

De Omgevingswet en de ambivalente sanering van het bodembeschermingsrecht

M en R 2019/37



1. Inleiding

Het voorstel voor de Aanvullingswet bodem Omgevingswet beoogt de Wet bodembescherming (Wbb) te vervangen.² Het is één van de vier tot dusver verschenen wetsvoorstellen ter aanvulling van de Omgevingswet zelf. Het voorstel dat eind 2018 is aangenomen door de Tweede Kamer, wijkt slechts in beperkte mate af van het voorstel dat de Tweede Kamer begin 2018 ontving. Dat voorstel heeft al de nodige aandacht in de literatuur gekregen, waarbij soms het beperkte karakter van de regeling werd betreurd.³ Daarnaast is intussen een voorstel ter consultatie gepubliceerd voor de bijbehorende Algemene Maatregel van Bestuur, zijnde het Aanvullingsbesluit bodem Omgevingswet.⁴ Ook dat heeft reeds enige aandacht gekregen.⁵

Met de voorstellen moet het bodemsaneringsrecht in lijn komen met de systematiek en het juridisch instrumentarium van de Omgevingswet en de daarin opgenomen zes kerninstrumenten. Volgens de memorie van toelichting op het wetsvoorstel (MvT) moet er bovendien op een nieuwe manier naar de bodem worden gekeken. Het is niet realistisch om te denken dat de bodem overal de best mogelijke kwaliteit heeft; de bodem is nooit volledig schoon. Bovendien wordt de bodem steeds intensiever gebruikt. Dit spanningsveld tussen gebruik en kwaliteit vraagt om een nieuw wettelijk kader dat uitgaat van de bodemkwaliteit zoals die is en dat het mogelijk maakt om binnen deze randvoorwaarde de juiste combinaties te zoeken van functie en kwaliteit. De MvT stelt dat er in deze context minder behoefte is aan een wettelijk instrumentarium gericht op geïsoleerde

interventie, zoals de Wet bodembescherming op dit moment biedt.⁶

Het voorgestelde nieuwe recht breekt vrij rigide met het bestaande wettelijk instrumentarium. Dat is mede gericht op die geïsoleerde interventie via de bodemsanering van (in het bijzonder) de oude gevallen. Dat zijn de gevallen die dateren van vóór de inwerkingtreding van de Wbb op 1 januari 1987. Het kan een onbeantwoorde vraag blijven of het bodembeschermingsrecht zonder de komst van de Omgevingswet ook zo'n forse sanering zou hebben ondergaan, of dat die komst en de bijbehorende wens tot uniformering en beperking van soorten instrumenten de voornaamste redenen zijn voor het afschaffen van (in het bijzonder) het saneringsinstrumentarium. De gedachte lijkt hoe dan ook te zijn dat het badwater kan worden weggegooid, omdat het kind nu schoon is. Het risico bestaat uiteraard, dat dat nog niet zo is en dat dus het spreekwoordelijke kind met het badwater wordt weggegooid.⁷ Verder kan uiteraard op enig later moment nog een vies kind opdoemen, terwijl het badwater al is weggegooid.⁸ Zo kan de beoogde sanering van de regels dus ambivalent worden: gezonde sanering van verschillen in instrumenten en mogelijk ongezonde sanering van bevoegdheden.

Na de diverse goede en uitgebreide overzichtsartikelen die reeds over de Aanvullingswet bodem verschenen zijn, wil ik mij in het onderstaande beperken tot de mogelijke ambivalentie van de nieuwe regeling en in het bijzonder op de voornaamste inconsequentie daarvan voor het op bodemsanering gerichte recht uit de Wbb: Enerzijds wil de regeling daarvan af. Anderzijds is het overgangsrecht zo dichtgetimmerd, dat dat oude recht nog jaren en mogelijk decennia dwingend blijft.

Ik ga allereerst kort nader in op de motivering van het wetsvoorstel en het ontwerp voor het Aanvullingsbesluit (par. 2), waarna ik even aandacht besteed aan de huidige systematiek van de Wbb, voor zover dat voor dit artikel nodig is (par. 3). Vervolgens komen aan de orde de zorgplichten (par. 4) en de toevalsvondst (par. 5). Ik besteed daarna relatief veel aandacht aan het overgangsrecht, enerzijds omdat dat nog licht is gewijzigd nadat de diverse overzichtsartikelen zijn verschenen en anderzijds omdat daaruit de ambivalentie ten aanzien van het op sanering gerichte huidige recht

1 Prof. mr. G.A. van der Veen is advocaat bestuursrecht en omgevingsrecht bij AKD te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

2 *Kamerstukken I* 2018/19, 34864, A.

3 Zie onder meer: K. Azghay & S. Bilgi, 'Het wetsvoorstel 'Aanvullingswet bodem Omgevingswet'', *VGR* 2018, p. 53-60, W.Th. Braams, 'De bodem in de Omgevingswet: het einde of het begin van een tijdperk?', *TGMA* 2016, p. 88-95, M.C. Brans & C.M. Grobben, 'De bodem van de fysieke leefomgeving – De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet', *TBR* 2018/170, G.C.W. van der Feltz, 'De kunst van het weglaten: zorg voor de bodem onder de Omgevingswet', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2018, p. 340-347 en G.J. Kremers, 'Beleidsvernieuwing voor de bodem: wetsvoorstel Aanvullingswet bodem Omgevingswet', *BR* 2018/31.

4 www.internetconsultatie.nl/aanvullingsbesluit_bodem_omgevingswet.

5 Met name bij M.C. Brans & C.M. Grobben, 'De bodem van de fysieke leefomgeving – De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet', *TBR* 2018/170.

6 *Kamerstukken II* 2017/18, 3, p. 2.

7 Dat is vooral de strekking van W.Th. Braams, 'De bodem in de Omgevingswet: het einde of het begin van een tijdperk?', *TGMA* 2016, p. 88-95. Zie ook G.A. van der Veen, 'Worden bodem en grondwater de zorgenkinderen onder de Omgevingswet?', *TvO* 2016, p. 59-61.

8 Het moet dan wel gaan om een nogal volwassen vies kind, namelijk een "oud geval" en dus een geval van vóór 1 januari 1987.

vrij sterk blijkt (par. 6). Ik sluit af met een korte beoordeling (par. 7).

2. De motivering van het wetsvoorstel en het ontwerp voor het Aanvullingsbesluit

De centrale stelling van de MvT is dat de omgang met de bodem een nieuwe fase ingaat. De MvT stelt dat met het wetsvoorstel een belangrijke stap wordt gezet in de omgang met de kwaliteit van onze bodem. Met de komst van de Omgevingswet wordt voor bodem als onderdeel van de fysieke leefomgeving een nieuw juridisch fundament geboden. Het stelsel van de Omgevingswet gaat – nog steeds volgens de MvT – uit van een paradigmawisseling: van bescherming van de fysieke leefomgeving door een werende benadering van activiteiten, naar een beleidscyclus waar de continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving centraal staat en er ruimte is voor ontwikkeling. De vertrekpunten van de nieuwe bodemregelgeving sluiten aan bij deze paradigmawisseling, aldus de MvT. De bodem is een essentieel onderdeel van de fysieke leefomgeving. In het verleden zijn (soms ernstige) bodemverontreinigingen ontstaan door allerlei activiteiten op en in de bodem. Met de Wet bodembescherming zijn grote stappen gezet om deze last uit het verleden te reduceren. Locaties met onaanvaardbare humane, ecologische en verspreidingsrisico's (de zogeheten spoedlocaties) zullen naar verwachting na inwerkingtreding van de Omgevingswet zijn aangepakt of beheerst. Daarmee zijn de grote risico's onder controle gebracht.⁹

De MvT meldt verder dat er de afgelopen decennia veel tijd en inspanning is gestoken in het inventariseren van historische bodemverontreinigingen. In 2020 zouden alle bekende historische bodemverontreinigingen met onaanvaardbare risico's voor de gezondheid (voorheen: humane risico's) en alle bekende locaties met spoedeisende risico's van verspreiding en ecologische risico's zijn gesaneerd of beheerst, aldus de MvT.¹⁰ De daarvoor geldende regels blijven via het nog te bespreken overgangsrecht gelden. De MvT spreekt de verwachting uit dat de meeste risicovolle bodemverontreinigingen inmiddels bekend zijn en dat er slechts een beperkt aantal nieuwe gevallen per jaar ontdekt zullen worden, waar sprake kan zijn van grotere risico's.¹¹

De veronderstelling dat in 2020 alle bekende historische gevallen gesaneerd of beheerst zijn, wordt dus in de MvT zelf al genuanceerd met het uitspreken van de verwachting dat de meeste risicovolle bodemverontreinigingen inmiddels bekend zijn. Voorts is niet duidelijk, waarop de verwachting is gebaseerd dat er slechts een beperkt aantal nieuwe gevallen per jaar ontdekt worden. Er zijn in het verleden inventarisaties geweest, maar die kunnen uiteraard geen verdere vondsten uitsluiten. Niet wordt besproken, wat voor soort gevallen dat dan zijn: oude gevallen die dus niet (meer) on-

der de oude saneringsregeling kunnen worden gebracht en dus wellicht in een soort vacuum kunnen terechtkomen, nieuwe(re) gevallen die nog wel onder een zorgplicht kunnen worden gebracht en die dus op die grondslag verholpen zouden kunnen worden, en/of gevallen die onder de nader te noemen nogal beperkte toevalsvondst vallen. Onduidelijk blijft zo, in welke mate de MvT nu nog verontreiniging verwacht die onder het huidige recht via sanering zou worden aangepakt, en onder het nieuwe recht niet meer. Dat is eigenaardig in het licht van de ijver, waarmee tot aan de beoogde inwerkingtreding van de Omgevingswet nog wel werk wordt gemaakt van saneringen en daarop gerichte besluitvorming. Chargerend gesteld: wat nu bekend is, moet en zal streng aangepakt worden en voor de rest zien we het dan nog weleens (of niet).

De toelichting op het voorgenomen Aanvullingsbesluit herhaalt de hoofdlijnen van de voorgenomen beleidswijziging en bericht verder dat het enkele eerdere Algemene Maatregelen van Bestuur op onderdelen wijzigt. Het beoogde Aanvullingsbesluit bestrijkt de milieubelastende activiteiten: graven in bodem, opslaan van grond en baggerspecie, bodemsanering, toepassen van bouwstoffen, grond en baggerspecie en het op of in de bodem aanwenden van meststoffen en andere stikstofhoudende verbindingen. De regels hierover zijn opgenomen in het Besluit activiteiten leefomgeving. Tevens worden er instructieregels gesteld over het bouwen op verontreinigde grond, voor het toepassen van grond en baggerspecie en het aanwenden van zuiverings-slib. De instructieregels worden toegevoegd aan het Besluit kwaliteit leefomgeving. Daarnaast worden het Omgevingsbesluit en een aantal andere besluiten gewijzigd, waaronder in het bijzonder het Besluit bodemkwaliteit. Het beoogde Aanvullingsbesluit brengt dus geen nieuwe AMvB. Het laat de systematiek van vier AMvB's onder de Omgevingswet in stand. Het laat tegelijkertijd ook zien, dat er ook buiten die AMvB's nog wel regels blijven gelden met enige relevantie voor de bodem, in het bijzonder via het Besluit bodemkwaliteit.

3. De huidige systematiek van de Wbb

Voor dit artikel is relevant dat de op 1 januari 1987 in werking getreden Wbb twee kaders kent voor de aanpak van verontreinigingen: een kader voor de gevallen van verontreiniging die vóór de inwerkingtreding van de wet zijn ontstaan, en een kader voor de gevallen van nadien.¹²

Het kader voor de gevallen van verontreiniging die voor de inwerkingtreding van de wet zijn ontstaan, kent formeel twee kanten: een kant van sanering door de overheid met privaatrechtelijk kostenverhaal via artikel 75 Wbb nadien, en een kant van sanering zonder kostenverhaal. Het kosten-

9 Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 2.

10 Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 7.

11 Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 7.

12 Zie over de Wbb zeer uitgebreid W.Th. Braams, K. Winterink, *Bodemsanering in juridisch perspectief*, Den Haag: Bju 2018, besproken door H.E. Woldendorp, 'De ontzieling van het bodemsaneringsrecht', *M en R* 2018/121.

verhaal is geen succes gebleken.¹³ Dat kostenverhaal blijft hier verder onbesproken.

Het onderscheid in oude en nieuwe gevallen heeft de aanpak van verontreiniging naar mijn indruk bepaald gediend. De regeling voor de oude gevallen is verreweg het beste uitgewerkt, met diverse bestuurlijke besluiten waarmee stappen op weg naar sanering gemarkeerd worden en zo nodig ook stappen nadien kunnen worden gezet, wederom met bestuurlijke besluiten. Zo kan op diverse momenten via in rechte te toetsen besluiten enige nuance bij saneringen gezocht worden. De regeling voor de nieuwe gevallen is basaler en in beginsel ook harder voor de veroorzaker. Dat is op zich goed begrijpelijk. Eenieder kan sinds de inwerkingtreding van de Wbb in de wet nalezen, welke handelingen ten aanzien van de bodem niet acceptabel zijn en tot bestuurlijk ingrijpen kunnen leiden. Uiteraard kan het dan toch nog stevig misgaan, zoals bij de casus *Chemie-Pack* het geval was.¹⁴ Daar bleek dat ook nieuwe verontreinigingen zich vlot kunnen verspreiden en zeer ernstig kunnen zijn. Tegelijkertijd lijkt de regeling voor oude gevallen ook nuttig te zijn geweest voor de beoordeling van nieuwe gevallen. Zo heeft het bestuurlijke kader voor de beslissing tot goedkeuring van saneringsplannen voor de sanering van oude gevallen, in mijn beleving bepaald bijgedragen aan ordelijke besluitvorming ten behoeve van de sanering van nieuwe gevallen. De wet mist immers een eigen kader voor de beoordeling van “saneringsplannen” voor nieuwe gevallen. Zij beperkt zich tot de verplichting om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd. Die verplichting volgt uit de nog te bespreken zorgplicht van artikel 13 en geeft vrij weinig houvast.¹⁵

De Wbb kent voor de oude gevallen een intussen in vele Afdelingsuitspraken goed uitgekristalliseerde regeling voor onderzoek naar, onderkenning van en zo nodig sanering van gevallen van verontreiniging. Vormt een geval van verontreiniging van bodem en/of grondwater – kort samengevat – een ernstig en urgent geval, dan staat sanering voorop. Soms kan een deel van de sanering achterblijven en/of kan gefaseerd gesaneerd worden, bijvoorbeeld in samenspel met een gebiedsontwikkeling. In dat kader valt te wijzen op de mogelijkheden van deelsaneringen en/of gefaseerde saneringen van de artikelen 38 lid 3 en 40 Wbb. Saneren is geen absolute waarde. Het met saneren te beogen einddoel is in beginsel niet meer de multifunctionaliteit uit de begindagen van de Interimwet bodemsanering uit 1983. Bij de beslissing tot goedkeuring van een saneringsplan mag ingestemd worden met functiegericht saneren, zijnde een sanering die niet verdergaat dan vereist is om een bepaalde functie mogelijk te maken. Voorts kunnen niet onaanzienlijke delen van saneringsverplichtingen naar ach-

teren worden geschoven via nazorg of kan de omvang van een sanering worden beperkt door gebruiksbeperkingen op de betreffende percelen te aanvaarden. Dat kunnen gebruiksbeperkingen zijn, zoals de beperking dat (toekomstige) bewoners van een nieuwbouwwijk niet dieper dan twee meter mogen graven voor (bijvoorbeeld) de fundering van hun tuinhuisje. Met een diepere graafactie zouden zij door een aangebrachte leeflaag kunnen komen, op achtergebleven verontreiniging kunnen stuiten en misschien ook een beheerssysteem kunnen verstoren.

Het bevoegd gezag ziet toe op ordelijke inzet van deze mogelijkheden, omdat die mogelijkheden zijn opgenomen in saneringsplannen die ter goedkeuring aan het bevoegd gezag worden voorgelegd. Het gezag toetst of wordt voldaan aan de wettelijke vereisten voor de verschuiving naar nazorg en/of de beperking van saneringsmaatregelen door oplegging van gebruiksbeperkingen.

Zoals ik eerder schreef en nu maar herhaal,¹⁶ is bij dat alles hoe dan ook één ding duidelijk. Een ernstig en urgent geval moet worden gesaneerd. Voor de ernst wordt gekeken naar vrij heldere criteria: de gevaren voor de mens, de gevaren voor het milieu en de mate van verspreiding. Dat laatste ziet doorgaans op de mate van verspreiding van mobiele verontreiniging via het grondwater. Al met al kan het eindresultaat in een aantal gevallen goed voorspeld kan worden, en wel dat er gesaneerd moet worden. Voor de eigenaar of erfpachter van een bedrijfsterrein kan dat betekenen dat het bevoegd gezag de saneringsplicht van artikel 55b onder de aandacht brengt. Deze wettelijke saneringsplicht is handhaafbaar via oplegging van een last onder dwangsom.¹⁷ Bovendien kent de Wbb in artikel 43 de mogelijkheid van oplegging van een saneringsbevel, ook al is die mogelijkheid niet bijster vaak benut.¹⁸

Voor de nieuwe gevallen geldt de zorgplicht van artikel 13 Wbb. Ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de directe gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, worden de maatregelen onverwijld genomen. Artikel 13 is voldoende precies gebleken om tot bestuurlijke handhaving

13 Zie voor de diverse aspecten P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen & G. Betlem, *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming*, Gouda: Quint 1997.

14 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3589.

15 Zie nader over de relevantie van de regeling voor oude gevallen voor de zorgplicht: W.Th. Braams, K. Winterink, *Bodemsanering in juridisch perspectief*, Den Haag: Bju 2018, p. 190 e.v.

16 G.A. van der Veen, 'Worden bodem en grondwater de zorgenkinderen onder de Omgevingswet?', *TvO* 2016, p. 59-61.

17 Vgl. ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:880.

18 Zie voor een voorbeeld ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1053 en verder W.Th. Braams, K. Winterink, *Bodemsanering in juridisch perspectief*, Den Haag: Bju 2018, p. 249 e.v.

te kunnen leiden. Het bevoegd gezag kan op basis van de zorgplicht handhavend optreden.¹⁹

4. De zorgplichten

Het nieuwe systeem van de Omgevingswet en de Aanvullingswet bodem draait in belangrijke mate op zorgplichten. De Omgevingswet zelf kent in de artikelen 1.6 en 1.7 een algemene zorgplicht. Deze richt zich op de bescherming van de ‘fysieke leefomgeving’ en dus ook op de bodem.²⁰ Volgens artikel 1.6 draagt eenieder voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving. Blijkens artikel 1.7 is eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, onder meer verplicht om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen of die gevolgen zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken. Artikel 1.8 vervolgens beperkt de reikwijdte enigszins. Aan de zorgplicht wordt voldaan als men zich heeft gehouden aan een vergunning of algemene regels voor een bepaalde activiteit.

De memorie van toelichting bij de Omgevingswet bereidde al voor op specifiekere zorgplichten.²¹ De MvT bevestigt dat voornemen. Deze meldt dat het oude artikel 13 Wbb in totaal op vier plaatsen wordt ondergebracht: in artikel 1.7 Omgevingswet, in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), in de regeling van de ongewone voorvallen van artikel 19.1 Omgevingswet en in gemeentelijke omgevingsplannen en/of provinciale omgevingsverordeningen.²²

Het meest relevant is het reeds in het *Staatsblad* verschenen artikel 2.11 Bal, dat overigens niet wordt gewijzigd door het Aanvullingsbesluit. Volgens artikel 2.11 lid 1 is 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, verplicht om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen, (voor zover deze niet kunnen worden voorkomen), de gevolgen zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken en die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van diegene kan worden gevraagd.

De tekst van artikel 2.11 Bal geeft weinig aanleiding om te veronderstellen dat een lankmoediger houding wordt ingenomen jegens de veroorzakers van bodemverontreiniging, dan uit het nog geldende artikel 13 Wbb voortvloeit. Artikel 2.11 lid 2 Bal schrijft zelfs vrij precies voor, welke handelingen verricht moeten worden. Dat zijn bijvoorbeeld alle passende preventieve maatregelen tegen milieuverontreiniging en het nalaten om significante milieuverontreiniging te ver-

oorzaken. Met het woord “significante” kan men echter al de vraag zien opkomen, welke verontreiniging men wel mag veroorzaken. Het lid laat in ieder geval de niet-significante veroorzaking ongemoeid. De zorgplicht van artikel 13 Wbb eist daarentegen optreden bij ieder (in de artikelen 6 tot en met 11 genoemd) handelen waardoor de bodem kan worden verontreinigd of aangetast.

Ook verder wordt gevreesd dat de nieuwe zorgplicht ruimte biedt voor de beleidswijziging om sanering niet meer voorop te stellen.²³ De toelichting op het Bal geeft veel grond voor die vrees. De toelichting bespreekt het tweede lid van artikel 2.11:

“Bij het verrichten van een milieubelastende activiteit moet degene die de activiteit verricht ervoor zorgen dat het herstel van de bodem redelijkerwijs mogelijk blijft.”

Dat betekent bijvoorbeeld dat op locaties met een bekende bodemverontreiniging, die is ontstaan in of na 1987, geen permanente bebouwing mag worden gebouwd die het onmogelijk maakt om een bodemverontreiniging op te ruimen. Als die bebouwing noodzakelijk is, zal de bodemkwaliteit eerst moeten worden hersteld tot het oude niveau, aldus de toelichting.²⁴ De toelichting maakt verder melding van een werkgroep die zich heeft gebogen over de afweging die gemaakt zou mogen worden bij de invulling van het ‘zo veel mogelijk’ ongedaan maken. Uitgangspunt van de zorgplicht is het volledig verwijderen van de (nieuwe) bodemverontreiniging met toepassing van het BBT-document voor bodem, zoals opgenomen in bijlage XX bij het Besluit kwaliteit leefomgeving. De toepasbaarheid van deze technieken is mede afhankelijk van de locatiespecifieke omstandigheden, zoals de situatie van de ondergrond, de eigenschappen van een verontreiniging, de inrichting van het terrein en de onder- en bovengrondse functies in de omgeving. Als bijvoorbeeld een verontreiniging niet toegankelijk is zonder sloopwerkzaamheden of langdurige buitengebruikstelling van een activiteit en daardoor niet gelijk wordt verwijderd, zal dit de technische mogelijkheden sterk beperken en is het beter een geschikt moment hiervoor af te spreken, aldus nog steeds de toelichting.

Het wordt vervolgens nog wat zachter. Bij de beantwoording van de vraag wat redelijkerwijs van de veroorzaker mag worden gevraagd in verband met het nemen van maatregelen, kan volgens de toelichting gekeken worden naar de volgende factoren: het tijdstip van het ontstaan van de verontreiniging, de kosten voor het (nagenoeg) volledig verwijderen van de verontreiniging in verhouding tot de milieuwinst, de mate van verantwoordelijkheid, de ligging en de mogelijkheid van uitstel tot een natuurlijk moment. Zo kan dan verder ook nog sprake zijn van uitstel tot een natuurlijk moment als de gemeente een ontwikkeling heeft gepland in

19 Zie voor enkele voorbeelden ABRvS 5 juli 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AN3925, AB 1994/636, m.nt. F.C.M.A. Michiels en ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6256, AB 2010/110, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

20 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 67.

21 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 68.

22 Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 32-33.

23 W.Th. Braams, ‘De bodem in de Omgevingswet: het einde of het begin van een tijdperk?’, *TGMA* 2016, p. 92-93.

24 www.internetconsultatie.nl/aanvullingsbesluit_bodem_omgevingswet, p. 89-90.

het gebied waar de verontreiniging zich bevindt of als een bedrijf een maatregel kan passen in de ontwikkelingen of processen van bedrijfsvoering.²⁵

Ik concludeer dat het bepaald niet vanzelfsprekend is dat de (in mijn ogen in de regel best begrijpelijke) redelijke hardheid artikel 13 Wbb overeind blijft. De MvT lijkt te suggereren van wel; de toelichting van het voorgenomen Aanvullingsbesluit bij artikel 11 Bal suggereert evident anders. Die laatste toelichting zet zo de deur open voor bestuurlijke lankmoedigheid die het belang van bescherming en/of sanering van de bodem niet hoeft te bevorderen.

5. De toevalsvondst

Afdeling 19.2a van de Aanvullingswet kent een aantal artikelen over de toevalsvondst. Artikel 19.9a lid 1 verklaart de afdeling van toepassing als naar het oordeel van het bevoegd gezag ten minste een redelijk vermoeden bestaat van een toevalsvondst van verontreiniging op of in de bodem, en onmiddellijk tijdelijke beschermingsmaatregelen, met inbegrip van onderzoek naar de aard en omvang van de risico's voor de gezondheid, noodzakelijk zijn om onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van directe of indirecte blootstelling aan verontreiniging op of in de bodem te voorkomen of te beperken. Blijkens het tweede lid is in ieder geval sprake van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid bij directe blootstelling aan concentraties van stoffen die de op grond van artikel 2.24 vastgestelde, ten hoogste toelaatbare concentraties overschrijden. Het derde lid ziet op indirecte blootstelling. Daarvan is in ieder geval sprake bij aanzienlijke bedreiging van de kwaliteit van drinkwatervoorraden wanneer aangetroffen verontreiniging het grondwater kan bereiken.

De regeling maakt duidelijk dat bij onaanvaardbare risico's voor de gezondheid acuut maatregelen genomen moeten worden. Dat kan uiteraard saneren zijn, maar dan niet verder dan nodig om die risico's voor de gezondheid te verhelpen. Die regeling dekt echter de problematiek van n t wat minder acute gevaren voor de mens al niet, en nog te minder gevaren voor milieu en verspreiding. Immers, daarvoor geeft de wet geen regeling en dus ook geen saneringsplichten. Zo bezien, lijkt het er dus op dat er niets hoeft te gebeuren bij de "toevalsvondsten" met nadelige gevolgen voor de mens (niet zijnde onaanvaardbare risico's), het milieu en of de verspreiding die onder de huidige Wbb wel degelijk tot sanering nopen. Niet ten onrechte is in de literatuur geopperd dat het onduidelijk is waarom de regeling voor toevalsvondsten uitsluitend geldt bij onaanvaardbare gezondheidsrisico's. Ook gevaren voor het milieu (plant of dier) of

voor verspreiding van verontreiniging, zouden best reden kunnen zijn voor onmiddellijke bodemsanering.²⁶

Zorgelijk kan ook zijn, dat de wijziging ook geldt voor die "vondsten" die bij een eigenaar of veroorzaker al lang bekend zijn, maar die in afwachting van de inwerkingtreding van de Aanvullingswet nog niet bij het thans of dan bevoegd gezag gemeld zijn of worden en daarom nog niet hebben geleid tot een beschikking omtrent ernst en urgentie. Het kan dus lonen om verontreinigingen de komende jaren nog niet onder de aandacht van het gezag te brengen.²⁷

Ik concludeer kortom, dat de regeling van de toevalsvondsten nogal beperkt is en geenszins in de plaats kan treden voor de regeling van de oude gevallen in de Wbb.

6. Het overgangsrecht

Gezien de forse wijzigingen die de beoogde Aanvullingswet brengt, zal het niet verbazen dat veel aandacht uitgaat naar het overgangsrecht. Bodemsanering is een activiteit die vele jaren in beslag kan nemen en waaraan bovendien vele jaren van bestuurlijke besluitvorming vooraf kunnen gaan.²⁸

Het overgangsrecht respecteert de reeds genomen beschikkingen ernst en spoed voor de oude gevallen, dus de gevallen van v or 1 januari 1987. De Wbb blijft daarop van toepassing. In de uiteindelijk door de Tweede Kamer aanvaarde versie van het wetsvoorstel is nog een voorziening getroffen tot behoud van de zorgplicht van artikel 13 Wbb voor de nieuwe gevallen, zijnde dus de gevallen van na 1 januari 1987.

6.1 Het overgangsrecht voor beschikkingen ernst en spoed bij oude gevallen

Het voorstel gaat uit van behoud van saneringsplichten wanneer een geval bij beschikking is aangeduid als geval van ernstige bodemverontreiniging en daarvoor is vastgesteld dat spoedige sanering noodzakelijk is. Volgens artikel 3.1 blijft het thans geldende recht van toepassing op vastgestelde ernstige gevallen van verontreinigingen waarbij een spoedige sanering noodzakelijk is, op ingediende gehele of deelsaneringsplannen en op aangemelde saneringen volgens algemene regels in het Besluit uniforme saneringen. Blijkens de MvT is met de beschikking "ernst en spoed" een duidelijk rechtsfeit gecreëerd dat voor zowel het bevoegd gezag als betrokkenen van belang is. Er geldt voor die gevallen derhalve eerbiedigend overgangsrecht: het bestaande recht en dus de uit de Wbb voortvloeiende saneringsplicht-

25 www.internetconsultatie.nl/aanvullingsbesluit_bodem_omgevingswet, p. 90-91.

26 Zie onder meer de kritiek van K. Azghay & S. Bilgi, 'Het wetsvoorstel "Aanvullingswet bodem Omgevingswet"', *VGR* 2018, p. 59 en W.Th. Braams, 'De bodem in de Omgevingswet: het einde of het begin van een tijdperk?', *TGMA* 2016, p. 92.

27 Zie ook G.A. van der Veen, 'Worden bodem en grondwater de zorgenkinderen onder de Omgevingswet?', *TvO* 2016, p. 60 en verder. W.Th. Braams & K. Winterink, *Bodemsanering in juridisch perspectief*, Den Haag: Bju 2018, p. 295.

28 Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan G.A. van der Veen & J.J. Hoekstra, 'Aangepast overgangsrecht in de Aanvullingswet bodem voor de Omgevingswet', *Bodem* 2019, p. 41-42.

ten blijven bestaan. De opsteller van de MvT vindt het onwenselijk als het hele besluitvormingsprocedure opnieuw moet beginnen voor die gevallen waar het, ondanks de inspanningen van de bevoegde overheid en saneerders, nog niet is gelukt om te komen tot een goedgekeurd saneringsplan. Daarom blijft de Wbb van toepassing tot en met de (formele) afronding van de sanering en dus tot en met onherroepelijke goedkeuring van het evaluatieverslag.²⁹

Het eerbiedigende overgangsrecht geldt ook voor gevallen van ernstige verontreinigingen of saneringen waarvoor een saneringsplan als bedoeld in artikel 39 of artikel 40 (bij gedeeltelijke sanering) is ingediend of voor saneringen waarvoor een melding is gedaan als bedoeld in artikel 39b, derde lid Wbb. Zo geldt er verder onder meer eerbiedigend overgangsrecht voor situaties waarin voor inwerkingtreding een aanwijzing is gegeven op grond van artikel 27, tweede lid, Wbb, of een maatregel is opgelegd op grond van artikel 30, eerste en vierde lid, Wbb.³⁰ Ook de gebiedsgerichte aanpak kan onder eerbiedigend overgangsrecht komen te vallen. Een plan voor een gebiedsgerichte aanpak dat op grond van artikel 55d van de Wet bodembescherming is vastgesteld, blijft daarom voor de rechtsgevolgen beheerst worden door de Wbb.

Het overgangsrecht kan lang duren. Als gezegd, de eerbiedigende werking duurt voort totdat het besluit tot instemming met een evaluatieverslag of een nazorgplan onherroepelijk is geworden. Ook blijft de Wbb van toepassing op in het evaluatieverslag of in het nazorgplan opgenomen maatregelen of beperkingen. De Circulaire bodemsanering per 1 juli 2013 blijft eveneens van toepassing.³¹

In het bijzonder kunnen maatregelen of beperkingen in een nazorgplan lang voortduren. Het wetsvoorstel voorziet echter niet in een specifieke regeling om ooit nog wijzigingen in maatregelen of beperkingen te kunnen aanbrengen. Vermoedelijk blijven hier de normale mogelijkheden bestaan om een wijziging van het nazorgplan te melden en daarop een beschikking op basis van artikel 39 Wbb te verkrijgen. Het oude recht blijft immers gelden.

Het voorstel voorziet niet in overgangsrecht voor raamsaneringsplannen. Vanwege de diversiteit die in de uitvoeringspraktijk voorkomt onder de noemer "raamsaneringsplan", is het niet mogelijk gebleken om in het overgangsrecht een sluitende regeling te treffen voor alle mogelijke vormen en combinaties. De MvT meldt dat een raamsaneringsplan niet in de Wet bodembescherming is geregeld, maar een document is dat in de uitvoeringspraktijk regelmatig voorkomt als pragmatische bundeling van informatie en (vaak) besluiten.³² Wie dus behoefte heeft aan eerbiedigend overgangsrecht, moet zijn hoop niet richten op een raamsaneringsplan. Wel zullen afzonderlijke besluiten in een raamsa-

neringsplan onder eerbiedigend overgangsrecht kunnen vallen, in het bijzonder uiteraard als aan zo'n raamsaneringsplan een beschikking tot vaststelling van ernst en spoed ten grondslag ligt. Dat is immers de fundamentele beschikking waarop het eerbiedigende overgangsrecht in feite rust.³³

6.2 *Het overgangsrecht bij de zorgplicht voor nieuwe gevallen*

Voor de gevallen die na de inwerkingtreding van de Wbb op 1 januari 1987 zijn ontstaan, kent de Wbb de zorgplicht van artikel 13. Het bij de Tweede Kamer ingediende voorstel kende reeds eerbiedigende werking ten aanzien van bestaande maatregelen. Indien vóór inwerkingtreding van de Omgevingswet verontreiniging is ontstaan als gevolg van een ongewoon voorval of overtreding van de zorgplicht, kan het bevoegd gezag maatregelen hebben opgelegd, bijvoorbeeld om verdere verspreiding te voorkomen voordat kan worden overgegaan tot opruimwerkzaamheden. Dergelijke maatregelen vervallen niet door de inwerkingtreding van de Omgevingswet.³⁴

Wat echter, indien pas na de inwerkingtreding van de Omgevingswet duidelijk wordt, dat voordien in de periode tussen 1 januari 1987 en (vermoedelijk) 1 januari 2021 een "nieuw geval" is veroorzaakt? Het overgangsrecht kende daarvoor geen afzonderlijke regeling. Bij nota van wijziging is alsnog een regeling voorgesteld. Het nieuwe artikel 3.2a van het overgangsrecht richt zich op de bestuursrechtelijke handhaving van de overtreding van de zorgplicht van het oude artikel 13 Wbb. Het behelst dat de artikelen 13, 27 en 95 van de Wbb zoals die luiden voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Aanvullingswet van toepassing blijven op voor dat tijdstip veroorzaakte verontreiniging of aantasting als bedoeld in artikel 13 Wbb die na dat tijdstip wordt ontdekt.

De opsteller van de het voorstel achtte de bepaling nodig omdat de nieuwe instrumenten van de Omgevingswet niet van toepassing zijn op overtredingen van artikel 13 Wbb die voor inwerkingtreding zijn gepleegd. Het legaliteitsbeginsel en/of het verbod van terugwerkende kracht zouden zich daartegen verzetten. Er waren vragen uit de uitvoeringspraktijk gekomen over de mogelijkheid tot handhaving van voor inwerkingtreding van deze wet gepleegde, maar pas na dat tijdstip ontdekte overtredingen van artikel 13 Wbb. De aanvullende overgangsrechtelijke bepaling stelt buiten twijfel dat er een wettelijke grondslag is voor bestuursrechtelijke handhaving.³⁵ Dat lijkt de beste oplossing. Deze voorkomt in ieder geval discussie of de nieuwe instrumenten van de Aanvullingswet nu wel of niet van toepassing zijn op gevallen uit de periode van 1 januari 1987 tot 1 januari 2021. Tegelijkertijd valt te constateren, dat er een tweede

29 *Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 84.*

30 *Zie nader Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 43.*

31 *Zie verder Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 84.*

32 *Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 86.*

33 M.C. Brans & C.M. Grobden, 'De bodem van de fysieke leefomgeving - De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet', *TBR 2018/170*, par. 4, gaan nader in op overgangsrecht en raamsaneringsplan.

34 *Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, p. 87.*

35 *Kamerstukken II 2018/19, 34864, 7, p. 3.*

afgrenzing in periodes komt. Het was niet altijd eenvoudig om te beoordelen, wanneer een geval nu precies is veroorzaakt. Die afgrenzingsproblematiek speelde uiteraard bij de oude en de nieuwe gevallen onder de Wbb. Met de nieuwe regeling komt daar dan de afgrenzing tussen nieuwe Wbb-gevallen en (nog nieuwere) Omgevingswetgevallen bij. Dat is in het bijzonder zorgelijk, wanneer de invulling van de nieuwe zorgplicht van artikel 2.11 Bal soepeler zou worden, dan de oude van artikel 13 Wbb.

7. **Beoordeling**

De beoogde Aanvullingswet bodem voor de Omgevingswet brengt belangrijke wijzigingen voor het recht dat ziet op de bescherming en sanering van de bodem. Het kent overgangsrecht dat voor reeds beschikte oude en voor de inwerkingtreding veroorzaakte nieuwe gevallen belangrijke delen van de Wet bodembescherming in stand laat. Voor die gevallen verandert er aan het recht weinig. Die harde handhaving van het oude recht is goed begrijpelijk. Zij detoneert wel sterk met het beoogde nieuwe beleid dat de Aanvullingswet beoogt te bevorderen. Dat beleid is niet meer, en in ieder geval niet meer primair, gericht op sanering van gevallen. Men kan zich in gemoede afvragen of die keuze wijs is. Die keuze leidt hoe dan ook tot een forse beperking van saneringsplichten. Aldus kan de eigenaardige situatie ontstaan, dat na de inwerkingtreding van de Aanvullingswet veroorzaakte bodemverontreiniging soepeler wordt bejegend dan verontreiniging die daarvoor is ontstaan. Dat staat haaks op de keuze die eertijds bij de Wet bodembescherming gemaakt is. Toen konden nieuwe gevallen van verontreiniging via de zorgplicht harder aangepakt worden dan de oude gevallen, die slechts tot sanering konden leiden bij "ernst" en "urgentie". Die keuze was goed begrijpelijk en in het belang van de bescherming van de bodem. Dat geldt minder voor de ambivalente keuze van de Aanvullingswet om de oude(re) gevallen wel onder hard overgangsrecht te houden, maar voor de nieuwste gevallen sanering van het instrumentarium te laten prevaleren boven sanering van de bodem.