COM(2000) 1.

45 Zie bijvoorbeeld C. Backes, C. Bastmeijer, A. Freriks, R. van Gestel en J. Verschuuren, Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer, BJU, 2002; Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis en N.S.J. Koeman, Milieurecht, Kluwer, Deventer 2006; J.H. Jans en H.B. Vedder, European environmental law, Groningen, 2010; R. Macrory, Principles of European environmental law, Groningen 2004; P. Sands, Principles of international environmental law, Cambridge 2003; T. Barkhuysen en F. Onrust, De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraktijk, in Kansen in het omgevingsrecht, Groningen 2010, p. 45-76; Th.G. Drupsteen, Het preventiebeginsel, Milieu en Recht 2000/9, p. 216-222; C.I. Mabers, Het voorzorgsbeginsel: vluchten kan niet meer, Milieu en Recht 2000/7/8, p. 176-181; F.C.M.A. Michiels, Voorzorg en stilstand: beginselen van milieurecht, Ars Aequi 2000/11, p. 795-800; H.P. Nijhoff, Van alara naar BBT: hoe is het gesteld met het beschermingsniveau?, StAB 2009/2, p. 8-16; J. Verschuuren, Naar een codificatie van beginselen in het milieurecht, Recht en Kritiek 1995/4, p. 421-445.

rechtsorde een geheel vormen en de lidstaten daar - indien beginselen ten grondslag liggen aan of genoemd worden in een richtlijn of verordening - sowieso uitvoering aan moeten geven.

Voorstanders van opname van beginselen in wetgeving wijzen op de normatieve waarde en sturende betekenis als zij expliciet in de wet staan. Het feit dat milieu-beginselen wel zijn opgenomen in de Europese verdragen en in vele richtlijnen kan pleiten voor opname in de Omgevingswet, omdat dit duidt op een loyale implementatie, waarmee duidelijk wordt dat Nederland de Europese verplichtingen serieus neemt door de beginselen in nationale wetgeving op te nemen en ze daarmee ook een eigen plaats en rol geeft. Zij kunnen dan algemener (niet afhankelijk van een specifiek beleidsdocument waar ze toevallig in zijn opgenomen) richting geven aan het beleid, zoals dat nader wordt uitgewerkt in de diverse beleidsplannen. Zij kunnen dienen als interpretatiehulpmiddel bij bepalingen die zeer algemeen geformuleerd zijn, onduidelijk zijn, lacunes vertonen of bestuurlijke afwegingsruimte laten. Beginselen kunnen richting geven bij nieuwe of onvoorziene ontwikkelingen en daarmee de flexibiliteit en de toekomstbestendigheid of het adaptief vermogen van het omgevingsrecht vergroten.

Voor mijzelf wegen de voordelen zwaarder dan de eventuele nadelen, zeker wanneer duidelijk is wat de betekenis van beginselen is. Zij dienen niet te fungeren als rechtsnormen waaraan direct wordt getoetst, maar zouden primair een sturende en interpretatieve betekenis dienen te hebben. In de motivering van besluiten waarbij een grote mate van bestuurlijke afwegingsruimte bestaat, kunnen zij deel uitmaken van de motivering en zo de legitimiteit van de besluitvorming vergroten, omdat zo ook inzicht wordt gegeven op welke normatieve uitgangspunten (wat beginselen nu eenmaal zijn) een besluit is gebaseerd. De rechter toetst de beginselen dan als onderdeel van de motiveringsplicht en die toetsing zou indringender moeten worden wanneer meer gebruik wordt gemaakt van algemeen geformuleerde open normen, zorgplichten en bepalingen die het bestuur een grote mate van afwegingsruimte laten. In die zin past opname van beginselen in de wet goed bij de voorgestelde veranderingen voor de Omgevingswet. Daarnaast beoogt het herziene omgevingsrecht ook bij te dragen aan een verandering naar een meer duurzame samenleving, waarbij ook zuiniger wordt omgesprongen met schaarse natuurlijke hulpbronnen alsmede aan de oplossing van nieuwe milieuproblemen zoals klimaatverandering en het toenemende verlies van biodiversiteit. Juist bij vraagstukken waarbij men kampt met grote onzekerheden en waar lange termijn maatregelen nodig zijn, is strikte regulering lastig te verwezenlijken. Dat vraagt om een flexibel en adaptief omgevingsrecht, dat niet steeds hoeft te worden aangepast. Om voor deze nieuwe opgaven een normatief en sturend kader beschikbaar te hebben is opname van beginselen naar mijn oordeel geschikt. Beginselen komen dan niet in de plaats van rechtsnormen of een juridisch bindend beschermingsregime, maar spelen een aanvullende rol daar waar dat nodig is. Fennis laat in haar recente studie goed zien hoe beginselen van waarde kunnen

zijn bij nieuwe ontwikkelingen zoals de gebiedsgerichte bodemsanering en hoe de in beginsel abstracte en theoretische beginselen in de praktijk een rol kunnen spelen.⁴⁶

2.8 Conclusie en aanbevelingen

Een normatief kader als startpunt voor de ontwikkeling van een integraal omgevingsrecht

In dit hoofdstuk is kort stil gestaan bij de randvoorwaarden waar bij de verdere ontwikkeling van het omgevingsrecht rekening kan en naar mijn oordeel dient te worden gehouden. Geconstateerd is dat de afzonderlijke delen van het omgevingsrecht verschillen in historie, doel, reikwijdte en benadering van de publieke taak. Een deel van het omgevingsrecht is inmiddels gebaseerd op het Europese recht. Er is weinig duidelijkheid over de visie die de overheid heeft op het omgevingsbeleid als publieke taak. Vooralsnog wordt hieraan binnen de diverse afzonderlijke delen van het omgevingsrecht geen uniforme invulling aan gegeven. Redenen die nu voor een herziening van het omgevingsrecht worden gegeven schenken aan dit aspect geen aandacht en ook bij de plannen voor een integratie van het omgevingsrecht wordt niet uitvoerig ingegaan op de gewenste veranderingen in reikwijdte van de publieke taak, terwijl die veranderende visie op de rol van de overheid wel impliciet is af te leiden uit de keuze voor de verschillende beleidsinstrumenten. Daarmee ontbeert het omgevingsrecht een gedeeld normatief kader op grond waarvan kritiek en rechtvaardiging mogelijk is.⁴⁷ Ook blijkt niet duidelijk op basis van welke visie de verantwoordelijkheden tussen publieke en private partijen wordt verdeeld. Het is echter niet zo dat voor alle aspecten van het omgevingsrecht de wens bestaat voor meer eigen verantwoordelijkheid van burgers en een grotere rol voor de markt. Er zijn terreinen waar in een land als Nederland de overheid een grote regulerende en uitvoerende rol dient te blijven spelen, omdat dat past bij de Nederlandse traditie, de aard van de omgevingsrechtelijke opgaven, de problemen voor particulieren om bepaalde belangen individueel te behartigen (zowel feitelijk als vanuit sociaal- economische oogpunt), de onwenselijkheid om kwetsbare natuurbelangen volledig aan de vrije markt over te laten en omdat de overheid voor sommige taken nu eenmaal beter is uitgerust dan particulieren. Het verdient dan ook aanbeveling om bij de verdere ontwikkeling van de Omgevingswet de aard van de publieke taak leidend te laten zijn en niet de uniformering van beleidsinstrumenten die weliswaar vaak hetzelfde lijken, maar dat niet altijd zijn.

46 R. Fennis, Gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging, Een onderzoek naar de mogelijkheden van een gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging binnen de in Nederland en Europa erkende milieurechtelijke beginselen, Universiteit Utrecht, 2012, waarin een zeer actueel en grondig overzicht wordt gegeven van de juridische betekenis van diverse milieurechtelijke beginselen inclusief de rol die zij spelen in de Europese en Nederlandse jurisprudentie.

47 P. Westerman, Ruimte door regels, *Ars Aequi*, oktober 2012, p. 728.

Instrumentalisme en veranderende beleidsinstrumenten

De huidige voorstellen voor de herziening van het omgevingsrecht beperken zich tot het identificeren en vervolgens uniformeren van verschillende beleidsinstrumenten voor het gehele omgevingsrecht. Daarmee ligt de focus onevenredig op instrumenten in plaats van op de normatieve uitgangspunten voor het omgevingsrecht. Er wordt in de recente ontwikkeling van het omgevingsrecht en in de voorstellen voor de Omgevingswet ook steeds meer gekozen voor zorgplichtbepalingen, algemeen en kwalitatief geformuleerde bepalingen en een grotere beleidsvrijheid voor bestuursorganen bij de uitvoering van het beleid. Er is echter weinig aandacht voor de wijze waarop hieraan in de praktijk - bij de uitvoering, de handhaving en bij de rechterlijke toetsing - uitvoering kan worden gegeven. De keuze voor deze instrumenten draagt het risico in zich dat er eerder meer dan minder regels zullen komen. De voorstellen voor de Omgevingswet richten zich daarmee vooral op het begin van de beleids-cycles; een andere wijze van regulering, maar bieden weinig positieve perspectieven en houvast voor de gehele keten van beleidsvorming, in het bijzonder voor de uitvoering en handhaving. Dat is een gemiste kans.

Beginselen in de Omgevingswet

In dit kader is meer in het bijzonder gekeken naar de rol die beginselen in het omgevingsrecht kunnen spelen. Op dit moment spelen de verschillende beginselen een verschillende en ook zeer indirecte rol in beleid, wetgeving, uitvoering en bij de rechterlijke toetsing. Bij een verdergaande integratie verdient de opname van beginselen in de Omgevingswet en de rol die beginselen zouden kunnen of moeten spelen verdere overdenking. Beginselen vervullen een belangrijke rol als eerste invulling van een gedeeld normatief kader. Aanbevolen wordt de milieubeginselen die rechtstreeks voortvloeien uit het Europese recht op te nemen in de Omgevingswet, zodat zij als leidraad kunnen dienen bij de formulering van beleid, bij de interpretatie van onduidelijke, algemeen geformuleerde wettelijke bepalingen en bij de concrete besluitvorming. Zij krijgen dan ook een sturende werking bij de invulling van de grotere beleidsvrijheid die bestuursorganen in de Omgevingswet zullen krijgen. Juist nu het omgevingsrecht voor grote veranderingen staat, waarbij op een meer duurzame wijze met natuurlijke hulpbronnen moet worden omgegaan en milieuproblemen met grote onzekerheden gepaard gaan, is er ruimte voor een aanvullende rol van beginselen naast regulering van schadelijke activiteiten en bescherming van kwetsbare waarden. Bij een geïntegreerd omgevingsrecht is helderheid over de betekenis en juridische waarde van beginselen gewenst. Zij zouden niet als rechtsnormen moeten fungeren maar een normatieve sturende rol dienen te spelen daar waar dat nodig en gewenst is. Opname in de Omgevingswet kan daaraan bijdragen.

Aanbeveling

Een eenzijdige focus op uniformering en integratie van beleidsinstrumenten en bevoegdheden uit de verschillende bestaande onderdelen van het omgevingsrecht is te beperkt voor een toekomstbestendig omgevingsrecht. Bij de verdere ontwikkeling, integratie en vereenvoudiging van het omgevingsrecht verdient het aanbeveling om

de discussie over de reikwijdte van de publieke taak en de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven open te voeren en de reikwijdte van de publieke taak en de wijze waarop de overheid daaraan samen met private partijen uitvoering geeft als grondslag te nemen voor de verdere ontwikkeling van het omgevingsrecht. Dit vergroot de legitimiteit van het omgevingsrecht en de aanvaarding van de belemmeringen die het omgevingsrecht nu eenmaal oplegt. Het wijst particulieren op de reikwijdte van hun eigen verantwoordelijkheden, zodat zij passende maatregelen kunnen nemen om deze verantwoordelijkheid ook waar te maken. Het vergroot zeer waarschijnlijk ook de effectiviteit van het omgevingsrecht omdat de juiste mix aan juridische instrumenten wordt gekozen, passend bij de specifieke taak en de visie die de overheid op die taak heeft. Voor bepaalde delen van het omgevingsrecht blijft de noodzaak van een grote rol voor de overheid onverminderd groot.

