

Eerste ervaringen met 'bodem' onder de Omgevingswet

– Prof. mr. dr. G.A. van der Veen¹

1. Inleiding

Dit themanummer gaat over de eerste ervaringen met de Omgevingswet. Deze bijdrage heeft betrekking op enige eerste ervaringen met 'bodem' onder de Omgevingswet. Onder de Omgevingswet heeft 'bodem' een duidelijk andere regeling gekregen dan het geval was onder de oude Wet bodembescherming (Wbb). Niet iedereen was ingenomen met alle beoogde veranderingen, maar ze zijn er toch gekomen.² Hoe meer er verandert, hoe belangrijker het overgangsrecht is. Aan de duidelijk andere regeling is daarom uitgebreid en verstrekkend overgangsrecht gehecht. Dat is belangrijk, want het beoogt voor veel gevallen het oude recht van de Wbb te respecteren. Helaas, zo lijkt het, is een teveel aan respect ook mogelijk. Een brief van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat ter toelichting van het overgangsrecht lijkt daarvan te getuigen en valt dus te bekritisieren.³ Veranderingen geven ook nieuwe kansen, in dit geval voor gemeenteraden. Ook 'bodem' is bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet in belangrijke mate tot het gemeentelijk domein gekomen. Een aantal raden heeft daarom eigen regelingen inzake bodemkwaliteit getroffen, maar misschien soms wat al te voortvarend. Er zijn alleen nog geen rechterlijke uitspraken over het nieuwe recht, maar dat verrast niet vanwege de grote reikwijdte van het overgangsrecht en de doorlooptijden van gerechtelijke procedures. Evenmin vallen er reeds ervaringen te noteren met de 'omgepakte' regeling van het

privaatrechtelijk kostenverhaal en de nieuwe figuur van de toevalsvondsten. Toch is het goed om ze even in herinnering te roepen en kleine voorspellingen omtrent hun toekomstige inzet te doen.

Deze bijdrage start met een herinnering aan de redenen voor de nieuwe regeling en de drie pijlers daarvan (par. 2), waarna het overgangsrecht en de brief van het ministerie vrij uitgebreid aan de orde komen (par. 3). Daarna volgen de eigen regelingen inzake bodemkwaliteit (par. 4), waarna twee (nog) niet benutte instrumenten van de Omgevingswet worden gememoreerd (par. 5). Met een afronding sluit dit artikel af (par. 6).

2. De redenen voor de nieuwe regeling van 'bodem' en de drie pijlers daarvan

Achter de nieuwe regeling van 'bodem' schuilt de gedachte dat de omgang met de bodem een nieuwe fase ingaat. Volgens de memorie van toelichting van de zogeheten 'Aanvullingswet bodem' wordt met het daartoe strekkende wetsvoorstel een belangrijke stap 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 toelichting – 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 ruimte is voor ontwikkeling. De vertrekpunten van de nieuwe bodemregeling sluiten aan bij deze paradigmawisseling, aldus de toelichting.⁴

De nieuwe regeling werkt door in de onderliggende AMvB's en kent drie pijlers: (1) het beschermen van de bodem tegen nieuwe verontreinigingen

¹ Gerrit van der Veen is advocaat bij AKD te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

² Zie voor besprekingen van verschilpunten en enige kritiek onder meer K. Azghay & S. Bilgi, 'Het wetsvoorstel 'Aanvullingswet bodem Omgevingswet'', VGR 2018-3, p. 53 e.v., M.C. Brans & C.M. Grobben, 'De bodem van de fysieke leefomgeving. De Aanvullingswet bodem in de Omgevingswet', TBR 2018/170, W.Th. Braams & K. Winterink, *Bodemsanering in juridisch perspectief*, Den Haag: BJu 2018, p. 282-285 en G.A. van der Veen, 'De Omgevingswet en de ambivalente sanering van het bodembeschermingsrecht', MenR 2019/37, p. 226-232.

³ Brief van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat van 5 oktober 2023, 'Toelichting overgangsrecht lopende bodemsaneringen Aanvullingswet bodem'; te raadplegen via: <www.ipln.nl/thema/bodem/nieuws-bodem/2023/ministerie-geeft-toelichting-overgangsrecht/>.

⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 2. De passage is ontleend aan G.A. van der Veen & J.J. Hoekstra, 'Aangepast overgangsrecht in de Aanvullingswet bodem voor de Omgevingswet', Tijdschrift bodem 2019-1, p. 42.

en aantastingen, (2) het evenwichtig toedelen van functies aan locaties en (3) het duurzaam en doelmatig beheren van de resterende historische verontreinigingen.

Het beschermen van de bodem (inclusief grondwater) tegen nieuwe verontreinigingen en aantastingen (pijler 1) vraagt om een actieve rol van de overheid, aldus de nota van toelichting bij het zogeheten 'Aanvullingsbesluit bodem'.⁵ Dit vertaalt zich in kaders door de overheid voor diegenen die milieubelastende activiteiten onder het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) verrichten om de nadelige beïnvloeding van de bodem en oppervlaktewaterlichamen te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. Ook is er een op preventie gericht kader voor het onttrekken van grondwater dan wel, het in samenhang hiermee, infiltreren van water in de bodem. Ook bij het evenwichtig toedelen van functies aan locaties door gemeenten (pijler 2) spelen de kwaliteiten (fysische, ecologische en chemische) van de bodem een rol in de afweging van belangen, zo vervolgt de nota van toelichting. Gemeenten stellen regels over de wenselijke bodemkwaliteit. Ook regels die een bepaalde activiteit op een locatie wel, niet of onder voorwaarden mogelijk maken, kunnen de bodemkwaliteit betreffen. Bij beheer van historische bodemverontreinigingen gaat het in de tweede pijler om het vergroten van de gebruikswaarde van de bodem door het zoeken van combinaties met gebiedsontwikkelingen of met het duurzaam inzetten van bodemdiensten, zoals bodemvruchtbaarheid, drinkwaterproductie, biologische- en duurzame landbouw. Het duurzaam en doelmatig beheer van historische verontreinigingen (pijler 3) ten slotte, vertaalt zich in rijksregels voor activiteiten, zoals voor het bouwen van een woning op verontreinigde bodem. Verder kunnen gemeentelijke en provinciale voorwaarden gaan over de chemische kwaliteit van de bodem, bijvoorbeeld ter bescherming of verbetering van de grondwaterkwaliteit.⁶

Al met al ligt aan de nieuwe regeling de gedachte ten grondslag dat de bodem en het grondwater in Nederland toch nooit volledig schoon zijn en/of zullen worden.

3. Overgangsrecht en een brief van het ministerie

Bij een stelsel dat belangrijk verandert, hoort stevig overgangsrecht. Dat is ook bij de overgang van de Wbb naar de Omgevingswet het geval. Vele trajecten van onderzoek naar en sanering van gevallen van verontreiniging lopen gewoon door. Geregeld

blijven na een sanering nog restverontreinigingen in de bodem en/of het grondwater over. Het is goed denkbaar dat daarvoor nazorgverplichtingen voor de saneerder doorlopen en/of gebruiksbeperkingen voor de gebruiker van een gesaneerde locatie blijven gelden. Met het beeld van de drie pijlers van de nieuwe regeling gaat het hier om een stuk van de derde pijler: het duurzaam en doelmatig beheren van de resterende historische verontreinigingen.

Het overgangsrecht voor 'bodem' is derhalve belangrijk. Het overgangsrecht respecteert onder meer voor doorlopende saneringen het oude recht van de Wbb. Het is dus eerbiedigend overgangsrecht. In dat verband is het eerbiedigend overgangsrecht intussen ook probleemloos een aantal malen in Afdelingsuitspraken genoemd.⁷ Er valt echter wel te discussiëren over de reikwijdte van het overgangsrecht. Aan de orde komen eerst de relevante wetbepalingen, vervolgens een aantal passages uit de memorie van toelichting, daarna de al genoemde brief van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat van 5 oktober 2023 en tot slot een tussenconclusie over dit onderwerp.

Terzijde zij overigens allereerst opgemerkt dat het onderstaande niet ingaat op het overgangsrecht van het Besluit bodemkwaliteit. Artikel XVI van het Aanvullingsbesluit bodem bevat het overgangsrecht voor het toepassen van bouwstoffen en het toepassen van grond en baggerspecie. Voor sommige situaties blijft het Besluit bodemkwaliteit geheel of gedeeltelijk gelden. Ten tweede zij opgemerkt dat het onderstaande evenmin ingaat op het algemene overgangsrecht voor (onder meer) aanvragen, procedures en handhavingstrajecten die liepen op het moment van inwerkingtreding van de Omgevingswet. Dat is opgenomen in het vierde hoofdstuk van de Invoeringswet Omgevingswet.⁸ Zo bevat paragraaf 4.2.8 overgangsbepalingen inzake bestuurlijke sanctiebesluiten. Blijkens artikel 4.22 Invoeringswet Omgevingswet is de paragraaf onder meer van toepassing op de handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Wbb.

3.1 Relevante wetbepalingen

Hoofdstuk 3 van de Aanvullingswet bodem (hierna: de Aanvullingswet) bevat diverse bepalingen met zogeheten 'eerbiedigend overgangsrecht'. De bepalingen regelen in welke situaties het voordien geldende recht nog doorloopt en aldus gelding behoudt.⁹

⁷ Zie bijv. ABRvS 28 augustus 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3502; ABRvS 24 juli 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2965; ABRvS 23 april 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1681; ABRvS 13 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1042 en ABRvS 28 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:822.

⁸ Stb. 2020, 172.

⁹ Zie aanzienlijk uitgebreider dan het onderstaande: R. Bassie, 'Het overgangsrecht voor de bodem onder de Omgevingswet', VGR 2022-5, p. 149-154.

⁵ Stb. 2021, 98, p. 120.

⁶ Passage ontleend aan G.A. van der Veen & J.J. Hoekstra, 'Aanvullingsbesluit bodem Omgevingswet gepubliceerd', *Tijdschrift bodem* 2021-2, p. 38. Zie ook: Braams & Winterink 2018, p. 282-285.



Artikel 3.1 Aanvullingswet kent eerbiedigend Overgangsrecht voor bodemsaneringen. Het bepaalt dat het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet van toepassing blijft op gevallen van ernstige verontreiniging als bedoeld in de Wbb of saneringen als bedoeld in die wet waarvoor voor dat tijdstip ofwel (a.) een besluit is genomen dat spoedige sanering noodzakelijk is krachtens artikel 29 juncto artikel 37 lid 1 van de Wbb (zijnde aldus een besluit dat een geval spoedeisend is), ofwel (b.) een saneringsplan is ingediend als bedoeld in artikel 39 van de Wbb, ofwel (c.) een zogeheten deelsaneringsplan is ingediend. In dat laatste geval blijft het oude recht alleen gelden voor het gedeelte waarop het saneringsplan betrekking heeft. Ten slotte blijft het oude recht gelden voor saneringen waarvoor een zogeheten BUS-melding is gedaan. De BUS-melding kon gedaan worden voor relatief eenvoudige saneringen. Daarvoor hoefde geen goedkeuring van een saneringsplan gevraagd te worden.

Uit het artikel volgt, kort samengevat, dat het oude recht doorloopt wanneer gevallen voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Aanvullingswet bij besluit als ernstig en spoedeisend zijn aangemerkt, of - ook buiten gevallen van ernst en spoedeisendheid - een (deel)saneringsplan of een BUS-melding is ingediend. Als er dus bijvoorbeeld in een (deel) saneringsplan nazorgverplichtingen en/of gebruiksbeperkingen zijn opgenomen, dan kan het gezag

dat onder de Wbb bevoegd was, op basis van de door overgangsrecht doorlopende bevoegdheden zo'n plan en de daarin opgenomen verplichtingen en/of beperkingen ook thans nog goedkeuren.

Artikel 3.2 Aanvullingswet bevat eerbiedigend Overgangsrecht voor een aantal specifiek genoemde gevallen. Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet blijft bijvoorbeeld van toepassing op (c.) een maatregel op grond van artikel 30 lid 1 en 4 van de Wbb die is vastgesteld voor dat tijdstip en (d.) een maatregel of een beperking op grond van artikel 37 lid 4 van de Wbb, waarvan het bevoegd gezag voor dat tijdstip in een beschikking als bedoeld in dat lid heeft aangegeven dat die moeten worden genomen of in acht moeten worden genomen. Onder (d.) worden de gebruiksbeperkingen en nazorgverplichtingen bedoeld die het 'oude' bevoegd gezag voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuwe recht bij besluit kon opleggen voor ernstige gevallen die niet spoedeisend waren.

Vermeldenswaard is in de zijlijn dat het bevoegd gezag niet wijzigt voor de gevallen die door het overgangsrecht worden bestreken. De blijvende gelding van de Wbb voor die gevallen laat de voordien bestaande taken en bevoegdheden van de bestuursorganen ook onder de Wbb doorlopen. Bevoegd zijn en blijven dus de colleges van de vier grootste gemeenten, Gedeputeerde Staten, of, in plaats van

Gedeputeerde Staten, de colleges van de grotere gemeenten die zijn aangewezen bij AMvB.¹⁰

Voor het overige wordt bodem (als gezegd) toegewezen aan het gemeentebestuur. Bovendien is het gemeentebestuur gehouden om het doorgaan van saneringen onder het oude Wbb-regime te bevorderen. Het college van burgemeester en wethouders kan aan een rechthebbende een gedoogplicht opleggen voor de uitvoering van maatregelen uit een nazorgplan als bedoeld in artikel 39d of 39e Wbb of van maatregelen in het kader van nazorg krachtens artikel 39b Wbb, zoals die artikelen luiden voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 3.1 van de Aanvullingswet.

3.2 Memorie van toelichting

De memorie van toelichting omschrijft dat bij het opstellen en de vormgeving van het overgangsrecht voor bodem de algemene uitgangspunten voor het overgangsrecht bij de Omgevingswet in acht zijn genomen.¹¹ Dat zijn het borgen van rechtszekerheid (duidelijk moet zijn welke regels in welk geval gelden), het streven naar een eenvoudig en uitvoerbaar overgangsrecht (bij voorkeur een zo strak mogelijk overgangsregime, met zo beperkt mogelijke differentiatie) en uniformiteit (overgangsrecht is uniform, tenzij er goede redenen zijn om te kiezen voor differentiatie per bestuursorgaan of per rechtsfiguur).

Dat leidt er onder meer toe dat een beschikking omtrent een geval van ernstige bodemverontreiniging dat spoedeisend is, doorloopt. Verder geldt er onder meer eerbiedigend overgangsrecht voor situaties waarin voor inwerkingtreding een maatregel of beperking is opgelegd op grond van artikel 37 lid 4 Wbb of een maatregel is opgenomen in een nazorgplan ingevolge artikel 39d Wbb.

De memorie gaat uitgebreider in op artikel 3.1 Aanvullingswet, met de tekst:

‘Artikel 3.1 regelt dat het thans geldende recht van toepassing blijft 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. De Wet bodembescherming blijft van toepassing ingevolge deze eerbiedigende werking totdat het besluit tot instemming met een evaluatieverslag of een nazorgplan onherroepelijk is geworden. Ook blijft de Wet bodembescherming van toepassing op in het

evaluatieverslag of in het nazorgplan opgenomen maatregelen of beperkingen.’¹²

In een evaluatieverslag of in een nazorgplan opgenomen maatregelen of beperkingen lopen dus door, omdat het oude recht erop van toepassing blijft.

De memorie vervolgt met:

‘Nadat is ingestemd met het evaluatieverslag, is er niet langer sprake van een geval van ernstige verontreiniging dat spoedig gesaneerd moet worden en is het overgangsrecht en de Wet bodembescherming voor wat betreft de sanering uitgewerkt. Indien in het evaluatieverslag is opgenomen dat na afloop van de sanering nog zogenoemde nazorgmaatregelen nodig zijn, blijft de Wet bodembescherming nog wel van toepassing op de uitvoering van de in dit evaluatieverslag aangegeven maatregelen. Hetzelfde geldt voor nazorgmaatregelen en beperkingen in het gebruik die in het nazorgplan zijn opgenomen. Eventuele bezwaren en beroepen die zijn ingediend voor de inwerkingtreding van deze wet en de eventuele bezwaren en beroepen betreffende gevallen die onder het overgangsrecht vallen, worden afgewikkeld conform de Wet bodembescherming. Op nieuwe activiteiten op die locatie na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn in beginsel de Omgevingswet en de bijbehorende uitvoeringsregelgeving van toepassing.’¹³

Een evaluatieverslag en een nazorgplan zijn dus bepalend voor de beantwoording van de vraag, wanneer nazorgverplichtingen en/of gebruiksbeperkingen onder het oude recht blijven vallen. Dat is alleen zo, wanneer die een basis hebben in een evaluatieverslag en/of een nazorgplan. Hebben zij die basis niet, dan is sprake van ‘nieuwe activiteiten’ en geldt het oude recht niet meer.

3.3 De brief van het ministerie

Met een brief van 5 oktober 2023 beoogt het ministerie uitleg te geven over de reikwijdte van het overgangsrecht voor gevallen van ernstige verontreiniging of een lopende sanering. Het ministerie schrijft:

‘In de aanhef van artikel 3.1 Aanvullingswet bodem is opgenomen dat het oude recht (en daarmee de Wbb) van toepassing blijft op een geval van ernstige verontreiniging of een lopende sanering. Eén van beide situaties is van toepassing op het moment van inwerkingtreding van de Omgevingswet.’¹⁴

De passage vermeldt niet de ter invulling van artikel 3.1 Aanvullingswet gegeven situaties waar-

¹⁰ Zie: Stb. 2000, 591 (*Besluit aanwijzing bevoegd gezag gemeenten Wet bodembescherming*), met enige daaropvolgende kleine aanpassingen en Stb. 2023, 268 (*Wet van 17 mei 2023 tot wijziging van de Aanvullingswet bodem Omgevingswet om een ommissie in het overgangsrecht te herstellen*).

¹¹ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 43.

¹² Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 84.

¹³ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 84-85.

¹⁴ Brief van het ministerie van I&W van 5 oktober 2023, p. 4.

voor het artikel geldt, zijnde de situaties als bedoeld in die wet waarvoor voor dat tijdstip een besluit is genomen dat spoedige sanering noodzakelijk is (a.) of een (deel)saneringsplan is ingediend (b. en c.). Aldus wekt de passage de indruk dat 'ernst' bij een geval van verontreiniging voldoende is om het oude recht te laten doorlopen, terwijl de wetsbepaling niet alleen 'ernst' maar ook bij beschikking vastgestelde spoedeisendheid noemt.

Dat werkt door voor de situatie waarin na een sanering nog wel sprake is van ernst, maar niet van spoedeisendheid. De brief zegt:

'Dat is anders indien er na afloop van een sanering nog een ernstige restverontreiniging achterblijft. In dat geval is de lopende sanering weliswaar afgerond, maar is er nog steeds sprake van een geval van ernstige verontreiniging. Het geval beperkt zich dan alleen nog tot de contour waar de ernstige restverontreiniging aanwezig is. Uit de Wbb volgt dat de saneerder een nazorgplan moet maken met nazorgmaatregelen.'¹⁵

Het valt op dat hier het onderdeel 'spoedeisendheid' en de samenhang met een ingediend saneringsplan en/of een evaluatieverslag daarvan ontbreekt. Het lijkt daarom ook hier dat het louter aanknopen bij 'ernst' een reikwijdte aan overgangsrecht geeft, die niet in de tekst van de wet en de memorie van toelichting is te vinden.

3.4 Tussenconclusie

De Aanvullingswet bodem Omgevingswet kent in de artikelen 3.1 tot en met 3.7 precies omschreven overgangsrechtelijke bepalingen. Deze bevatten regelingen ter eerbiediging van het voordien geldende recht van de Wbb. Blijkens de memorie van toelichting vormen zij een uitzondering op het normaal geldende systeem dat nieuwe wetgeving onmiddellijke werking heeft. Dat betekent dat de wetsartikelen zelf precies gelezen moeten worden en er geen ruimte is voor een (aanzienlijk) ruimere lezing.

Het ogenschijnlijke 'missen' van het aspect van spoedeisendheid in de brief van 5 oktober 2023 levert een aanzienlijk ruimere lezing van overgangsrecht op, dan de wetgever in de artikelen 3.1 tot en met 3.7 Aanvullingswet heeft neergelegd en dat in de memorie van toelichting is beschreven. Dat betekent meer concreet voor de figuren van nazorg en gebruikbeperkingen, dat die hun basis moeten vinden in gevallen die voor de inwerkingtreding van de Wbb als ernstig en spoedeisend zijn aangemerkt, dan wel - ook buiten die gevallen - hun basis kennen in voor de inwerkingtreding genomen beschikkingen.

Anders dan de brief van 5 oktober 2023 suggereert, lijkt uit het overgangsrecht dus niet te volgen dat er bij het resteren van een geval van ernstige verontreiniging als zodanig, steeds een nazorgplan moet worden gemaakt. In het verlengde daarvan lijkt ook de stelling niet juist dat de Wbb van toepassing blijft op nieuwe activiteiten in het geval van een ernstige verontreiniging. Ook hier gaat de brief voorbij aan de begrenzing als bedoeld in artikel 3.1 Aanvullingswet met de spoedeisendheid, dan wel het ingediende (deel)saneringsplan.

4. Gemeentelijke regelingen inzake bodemkwaliteit

Buiten het zojuist besproken overgangsrecht is het gemeentebestuur aan zet. De kern van de gemeentelijke inzet dient ter voorkoming van bouwen van gevoelige gebouwen op verontreiniging en het zo nodig beoordelen van meldingen ten behoeve van saneringen, ook voor saneringen die er niet op gericht zijn om bouwen mogelijk te maken. De gemeentelijke inzet is derhalve gericht op de eerder besproken tweede pijler, het evenwichtig toedelen van functies aan locaties.

Op grond van paragraaf 5.1.4.5 van het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) gelden regels voor het tegengaan van bouwen op verontreinigde bodem. Het tegengaan van bouwen op verontreinigde grond wordt geregeld in het gemeentelijke omgevingsplan, zijnde de opvolger van het bestemmingsplan. De paragraaf bevat instructieregels aan de gemeenteraad om regels in het omgevingsplan op te nemen om het bouwen op verontreinigde bodem zoveel mogelijk tegen te gaan. De instructieregels zijn mede gesteld met het oog op het beschermen van de gezondheid en van het milieu, in het bijzonder van de bodemkwaliteit. Dat betekent meer concreet dat het omgevingsplan waarden moet bevatten voor de toelaatbare kwaliteit van de bodem voor het bouwen van een bodemgevoelig gebouw op een bodemgevoelige locatie voor de in bijlage XIIIa aangewezen stoffen die de gezondheid bedreigen, uitgedrukt in milligram per kilogram droge stof uit de bodem. Verder moet een omgevingsplan bepalen dat het bouwen van een bodemgevoelig gebouw op een bodemgevoelige locatie bij overschrijding van een waarde als bedoeld in artikel 5.89i lid 1 van het Bkl uitsluitend is toegelaten nadat de in het omgevingsplan voorgeschreven sanerende of andere beschermende maatregelen zijn getroffen. Zo zou dus onder omstandigheden bodemsanering kunnen worden voorgeschreven, maar dan alleen wanneer sanering nodig is om het bouwen van een bodemgevoelig gebouw op een bodemgevoelige locatie bij overschrijding van de genoemde waarde mogelijk te maken.

Ook buiten het tegengaan van bouwen van gevoelige gebouwen op verontreinigingen kunnen

¹⁵ Brief van het ministerie van I&W van 5 oktober 2023, p. 5.

gemeenteraden regels stellen. Zo kunnen zij maatwerkregels stellen over het graven in de bodem, zowel waar het gaat om graven in bodem met een kwaliteit onder of gelijk aan de interventiewaarde (art. 4.119 Bal) of daarboven (art. 4.120 Bal).

Er zijn gemeenteraden die intussen bezig zijn geweest. Een resultante daarvan is het 'Vorbereidingsbesluit voor bodemregels onder de Omgevingswet' van de gemeente Papendrecht. Dat heeft de gemeenteraad van Papendrecht vastgesteld in de raadsvergadering van 14 december 2023, gelet op artikel 4.14 Omgevingswet en artikel 14.5 Omgevingsbesluit (per 1 januari 2024).¹⁶ Men kan zich afvragen of de raad voor de inwerkingtreding van die artikelen wel bevoegdheden aan de artikelen kon ontleen en dus of dat voorbereidingsbesluit wel rechtskracht heeft. Artikel II van het voorbereidingsbesluit stelt wel dat het tegelijkertijd met de Omgevingswet op 1 januari 2024 in werking treedt. Het lijkt niet vanzelfsprekend dat een besluit in werking kan treden dat de raad vaststelde op een moment dat de raad geen bevoegdheid had.

Inhoudelijk beoogde de gemeenteraad met het voorbereidingsbesluit voor te sorteren op een wijziging van het omgevingsplan waarmee voor het gehele grondgebied van de gemeente Papendrecht regels worden gesteld over het bouwen op verontreinigde bodem, het graven in de bodem, het saneren van de bodem en het toepassen van bouwstoffen en grond.

Voor het tegengaan van bouwen op verontreinigde grond knoopt het voorbereidingsbesluit aan bij paragraaf 5.1.4.5 Bkl. In aanvulling daarop stelt het waarden voor de toelaatbare kwaliteit van de bodem in relatie tot perfluorooctaanzuur (PFOA). Blijkens de toelichting is de waarde gelijk aan de INEV (Indicatieve Niveaus voor Ernstige Verontreiniging).¹⁷ Een INEV is vergelijkbaar met de interventiewaarde uit de Wbb en is representatief voor het verontreinigingsniveau waarboven sprake is van een ernstige bodemverontreiniging. Artikel 5.89i Bkl verbiedt het gemeenten niet om stoffen als PFOA te relateren aan het bouwen op grond. Artikel 5.89i Bkl geeft volgens de toelichting het kader voor het vaststellen van de waarden voor de toelaatbare kwaliteit van de bodem. De reikwijdte van de instructieregel is beperkt tot een vaste stoflijst, opgenomen in bijlage XIIIa Bkl. Wanneer er een vermoeden bestaat van de aanwezigheid van andere gezondheidsbedreigende stoffen is het aan de gemeente om ook voor die andere stoffen een

waarde in het omgevingsplan vast te stellen, aldus die toelichting.¹⁸

Het voorbereidingsbesluit bevat ook een aantal maatwerkregels over graven in de bodem. Artikel 1.7 verklaart paragraaf 4.119 Bal ook van toepassing op het graven in bodem met een gehalte PFOA van onder of gelijk aan 0,060 mg/kg droge stof, als het bodemvolume waarin wordt gegraven meer is dan 25 m³. Artikel 1.8 doet iets vergelijkbaars voor paragraaf 4.120 Bal voor het graven in een bodem met een gehalte PFOA van meer dan 0,060 mg/kg droge stof, als het bodemvolume waarin wordt gegraven meer is dan 25 m³. Bij deze beide artikelen is het de bedoeling om de diverse regels van de paragrafen 4.119 of 4.120 Bal zich ook te laten uitstrekken tot graven in een bodem met PFOA. Die regels omvatten onder meer gegevensverstrekkingen aan het bevoegd gezag, reguleringen van tijdelijk uitnemen van grond en de tijdelijke opslag van vrijkomende grond.

Opvallend zijn ten slotte de artikelen 1.10 en 1.11 van het voorbereidingsbesluit. Volgens artikel 1.10 is het verboden de activiteit, bedoeld in artikel 4.1257 Bal, te verrichten als het gaat om het toepassen van AVI-bodemmassen, immobilisaten en staalslakken. Artikel 4.1257 Bal gaat over de toepassing van bouwstoffen. De daaropvolgende artikelen schrijven onder meer gegevensverstrekkingen voor, beperken het gebruik tot een functionele hoeveelheid (art. 4.1261 Bal) en verlangen beschermende maatregelen (art. 4.1262 Bal). Artikel 1.11 van het voorbereidingsbesluit verbiedt het toepassen van thermisch gereinigde grond of baggerspecie. Volgens de toelichting voorziet artikel 1.10 in een verbod op het toepassen van zogenaamde aandachtsbouwstoffen (immobilisaten, AVI-bodemmassen en staalslakken). Dit zijn de bouwstoffen die op dit moment in opspraak zijn en bij onzorgvuldige toepassing milieuschade veroorzaken. Er is gekozen voor een verbod, omdat een melding alsnog onvoldoende reguleert. Bij artikel 1.11 zijn de argumenten ook de opspraak, het mogelijk veroorzaken van milieuschade en het onvoldoende regulerend karakter van een melding.

Het is interessant om erachter te komen of het gestelde 'in opspraak zijn' voldoende relatie met de fysieke leefomgeving heeft. Als dat zo zou zijn, is het vervolgens aardig om te bezien of zulke verboden voldoen aan evenredigheidseisen. Het is niet uitgesloten dat de bestuursrechter dergelijke reguleringen van de fysieke leefomgeving langs de lat van de evenredigheid legt.¹⁹ Daarbij komen aan de orde de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van het betrokken besluit. De

¹⁶ Gemeentebblad 28 december 2023, nr. 566722.

¹⁷ RIVM, 'Achtergrondwaarden en risicogrenzen ten behoeve van onderbouwing Maximale Waarden PFAS voor toepassen van grond en baggerspecie', 29 april 2021.

¹⁸ Stb. 2021, 98, p. 421.

¹⁹ ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:217, AB 2024/194, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

bestuursrechter toetst of het besluit geschikt is om het doel te bereiken, of het noodzakelijk is of dat met een minder vergaande maatregel kon worden volstaan en of de maatregel in het concrete geval evenwichtig is.²⁰ Een vraag zou in zo'n debat kunnen zijn, waarom de door de gemeenteraad als onvoldoende toereikend beschouwde melding daadwerkelijk onvoldoende is.

Al met al kunnen gemeenteraden sinds de inwerkingtreding van de Omgevingswet een aantal aanvullende regels stellen, zoals over het bouwen op verontreinigde grond, het graven in verontreinigde grond en het toepassen van stoffen. Een en ander moet wel goed gemotiveerd worden en kan onderwerp zijn van toetsing in rechte, met bijvoorbeeld een evenredigheidstoets. De eerste ervaringen geven hoe dan ook aanleiding tot de zojuist gemaakte opmerkingen. Ze laten ook zien dat een aantal gemeenten het nieuwe instrumentarium al wel gevonden heeft.

5. Nog niet benutte instrumenten

Hoewel de Omgevingswet voor de bodem de lat anders legt dan de Wbb deed, gaat ook de Omgevingswet niet voorbij aan het verleden, waarin bodemverontreiniging kan zijn veroorzaakt. De Omgevingswet bevat een voortzetting van het oude kostenverhaal van artikel 75 Wbb en een nieuwe voorziening voor het bevoegd gezag om te kunnen optreden bij een zogeheten toevalsvondst. Ze komen hieronder kort ter sprake. Er is nog geen rechtspraak over, maar het is goed om de instrumenten toch even te memoreren.

5.1 Privaatrechtelijk kostenverhaal

Onder artikel 75 Wbb en het daarvoor geldende artikel 21 Interimwet bodemsanering konden kosten van onderzoek en sanering langs privaatrechtelijke weg verhaald worden op de veroorzaker van bodemverontreiniging. Artikel 13.3a Omgevingswet zet die mogelijkheid voort, al heeft het artikel potentieel een veel breder bereik. Het gaat over verhaal van kosten die door de overheid gemaakt zijn als gevolg van verontreiniging, aantasting, verstoring of beschadiging van de fysieke leefomgeving. Het verhaal vindt plaats op de veroorzaker. Volgens het artikel kunnen de openbare lichamen de Staat, de provincie, de gemeente of het waterschap langs civielrechtelijke weg kosten verhalen bij verontreiniging of andere aantasting van de fysieke leefomgeving. Het artikel noemt de in het Burgerlijk Wetboek genoemde figuur van de onrechtmatige daad en de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking expliciet, maar houdt ook de mogelijk-

heid van de andere buitencontractuele aansprakelijkheden open. Het artikel regelt de mogelijkheid voor gevallen die bij AMvB worden aangewezen. Dat zijn blijkens artikel 8.1 Omgevingsbesluit de verontreiniging of aantasting van de bodem en de verontreiniging of aantasting van de bodem of oever van een oppervlaktewaterlichaam. Zo komt men alsnog in hoofdzaak terug bij het oude kostenverhaal voor bodemverontreiniging.

Het privaatrechtelijk kostenverhaal heeft een roemruchte geschiedenis met diverse beperkende arresten van de Hoge Raad van inmiddels enige decennia geleden.²¹ Daarom is het verhaal niet zo succesvol geworden, al heeft er ook wel privaatrechtelijk kostenverhaal plaatsgevonden op andere gronden dan artikel 75 Wbb en artikel 21 Interimwet bodemsanering.²² Artikel 13.3a Omgevingswet verzet zich evenmin tegen kostenverhaal op andere gronden.

Een voorname reden voor het gering gebruik van de kostenverhaalsinstrumenten is dat de publiekrechtelijke instrumenten van de Wbb beter en minder moeizaam toepasbaar zijn gebleken, dan sanering van overheidswege. Die publiekrechtelijke instrumenten boden overheden de mogelijkheid om waar nodig onderzoek en sanering af te dwingen bij veroorzakers en/of grondeigenaren. Zulke trajecten nopen niet tot sanering op kosten van de overheid met daaropvolgende ongewisse verhaalprocedures. Het is niet te verwachten dat privaatrechtelijk verhaal van kosten van onderzoek en sanering onder de Omgevingswet alsnog een vlucht gaat nemen.²³ De publiekrechtelijke instrumenten zijn met de komst van de Omgevingswet nogal herschikt. De herschikking beoogde geen revival van de saneringen van overheidswege. De verwachting is evenmin dat de herschikking leidt tot een terugkeer naar saneringen door overheden.

5.2 De toevalsvondsten

De Omgevingswet biedt geen mogelijkheid om oude gevallen van bodemverontreiniging alsnog als ernstig en spoedeisend aan te merken. Oude gevallen zijn de gevallen die zijn veroorzaakt voor de inwerkingtreding van de Wbb op 1 januari 1987. De mogelijkheid verviel bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet. Daarmee ontstond een gat dat een klein beetje gedicht is met de regeling van de toevalsvondsten.

²¹ Zie o.m. HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576; HR 24 april 1992 ECLI:NL:HR:1992:AD1660; HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1461; HR 30 september 1994 ECLI:NL:HR:1994:ZC1463 en HR 19 februari 2002, ECLI:NL:HR:2001:AB1202.

²² Zie bijv. HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:37, NJ 2015/46, AB 2016/446, m.nt. J.J. Hoekstra & G.A. van der Veen.

²³ Zie verder G.A. van der Veen, 'Commentaar op art. 13.3a Ow', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), T&C Omgevingswet (2e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

²⁰ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten, BR 2022/43, m.nt. R.G. Becker, J.E. Esser & R.J.H. Bruggeman (Harderwijk).

In de artikelen 19.9a tot en met 19.9d Omgevingswet zijn bestuurlijke bevoegdheden opgenomen ten aanzien van toevalsvondsten van verontreiniging op of in de bodem. De regeling is van toepassing als naar het oordeel van het bevoegd gezag ten minste een redelijk vermoeden bestaat van een toevalsvondst van bodemverontreiniging en er onmiddellijk tijdelijke beschermingsmaatregelen noodzakelijk zijn om onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling aan verontreiniging te voorkomen of te beperken. Zo'n toevalsvondst betekent in feite dat een reeds aanwezige maar tot dan toe onbekende verontreiniging wordt ontdekt, waarvan de veroorzaker niet (onmiddellijk) bekend is. Dan moet er snel en slagvaardig gehandeld kunnen worden om verdere blootstelling zoveel mogelijk te voorkomen.²⁴ Dat snel en slagvaardig optreden moet ertoe leiden dat onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling worden weggenomen. Het aspiratieniveau is laag, want de memorie van toelichting geeft als voorbeelden eenvoudige maatregelen als ventilatie en tijdelijke beveiligingsmaatregelen zoals het plaatsen van een hek om een braakliggend terrein. De maatregel moet in ieder geval ertoe leiden dat blootstelling aan onaanvaardbare risico's voor de gezondheid vanwege de blootstelling aan de verontreiniging wordt voorkomen of beperkt.²⁵

De regeling is een aanvulling op de algemene regeling van afdeling 19.1 Omgevingswet. Daarin zijn de bevoegdheden ten aanzien van ongewone voorvallen opgenomen. In de lijn van de opzet van de Omgevingswet geldt deze ook voor bodem. Een ongewoon voorval, dat een verontreiniging of aantasting van de bodem tot gevolg heeft, valt dan ook onder het begrip 'ongewoon voorval' zoals dat onder de Omgevingswet is gedefinieerd.²⁶ Conform de beperkte doelstelling van de Aanvullingswet bodem Omgevingswet is de regeling van de toevalsvondsten aanvullend op afdeling 19.1 Omgevingswet en specifiek voor bodem geschreven. Het lijkt niet waarschijnlijk dat de regeling van de toevalsvondsten vaak ingezet gaat worden. De doelstelling is zeer beperkt. In het algemeen zou de kans vrij gering moeten zijn dat er thans nog gevallen van verontreiniging van voor 1987 (opeens) on-

aanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling gaan opleveren. Misschien echter, levert de opkomende aandacht en vrees voor (potentieel) zeer zorgwekkende stoffen nog wel toepassingen van de regeling van de ongewone voorvallen op. Dat zou onder meer denkbaar kunnen zijn bij (bedrijfs)terreinen die in het verleden al een traject van onderzoek en sanering hebben doorlopen, maar dan in een periode waarin die stoffen nog niet in onderzoeksprotocollen waren opgenomen en ze dus ook niet gedetecteerd werden, maar ze alsnog bij een nieuw onderzoek wel tevoorschijn komen.

6. Afronding

De Omgevingswet heeft het onderwerp 'bodem' op een aantal punten herschikt. Daaraan ligt onder meer de gedachte ten grondslag dat de omgang met de bodem meer op beheeren en beheersen gericht kan worden en minder op saneren. De nieuwe regeling neemt echter geen afstand van saneren. Dat doet zij met name niet voor de oude gevallen van bodemverontreiniging die voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet als ernstig en spoedeisend met een daartoe strekkende beschikking zijn aangewezen. Trajecten van onderzoek en sanering voor zulke gevallen kunnen lang duren en nog tot verschillende opvolgende besluiten leiden. Voor die besluiten blijft de Wbb krachtens overgangsrecht gelden. De rechtsfiguren en bevoegdheden uit de Wbb lopen via overgangsrecht door voor de oude gevallen van bodemverontreiniging die voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet als ernstig en spoedeisend zijn beschikt. Het lijkt er alleen op dat het ministerie het toch al ruime overgangsrecht net wat te ruim leest. Verder hebben diverse gemeenteraden eigen gemeentelijke bodemregels vastgesteld. Ze roepen wel wat vragen op, maar tonen in ieder geval dat sommige gemeenten daadwerkelijk met bodemregulering bezig zijn geweest. Op het vlak van bodem zijn ten slotte een vernieuwd en een nieuw instrument te vinden. Het lijkt er alleen op dat zowel het herverpakte privaatrechtelijke kostenverhaal als de regeling van de toevalsvondst nog tot eerste ervaringen moeten leiden. ●

²⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 39. Deze paragraaf is goeddeels ontleend aan G.A. van der Veen, 'Commentaar op art. 19.9a t/m 19.9d Ow', in: Backes e.a. 2024.

²⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 77 en 79.

²⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 864, nr. 3, p. 34.