

Welke regels gelden wanneer de Wet bodembescherming in principe niet meer van toepassing is?

Aanpak onbekende en nieuwe verontreiniging

Welke regels gelden voor reeds aanwezige, maar tot de invoering van de Omgevingswet onbekende verontreiniging? En hoe zit dat met verontreiniging die na inwerkingtreding van de Omgevingswet wordt veroorzaakt? In beide gevallen is de Wet bodembescherming in principe niet meer van toepassing.

Door: Gerrit Jan Kremers en Kirstin Grootte

Over de auteurs:

mr. dr. ing. G.J. Kremers is zelfstandig juridisch adviseur omgevingsrecht.
mr. K. J. Grootte is juridisch adviseur bodem en ondergrond bij de gemeente Utrecht.
✉ k.grootte@utrecht.nl

INLEIDING

De regering is voornemens om de Omgevingswet (Ow) per 1 juli 2022 in werking te laten treden.¹ Vanaf dat moment komt de Wet bodembescherming (Wbb) te vervallen. Deze wetswijziging steunt op de gedachte dat de aanpak van verontreinigingen met actuele risico's voor mens, ecologie of verspreiding op dat moment voldoende onder controle is gebracht. Dit geldt alleen voor verontreinigingssituaties die op dat moment bekend zijn. Niet kan worden uitgesloten dat niet alle bestaande verontreinigingen (volledig) in kaart zijn gebracht. Daarnaast zal ook na de inwerkingtreding van de Omgevingswet nieuwe verontreiniging van de bodem kunnen ontstaan.

Dit artikel gaat in op de vraag welke rijksregels dan van toepassing zijn op dergelijke verontreinigingssituaties waarop het bestaande instrumentarium uit de Wbb in principe niet meer van toepassing is, met inachtneming van het overgangsrecht. Nader inzicht wordt gegeven over de vraag welke regels van toepassing zijn op bodemverontreinigingen die aan het licht komen na inwerkingtreding van de Ow. Mede door het vervallen van de saneringsplicht en de wettelijke zorgplicht in de Wbb rijst de vraag hoe de aanpak van reeds aanwezige, maar nog onbekende verontreiniging is gewaarborgd. Daarnaast is het de vraag hoe in de Ow wordt omgegaan met verontreinigingen die na de invoeringsdatum worden veroorzaakt. De meest in het oog springende rijksregels voor de aanpak van zowel onbekende als nieuwe verontreinigingen passeren de revue.²

ONBEKENDE VERONTREINIGING ONTSTAAN VOOR 1 JANUARI 1987

Ondanks alle initiatieven om bodemverontreiniging met saneringsmaatregelen aan te pakken, kan het gebeuren dat er ook na

de invoering van de Ow nog onbekende historische verontreinigingen aan het licht komen.³ Wanneer in dat geval sprake is van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid, is er sprake van een zogenaamde "toevalsvondst" en moeten onmiddellijk tijdelijke beschermingsmaatregelen worden genomen.

Een toevalsvondst wordt in de Ow als volgt omschreven: "Onverwachte vondst van verontreiniging op of in de bodem met onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling aan die verontreiniging." Bij een toevalsvondst gaat het dus om het onverwacht aantreffen van bodemverontreiniging met onaanvaardbare gezondheidsrisico's vanwege blootstelling aan die verontreiniging.⁴ Daarbij is het niet ondenkbaar dat de vondst van onaanvaardbare risico's betrekking heeft op een verontreiniging van een andere aard dan eerder gedacht of, dat door

Bij onaanvaardbare
gezondheidsrisico's onmiddellijk
tijdelijke beschermingsmaatregelen
nemen

voortschrijdend inzicht een stof schadelijker blijkt dan aanvankelijk wordt gedacht.⁵ Vooralnog is onduidelijk of, naast de ontdekking van reeds aanwezige, maar tot dan toe onbekende verontreiniging, ook bekende gevallen van verontreiniging hieronder vallen waarbij als gevolg van functiewijziging van een locatie sprake is van humane risico's. Wel staat vast dat het bij een toevalsvondst gaat om acute risico's die zich ook bij een relatief korte blootstelling voordoen en chronische en/of acute negatieve effecten voor de gezondheid opleveren.⁶ Er is in ieder geval sprake van onaanvaardbare gezondheidsrisico's wanneer de directe blootstelling aan concentraties van stoffen de maximaal toelaatbare concentraties in bijlage Vb bij het Besluit kwaliteit leefomge-

ving (MTRhumaan) overschrijden (art. 3.55 Bkl). In het geval van een toevalsvondst kan de beoordeling van de gezondheidsrisico's worden uitgevoerd met de Risicotoolbox bodem.⁷ Daarnaast is indirecte blootstelling bij aanzienlijke bedreiging van de kwaliteit van drinkwatervoorraden onaanvaardbaar. Om verontreinigingsrisico's voor plant of dier via het grondwater tegen te gaan zijn andere, met name op decentrale regelgeving gebaseerde instrumenten nodig, waaronder het omgevingsplan.⁸ De aanpak van toevalsvondsten is primair neergelegd bij de eigenaar of erfpachter van de locatie waar de verontreiniging zich bevindt of waar de directe gevolgen van blootstelling aan de verontreiniging zich voordoen. Als de eigenaar of erfpachter niet, of niet tijdig tijdelijke beschermingsmaatregelen treft, kan het college van B&W de noodzakelijke maatregelen nemen en de kosten daarvan verhalen op degene tot wie de wettelijke verplichting is gericht. De maatregel moet ertoe leiden dat onaanvaardbare risico's voor de gezondheid door blootstelling aan de verontreiniging worden voorkomen of beperkt. De maatregelen zien niet toe op het verwijderen van de verontreiniging. De definitieve aanpak van de toevalsvondst kan wachten op een natuurlijk moment, bijvoorbeeld een bouwactiviteit.

ONBEKENDE VERONTREINIGING, ONTSTAAN TUSSEN 1 JANUARI 1987 EN DE INWERKINGTREDING VAN DE OW, ONTDEKT NA INWERKINGTREDING OW

Op basis van eerbiedigend overgangsrecht blijft de wettelijke zorgplicht in artikel 13 van de Wbb gelden voor bodemverontreiniging die is veroorzaakt na de inwerkingtreding van deze wet, op 1 januari 1987.⁹ De zorgplicht bestaat uit twee normen, een preventieve en een curatieve norm. In de eerste plaats moeten alle maatregelen worden genomen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om verontreiniging te voorkomen. In de tweede plaats geldt de verplichting om de bodem te herstellen wanneer verontreiniging zich toch voordoet. De artikelen van de Wbb die betrekking hebben op de zorgplicht blijven van toepassing op bodemverontreiniging of -aantasting waarop de zorgplicht van toepassing is, ook indien die verontreiniging pas na ingang van de Ow wordt ontdekt.

Het ontbreken van een einddatum van het overgangsrecht in deze situaties heeft tot gevolg dat de zorgplicht onder de Wbb nog vele jaren van toepassing zal zijn. Daarbij treden er enkele veranderingen op. In de eerste plaats met betrekking tot de bevoegdheidstoedeling. De Wbb legt de bestuursrechtelijke handhaving bij overtreding van de zorgplicht zowel bij de betrokken Minister, Gedeputeerde Staten (GS) als college van B&W (art. 95 Wbb), waarbij alleen GS bevoegd zijn tot het geven van aanwijzingen aan een overtreder met betrekking tot de te nemen maatregelen (art. 27 Wbb). Door de gelijkstelling in artikel 88 van de Wbb hebben de bevoegd gezag-gemeenten dezelfde bevoegdheid. Deze gelijkstelling is echter geen onderdeel van het overgangsrecht, waardoor de bevoegd gezag-gemeenten, na inwerkingtreding van de Ow, niet langer aanwijzingen aan overtreders over te nemen maatregelen kunnen geven. Dit heeft consequenties voor de handhaving van de zorgplicht. Deze bevoegdheid kan dan alleen door GS uitgevoerd worden.

In de tweede plaats ontstaat er mogelijk een uitvoeringsprobleem indien de overtreder van de zorgplicht niet meer kan worden achterhaald of aangesproken. Nu kan het bevoegd gezag gebruik maken van de bevoegdheden uit het saneringshoofdstuk voor historische verontreiniging van de Wbb, waardoor de uitvoering van de herstelmaatregelen is geborgd via een saneringsplan (art. 39 Wbb). Deze waarborg is niet opgenomen in het overgangsrecht. Hierdoor dreigt de verplichte aanpak van nieuwe verontreiniging, waarvan de overtreder van de zorgplicht niet kan worden achterhaald, aan kracht in te boeten.



VERONTREINIGING ONTSTAAN NA DE INVOERING VAN DE OW

Algemene zorgplicht

Een ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving (art. 1.6 Ow). Dit beginsel houdt in dat zowel overheden, bedrijven als burgers verantwoordelijk zijn voor een veilige en gezonde leefomgeving. Deze algemene zorgplicht is nader uitgewerkt in artikel 1.7 van de Ow, waarin is bepaald dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, verplicht is om:

- a. alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen,
- b. voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, die

De verplichte aanpak van nieuwe verontreiniging dreigt onder de Omgevingswet aan kracht in te boeten

gevolgen zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken, c. als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt, die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd.

De wettelijke algemene zorgplicht, die tevens geldt voor bodemverontreiniging, treedt terug als over een activiteit met het oog op een bepaald belang specifieke regels of voorschriften zijn gesteld krachtens de Ow, in of krachtens een andere wet of in decentrale regelgeving. Redelijkerwijs kan er immers geen sprake zijn van handhaving van de zorgplicht als iemand zich houdt aan de regels of voorschriften die de overheid heeft gesteld voor zijn activiteit. Naast de zorgplicht is in geval van bodemverontreiniging de regeling voor toevalsvondsten aanvullend van toepassing om te waarborgen dat adequate tijdelijke beschermingsmaatregelen worden getroffen.¹⁰

Tot de specifieke regels die leiden tot het terugtreden van de algemene zorgplicht behoren ook de specifieke zorgplichten. Daardoor worden milieubelastende activiteiten, zoals bedoeld in hoofdstuk 3 van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), grotendeels onttrokken aan de werking van de algemene zorgplicht: de specifieke zorgplicht neemt deze rol over.

De bestuursrechtelijke handhaving van de algemene zorgplicht vindt in principe plaats door het college van B&W.

Algemene verbodsbepaling

Naast de algemene zorgplicht bevat de Omgevingswet een algemeen verbod met als doel om milieucriminaliteit te bestrijden. De verbodsbepaling is bedoeld als vangnet voor activiteiten waarvoor geen specifieke decentrale of rijksregels van toepassing zijn (vangnet milieucriminaliteit). Het algemeen verbod heeft betrekking op activiteiten met aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Daarbij gaat het onder meer om het brengen van stoffen, trillingen, warmte of geluid in water, bodem of lucht, waardoor aanzienlijke schade aan de kwaliteit van water, bodem of lucht of aan landschappen, natuur of cultureel erfgoed ontstaat of dreigt te ontstaan. De algemene verbodsbepaling is ook strafrechtelijk handhaafbaar.

Specifieke zorgplichten

Specifieke zorgplichten borduren voort op de algemene zorgplicht in de wet. Ze geven meer houvast over de inhoud van de zorgplicht, zoals de specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten in hoofdstuk 3 van het Bal. Daarnaast kunnen decentrale overheden specifieke zorgplichten opnemen in hun verordeningen of omgevingsplannen. Vooruitlopend op een definitief omge-

Wettelijke algemene zorgplicht treedt terug als er specifieke zorgplichten zijn gesteld

vingsplan bevatten de bruidsschatregels in de Ow ook een aantal specifieke zorgplichten, waaronder een specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten die niet in het Bal zijn aangewezen. Aan deze specifieke zorgplichten moet worden voldaan door degene die de activiteit verricht.

Specifieke zorgplichten maken het mogelijk om zich bij het formuleren van algemene regels of vergunningvoorschriften te richten op de hoofdzaken. Hiermee krijgen zorgplichten een eigen specifieke betekenis binnen het regelsysteem van de overheid. Omdat specifieke zorgplichten hun geldigheid blijven behouden, is het niet nodig om alle potentiële nadelige gevolgen van die activiteiten tot in detail in algemene regels of vergunningvoorschriften te gieten. Daarom zijn de uitgewerkte algemene rijksregels gericht op de belangrijkste nadelige gevolgen en dekt de specifieke zorgplicht eventuele minder kritische effecten.¹¹ Dit zorgt er tevens voor dat de initiatiefnemer altijd zelf moet blijven nadenken over de gevolgen van zijn activiteit voor de leefomgeving.

De algemene zorgplicht treedt terug als er specifieke regels zijn gesteld. Dit is een belangrijk verschil met de specifieke zorgplichten in het Bal. Die gelden namelijk naast andere algemene regels, zoals doelvoorschriften, middelvoorschriften, meldplichten, vergunningplichten en verplichtingen om gegevens te verstrekken en naast de voorschriften in de vergunning. Dit neemt niet weg dat het naleven van de specifieke regels normaliter genoeg is om te voldoen aan een specifieke zorgplichtbepaling.¹² Als bijvoorbeeld een gemeente een activiteit heeft gereguleerd via een verbod of vergunningplicht en daarbij bepaalde gevallen heeft vrijgesteld, dan kan die activiteit plaatsvinden binnen die regels, en speelt handhaving van de naleving van de zorgplicht geen rol van betekenis. Maar wanneer degene die de activiteit verricht ongebruike-

lijke handelingen uitvoert of juist handelingen nalaat, waarvan ieder redelijk denkend mens kan weten dat daardoor nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan die eenvoudig voorkomen hadden kunnen worden, kan er toch een conflict ontstaan met de specifieke zorgplicht naast de voorschriften.¹³

TOT SLOT

Het vinden van de toepasbare regels in de Ow over bodemverontreiniging die eerst na de invoering van deze wet wordt ontdekt, is een heel gepuzzel. In deze bijdrage worden deze regels gerangschikt in drie relevante tijdvakken van veroorzaking van verontreiniging, namelijk: voor 1-1-1987, na invoering van de Ow en de tussenliggende periode. De toepasselijkheid van wettelijke regels in de Ow over bodemverontreiniging die eerst na de invoering van deze wet wordt ontdekt, kan een op een worden gelinkt aan deze periodes van veroorzaking.

1. Verontreiniging die is ontstaan voor 1987 wordt beheerst door de regels over een toevalsvondst. Een toevalsvondst heeft met name betrekking op onaanvaardbare gezondheidsrisico's. Bij het ontbreken van onaanvaardbare gezondheidsrisico's zijn er in principe geen algemene rijksregels die maatregelen voorschrijven. Datzelfde geldt voor ecologische risico's, ongeacht de ernst van een verontreiniging. Om verontreinigingsrisico's voor plant of dier tegen te gaan, dient zo nodig gebruik te worden gemaakt van andere, met name op decentrale regelgeving gebaseerde instrumenten.
2. Op verontreiniging die is veroorzaakt na de invoering van de Ow zijn de op deze wet gebaseerde (specifieke) zorgplichten van toepassing. Specifieke zorgplichten borduren voort op de algemene zorgplicht in de wet. Deze treedt terug als er specifieke regels zijn gesteld. Daarom worden milieubelastende activiteiten zoals bedoeld in hoofdstuk 3 van het Bal grotendeels onttrokken aan de werking van de algemene zorgplicht, de specifieke zorgplicht neemt deze rol over.
3. Op in de tussenliggende periode ontstane verontreiniging die na de invoering van de Ow aan het licht komt, blijft zorgplicht van de Wbb van toepassing. Op grond van het overgangsrecht zijn alleen gedeputeerde staten bevoegd gezag voor artikel 27 Wbb, terwijl onder huidig recht het college van B&W van bevoegd gezag-gemeenten ter zake kunnen optreden. Daarnaast komt de mogelijkheid om gebruik te kunnen maken van het saneringshoofdstuk te vervallen.

NOTEN

1. Voortgangsbrief Omgevingswet, 1-11-2021, minister K.H. Ollongren (BZK).
2. De uiteenzetting is niet uitputtend bedoeld. Naast de rijksregels die in de bijdrage aan de orde komen, bevat de Ow nog andere reguleringsmogelijkheden om bodemverontreiniging het hoofd te bieden, zoals via omgevingsvergunningen voor milieubelastende activiteiten of bouwactiviteiten en de ongewone voorvalregel.
3. Een historische verontreiniging is een bodemverontreiniging die is veroorzaakt vóór de inwerkingtreding van de Wet bodembescherming, te weten 1 januari 1987.
4. TK, vergaderjaar 2017-2018, 34 864, nr. 3, blz. 80.
5. TK, vergaderjaar 2017-2018, 34 864, nr.3, blz. 39.
6. TK, vergaderjaar 2017-2018, 34 864, nr.3, blz. 40.
7. NvT Aanvullingsbesluit bodem Omgevingswet, blz. 417.
8. Zie noot 6.
9. Artikel 3.2a Aanvullingswet bodem Omgevingswet.
10. Zie noot 5.
11. NvT Bal, blz. 25.
12. Handhaven o.g.v. de zorgplicht mag alleen (huidige jurisprudentie):
- als iets niet uitputtend is geregeld in het Activiteitenbesluit (ABRVs 10 juni 2009, ECLI:RVS:2009:B17271);
- bij sprake van onmiskenbare strijd met het recht (ABRVs 10 augustus 2011, ECLI:RVS:2011:BR4631).
13. NvT Bal, blz. 33.