

De kunst van het weglaten: zorg voor de bodem onder de Omgevingswet

mr. G.C.W. van der Feltz¹

Op 23 januari 2018 is het ontwerp Aanvullingswet bodem omgevingswet bij de Tweede Kamer ingediend.² Een 'Aanvullingsbesluit bodem' en een Aanvullingsregeling bodem zijn in voorbereiding. In afwachting van de definitieve tekst van de uitvoeringsregelgeving kunnen de nieuwe regels ten aanzien van de bodem nog maar gedeeltelijk worden beoordeeld.

1. Omgevingswet vervangt Wet bodembescherming

De regels voor de zorg voor de bodem (dat wil zeggen: grond en grondwater³) worden onder de Omgevingswet gebracht.⁴ Daartoe is op 23 januari 2018 – na consultatie en het advies van de Raad van State (mei 2017) – het ontwerp Aanvullingswet bodem Omgevingswet van 23 januari 2018 (hierna: 'de Aanvullingswet') bij de Tweede Kamer ingediend. Dat de Omgevingswet voor wat betreft de bodem (en de onderwerpen geluid, grondeigendom en natuur) nog moest worden aangevuld is een gevolg van de keuze om de Omgevingswet eerst als overzichtelijke principewet aan het parlement te presenteren. De onderwerpen geluid, bodem, grondeigendom en natuur waren inhoudelijk in ontwikkeling. Het meenemen ervan destijds zou hebben geleid tot vertraging en zou hebben afgeleid van de centrale boodschap: vernieuwing ('paradigmawisseling').⁵

2. Doel

De Aanvullingswet is gericht op het waarborgen van de gebruikswaarde en het faciliteren van duurzaam gebruik van de bodem door (1) preventie, (2) het meewegen van de bodemkwaliteit in de ruimtelijke ordening ('de toedeling van functies' in het omgevingsplan) en (3) het beheer van de resterende historische verontreinigingen⁶ (MvT, p. 11). Met de Omgevingswet worden – in weerwil van de erkenning van het belang van de kwaliteit en de kwetsbaarheid van de bodem (MvT par. 2.1) - natuur, milieu en landschap niet langer voluit beschermd: de wet is geschreven in het spanningsveld tussen benutting en bescherming (MvT par. 1.1). Met de Aanvullingswet wordt ook de bodem onderworpen aan 'de samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving in het omgevingsrecht' (MvT p. 9), wat resulteert in een vernieuwing van het beleid ten aanzien van de bodem (zie hierna onder 7).

3. Internationaal kader en beleid ten aanzien van de ondergrond.

Net als onder het huidige regime omvat de regelgeving voor de bodem ook de implementatie van het relevante internationale kader (MvT par. 4.2), met name van een aantal Richtlijnen, waaronder de Kaderrichtlijn water en de Grondwaterrichtlijn.⁷

In de Aanvullingswet is gereageerd op het toenemende gebruik van de ondergrond (onder meer

1. Mr G.C.W. van der Feltz was tot 1 juli 2018 partner bij Van der Feltz advocaten.

2. *Kamerstukken II 2017/18, 34864 nrs. 1-4; Verslag (maart 2018): Kamerstukken II, 34 864m.*

3. *Kamerstukken II 2017/18, 34864 nr. 3* (hierna: MvT), p. 3.

4. *Stb.* 2016, 156; op Omgevingswetportaal.nl is de tekst van de Omgevingswet gepubliceerd met daarin geïntegreerd de wijzigingen uit het wetsvoorstel Invoeringswet. In de MvT (par.2.2) worden de met de Omgevingswet beoogde maatschappelijke doelen en de beleidsmatige uitgangspunten ervan opgesomd.

5. Het advies van de Raad van State *Kamerstukken II 2017/18, 34864 nr. 3* ('Advies RvS') bevat een zeer leesbare inleiding in de Omgevingswet c.a. en de wijze waarop de Raad van State die wet en de lagere regelgeving die ermee samenhangt, toetst. De keuzes die de wetgever in de Omgevingswet heeft gemaakt, neemt de Raad van State in haar beoordeling als uitgangspunt, ze stelt die niet weer ter discussie.

6. Verontreiniging veroorzaakt vóór de inwerkingtreding van de (zorgplicht)bepalingen in de Wbb, in 1987.

7. 2000/60/EG, 2006/118/EG, voorts: de Stortrichtlijn (1999/31/EG), de Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG), de Richtlijn industriële emissies, het Verdrag van Aarhus en het in ontwikkeling zijnde wettelijke kader voor bodembeleid. Verder diende rekening te worden gehouden met het EVRM (eigenomsbescherming) en de Europese regels omtrent mededinging en staatssteun.

door ondergrondse energieopslag), daarvoor ontwikkelde beleidsinstrumenten en de toenemende aandacht voor de ondergrond in ruimtelijke plannen en besluiten (MvT, par. 2.1). De zorg voor de bodem speelt in verschillende maatschappelijke sectoren, zoals blijkt uit het feit, dat zij wordt ingevuld in beleidsdocumenten als de Structuurvisie Ondergrond (alleen zaken van nationaal belang, onder meer mijnbouw), de Beleidsnota drinkwater, de Structuurvisie buisleidingen (ruimtereservering voor de komende decennia voor buisleidingen van nationaal belang), het Bestuursakkoord water uit 2011 (veiligheid tegen overstromingen, kwaliteit van het water en voldoende zoet water), het Nationaal Waterplan 2016 – 2021 en de Klimaatagenda van een vorig kabinet.

Uitgangspunt blijft de regel dat de vervuiler betaalt⁸, zij het dat in de Omgevingswet de onder de Wbb al ingezette lijn naar meer (vangnet)verantwoordelijkheid van de eigenaar wordt doorgetrokken, mede omdat de veroorzaker van historische verontreiniging vaak niet meer bestaat of niet meer te identificeren is.⁹ Het is aan de eigenaar om eventueel te proberen langs privaatrechtelijke weg door hem gemaakte kosten vergoed te krijgen van de veroorzaker of zijn voorganger (verkoper).

4. Beperkte omvang specifieke bodembepalingen

De Aanvullingswet kent maar een handvol bepalingen. De integratie in de Omgevingswet via de Aanvullingswet is er immers op gericht om (net als bij de andere wetten die in de Omgevingswet opgaan) afwijking van en variatie op de beginselen en instrumenten van de Omgevingswet zoveel mogelijk te beperken (MvT p. 25). Voorts worden enkele voor de bodem relevante wijzigingen in de Omgevingswet aangebracht via de Invoeringswet Omgevingswet.¹⁰ Bovendien is de Omgevingswet een kaderwet, zij bevat alleen hoofdlijnen. De inhoud wordt ondergebracht in lagere regelgeving, met betrekking tot de bodem het in voorbereiding zijnde Besluit Aanvullingswet Bodem en de Aanvullings-

regeling bodem.¹¹ Dat moet te zijner tijd opgaan in de vier algemene maatregelen van bestuur die onder de Omgevingswet komen te ‘hangen’ (de Omgevingswet-AMvB’s), in ieder geval in het Besluit kwaliteit leefomgeving (standaardwaarden) en het Besluit Algemene regels leefomgeving (BAL, onder meer specifieke zorgplichten). Ook het toetsingskader uit de Nederlandse Richtlijn Bodem zal worden overgenomen in de uitvoeringsregels onder de Omgevingswet (MvT, p. 25). Een groot deel van de bepalingen over de zorg voor de bodem treft men door dit alles buiten de Aanvullingswet aan,

5. Verdere planning wetgevingsproces.

Volgens de huidige planning moeten de Omgevingswet (na verwerking daarin van de aanvullingswet¹² en de Invoeringswet) en de Omgevingswet-AMvB’s (met daarin verwerkt het Aanvullingsbesluit) en eventuele andere lagere regelgeving in 2021 in werking treden.¹³ De Wbb en de lagere regelgeving die op grond van die wet zijn vastgesteld (onder meer: het Besluit Bodemkwaliteit en het Besluit uniforme saneringen) komen te vervallen, behalve voor de historische verontreinigingen waar ze onder het overgangsrecht van de Aanvullingswet nog blijven gelden.

6. Huidige regeling: Wbb, en overgangsrecht

Ondanks het ontbreken van de uitvoeringsregelgeving kan al wel worden vastgesteld, dat het nieuwe systeem (Aanvullingswet, Invoeringswet, Besluit Aanvullingswet bodem, Aanvullingsregeling bo-

8. Art. 191 VWEU, Richtlijn milieuaansprakelijkheid (Richtlijn/2004/35/EG van het Europees parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade (PbEU 2004, L 143)), Omgevingswet art. 3.3 en 23.6.

9. De Afdeling Advisering van de Raad van State laat zich hier kritisch over uit, Advies RvS onder 5c ‘veroorzaker buiten schot’.

10. Op 3 juli 2018 is – na consultatie en een advies van de Raad van State van 22 december 2017 – het voorstel voor de Invoeringswet Omgevingswet (hierna: Invoeringswet) ingediend bij de Tweede Kamer. Voor bodem: zie onder meer artikelen 1.7a (strafrechtelijk handhaafbaar verbod), 10.13a (gedoogplicht bodem), 13.4b (grondwateronttrekkingsheffing), 15.16 (schade bij grondwateronttrekkingen).

11. Tussen 10 juli en 11 september 2018 vindt de internetconsultatie plaats van het ontwerp Aanvullingsbesluit bodem. Dit Aanvullingsbesluit bodem bevat rijksregels voor graven in de bodem, opslag van grond- en baggerspecie, bodemsanering, toepassen van bouwstoffen, grond en baggerspecie en voor het aanbrengen van meststoffen en andere stikstofhoudende verbindingen. Deze zullen onderdeel worden van het BAL. Voorts bevat het Aanvullingsbesluit bodem instructieregels voor het bouwen op verontreinigde grond en het toepassen van grond- en baggerspecie. Deze gaan t.z.t. op in in het Besluit kwaliteit leefomgeving. In het Aanvullingsbesluit (artikel VI) wordt het Besluit bodemkwaliteit aangepast en wordt naar dat besluit verwezen (bijvoorbeeld: art. 4.1268). Het blijft dus bestaan. Hetzelfde geldt voor een groot aantal andere (milieu)besluiten (artt. VII en volgende) zoals het Besluit financiële bepalingen bodemsanering en het Besluit lozen buiten inrichtingen.

12. Op 3 juli 2018 is de Aanvullingswet Natuur bij de Tweede Kamer ingediend.

13. Op 3 juli 2018 werd aangekondigd, dat de Omgevingswet AMvB’s in de loop van juli in het Staatsblad zouden worden geplaatst. Dat kan nog geen definitieve tekst zijn, vanwege het feit dat er nog wijzigingen moeten worden verwerkt, bijvoorbeeld vanuit de Invoeringswet (nieuw art. 1.7a Omgevingswet) en de Aanvullingswet.

dem) afwijkt van de huidige regelgeving (Wet bodembescherming (hierna: Wbb) met lagere regelgeving zoals de Circulaire Bodemkwaliteit 2013, het Besluit bodemkwaliteit en het Besluit uniforme saneringen). De Wbb c.a. kan worden gekarakteriseerd als een in detail uitgewerkt stelsel van harde (procedurele en inhoudelijke) normen. De wetgever heeft met de Omgevingswet de ambitie om het beter en tegelijk eenvoudiger te doen.¹⁴ De zorg voor de bodem onder de Omgevingswet kan minder strak en in detail worden ingericht omdat in 2021 de ernstige gevallen van bodemverontreiniging (zo'n veertig jaar na de ontdekking van de eerste gevallen) onder controle zullen zijn gebracht (MvT par.2.1, p. 7-8). Dat is gebeurd onder de Wbb c.a., en daaraan voorafgaande Interimwet Bodemsanering en de convenanten 'bodemontwikkelingsbeleid en aanpak spoedlocaties', 'bodem en ondergrond' en 'bodem en bedrijfsleven'. Het overgangsrecht (art. 3.1 Aanvullingswet, zonder einddatum¹⁵) bepaalt dat alle gevallen van bodemverontreiniging die op de datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet formeel als spoedeisend zijn aangemerkt en/of waar een saneringsplan voor is ingediend op voet van de Wbb c.a. dienen te worden afgewikkeld. Gelet op de lange duur die grote bodemsaneringen kenmerkt zullen de oude regels dus nog lang van betekenis zijn. Sommige normen uit de Wbb, die alleen doorwerken via het overgangsrecht, zullen misschien nog wel eens moeten worden geactualiseerd naar aanleiding van nieuwe inzichten. De aanpak van in elkaars nabijheid liggende verontreinigingen waarvan sommige wel (gevalsbenadering) en sommige niet (gebiedsbenadering) onder de Wbb vallen zal creatieve oplossingen vergen.

7. Karakteristieken van de Omgevingswet in de Aanvullingswet

Eén bevoegd gezag, afweging op lokaal niveau, gebiedsgerichte benadering.

In de Aanvullingswet worden (uiteraard) de hoofdkenmerken van de Omgevingswet toegepast¹⁶: de Omgevingswet-beleidscyclus van continue zorg en verbetering, één bevoegd gezag (de gemeente/het waterschap), meer ruimte (beleidsvrijheid) om rekening te houden met specifieke lokale omstandigheden ('decentraal, tenzij'), afwegingsruimte en maatwerk (MvT p. 15), het verbinden van gevolgen aan activiteiten (in plaats van aan inrichtingen) en de benadering van de leefomgeving als geheel (in plaats van per milieusector, MvT par. 1.1, 3.1). De hoofdregel in de Aanvullingswet is – conform de grondbeginselen van de Omgevingswet - niet lan-

ger de benadering van verontreiniging per geval maar een geïntegreerde, gebiedsgerichte benadering. Dat veronderstelt een regisseur en de mogelijkheid van afkoop door eigenaren/veroorzakers.

Gelijkwaardigheid, reikwijdte, andere wetten, rol van het privaatrecht

Met de Aanvullingswet wordt beoogd de kwaliteit van de bodem een even goede bescherming te geven als onder de Wbb (beginsel van gelijkwaardigheid, MvT. p. 10). De reikwijdte van de wet wordt iets verbreed om milieuschade te kunnen aanpakken (MvT. p. 26). Van de wetten die van betekenis zijn voor de bodemkwaliteit wordt een aantal (net als de Wbb) geïntegreerd in de Omgevingswet en de vier Omgevingswet-AMvB's (Mijnbouwwet, Ontgrondingenwet, Archeologie, Besluit gebruik meststoffen, regels over het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen). Andere wetten die van betekenis zijn voor de bodemkwaliteit (Kernenergiewet, Wet Natuurbescherming, Drinkwaterwet, Meststoffenwet) blijven zelfstandig bestaan (MvT par. 4.3). De Aanvullingswet brengt geen verandering in de relevante bepalingen uit het privaatrecht, zoals de regels dat grondwater (zolang het niet wordt opgepompt) geen eigenaar heeft en dat de veroorzaker van verontreiniging van het perceel van de buurman in veel gevallen aansprakelijk is tegenover die buurman voor de schade, die daaruit voortvloeit. Er verandert onder de Omgevingswet ook niets aan de faciliterende werking van het privaatrecht, bijvoorbeeld bij een sanering waar meerdere eigenaren of de leden van een branche bij zijn betrokken en bij afkoop in een gebiedsgerichte benadering (thans: art. 55c Wbb e.v.).

8. Bevoegd gezag

De bevoegdheden (zoals het formuleren van de voorwaarden en toezien op de uitvoering van sanering) liggen onder de Wbb bij de provincies en (de 29 grootste) gemeenten. Ze komen geheel bij de gemeenten te liggen, conform het principe van art. 2.3 Omgevingswet ((MvT par. 2.3.2). Dat geldt ook voor de bevoegdheden bij ongewone voorvallen (hfst. 19 Omgevingswet), die dus niet langer deels bij de Commissaris des Konings berusten (MvT par. 3.3.1.2). De Omgevingswet (art. 2.2) verplicht overheden (hier: gemeente en waterschap) om rekening te houden met elkaars taken maar die afstemming wordt – ter vermijding van onnodige bureaucratie - niet langer (zoals onder de Wbb) concreet uitgewerkt. Er ligt nog geen heldere nieuwe structuur klaar bij het wegvallen van de Waterwet en de Wbb, zo maak ik op uit de memorie van toelichting (MvT p. 17), vooral ten aanzien van de aanpak van grondwaterverontreiniging.¹⁷

14. Voor zover mij bekend bestaan er geen ernstige klachten over de werkbaarheid van de Wbb noch overeenstemming over realistische verbeterpunten.

15. Zie ook: Aanvullingsbesluit, hoofdstuk 3.

16. Zie voor een samenvatting van de met de Aanvullingswet beoogde beleidsvernieuwing: Advies RvS onder 2a.

17. Het Rijk blijft bevoegd ten aanzien van eventuele uitzonderingen op de eisen aan het gebruik van meststoffen ter implementatie van de Nitraatrichtlijn (art. 65 Wbb, toevoeging art. 4.12 lid 1 onder a Omgevings-

9. Instrumenten

Door de integratie in de Omgevingswet zullen ook voor de bodem de zes kerninstrumenten van de Omgevingswet (omgevingsvisie, programma, decentrale regels, rijksregels, omgevingsvergunning en projectbesluit) en ondersteunende instrumenten (gedoogplichten, financiële instrumenten, advisering, onderzoek(sverplichting), MvT p. 20, 26) kunnen worden ingezet. Op de toepassing van enkele van die instrumenten ga ik hierna in.

Regels

De Omgevingswet en de AMvB's zullen rijksregels bevatten gericht op het voorkomen van significante (MvT p. 23) onomkeerbare schade bij bodembedreigende activiteiten, soms met de mogelijkheid voor decentrale overheden om van die regels af te wijken. Regels kunnen normering inhouden, een onderzoeksverplichting in het leven roepen en een uniforme aanpak van verontreiniging voorschrijven (MvT p. 22). Het Rijk moet instructieregels geven gericht op de bescherming van de bodem of ter voorkoming van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid die voortvloeien uit gebruik van de bodem.¹⁸ Er komen in de uitvoeringsregelgeving – net als onder de Wbb – eisen voor de kwaliteit van de bodem voor bepaalde vormen van gebruik, voor graafwerkzaamheden, voor het toepassen van grond, baggerspecie en bouwstoffen en voor de kwaliteit van de uitvoering van werken in de bodem (MvT. par. 3.3.2.1-3, p. 37-38). Het Rijk zal het bouwen op grond waarin maximale waarden worden overschreden in beginsel (behoudens maatregelen van de initiatiefnemer om blootstelling te beperken tot het aanvaardbare) verbieden. Ook provincie, gemeente en waterschap zijn bevoegd om (aanvullend) regels te stellen in verordeningen of programma's e.d. (MvT p. 16).

Normen voor bodemkwaliteit en afwegingsruimte

Er komen 'robuuste' waarden (in het Besluit kwaliteit leefomgeving en ik neem aan in het BAL) voor de concentratie van stoffen, gericht op het controleren van humane en ecologische risico's: maximale waarden waarboven risico's onaanvaardbaar worden geacht, voorkeurswaarden waaronder de bodem onbelemmerd kan worden gebruikt.¹⁹ Niet voor ieder type gebied (/gebruik) gelden dezelfde waarden: er wordt onderscheiden tussen drie basisvormen van bodemgebruik: wonen, industrieel en landbouw/natuur, ieder met eigen (grens)waar-

den. Het gaat om landelijke normen, met ruimte voor lokaal beleid en maatwerk. Het bevoegd gezag heeft afwegingsruimte (lees: beleidsruimte) in de bandbreedte tussen de maximale - en de voorkeurswaarden. Per milieubelastende activiteit zal in de uitvoeringsregelgeving worden uitgewerkt welke normen van toepassing zijn, wat de hoogte is van die normen, tot wie de norm zich richt en wat de ruimte is voor maatwerk en lokaal beleid (MvT par. 2.2.3 en p. 67). In par. 3.1 MvT (instrumenten Omgevingswet voor uitvoering bodembeleid) wordt ingegaan op de 'aanvaardbare kwaliteit' van de bodem. In dat kader wordt vermeld, dat voor de bodem de inzet van omgevingswaarden op rijksniveau vooralsnog niet is voorzien, dat de vraag of kwaliteit aanvaardbaar is vaak door lokale omstandigheden wordt bepaald en dat een gemeente of provincie op basis van lokale omstandigheden en ambitieniveau kan kiezen voor een lokale omgevingswaarde. In het Nader Rapport (Advies RvS nr. 3 op p. 9) bevestigt de opsteller van de Aanvullingswet dat het Rijk alleen kaders stelt, maar niet verantwoordelijk is voor het realiseren van een bepaalde bodemkwaliteit.²⁰

Bouwstoffen, grond en baggerspecie: kwaliteitseisen

De kwaliteitseisen aan bouwstoffen en grond treft men thans aan in het Besluit bodemkwaliteit. Er worden wijzigingen in deze kwaliteitseisen voorbereid. De (aldus aangepaste) kwaliteitseisen zullen te zijner tijd in de uitvoeringsregelgeving van de Aanvullingswet worden opgenomen.

Het omgevingsplan

Het omgevingsplan biedt een mogelijkheid om de toestand van de bodem mee te wegen bij het toedelen van functies en om locatiespecifieke regels te stellen voor bijvoorbeeld bouwen of de aanleg van werken. De gemeente stelt het omgevingsplan vast, de provincie en de gemeente een omgevingsvisie, de provincie kan (ruimtelijke) verordeningen in het leven roepen en het waterschap werken met waterbeheerprogramma's. Het rijk kan (in de AMvB's) instructieregels opnemen, die daarbij in acht moeten worden genomen. Ook de provincie kan instructieregels geven voor het omgevingsplan en zij dient grondwaterbeschermingsgebieden aan te wijzen (MvT 22). Het omgevingsplan zelf leidt overigens niet tot het verminderen of wegnemen van verontreiniging, in ieder geval niet zolang bestaand gebruik wordt voortgezet.²¹

Zorgplicht

De plicht onder de Wbb om verontreiniging te voorkomen en om onverhoopt toch ontstane verontrei-

wet volgens de Aanvullingswet. Gek genoeg lijkt men bij die wijziging uit te gaan van de Omgevingswet zoals die luidt zonder verwerking van de Invoeringswet). Het Besluit gebruik meststoffen zal worden geïntegreerd (MvT p. 52) c.q. worden aangepast (MvT p. 72).

18. Aanvullingswet, onder A: nieuw art. 2.28, onderdeel h Omgevingswet (verplichte instructieregels).

19. Zie bijvoorbeeld: Aanvullingsbesluit bijlage VI: interventiewaarde bodemkwaliteit ter zake van 'graven in de bodem'.

20. Het is mij niet duidelijk, hoe deze twee passages (par. 2.2.3 en 3.1 MvT) zich tot elkaar verhouden.

21. In de Nederlandse planologie is niemand verplicht een nieuwe bestemming te realiseren. Bestaand gebruik mag onder het overgangsrecht worden voortgezet. Alleen als een eigenaar een gegeven gevoeliger bestemming wil realiseren, zal dat kunnen leiden tot saneringsactiviteit, precies als onder de Wbb c.a.

niging direct op te ruimen (de zorgplicht van art. 13 Wbb) wordt onder de Omgevingswet, met name in de uitvoeringsregelgeving gehandhaafd (MvT, par. 2.1, p. 7). Zij keert terug in de algemene zorgplicht van de Omgevingswet (art. 1.7), als specifieke zorgplicht ten aanzien van bepaalde activiteiten in art. 2.10 Besluit Activiteiten Leefomgeving en in art. 19.1 Omgevingswet ('bijzondere omstandigheden', met name: 'ongewone voorvallen', lees: incidenten waarbij de bodem verontreinigd dreigt te raken), echter daarin niet als zorgplicht maar als bevoegdheid om maatregelen op te leggen en tot slot eventueel in plannen of voorschriften van decentrale overheden. Daarmee is de zorgplicht van art. 13 Wbb kennelijk nog niet voldoende en adequaat vervangen: het is de bedoeling om in de Invoeringswet een vangnet op te nemen in de vorm van een strafrechtelijk en bestuursrechtelijk te handhaven verbod om door (opzettelijk) handelen of nalaten te verontreinigen (MvT p. 32 e.v.). Ook zal 'de bodemzorgplicht mogelijk vorm (...) krijgen door een samenstel van nieuwe regels in en onder de Omgevingswet' (MvT p. 67). Zorgplichten zijn het product van het streven naar deregulering, ze vervangen meer concrete en gedetailleerde bepalingen. De Raad van State constateert dat de vervanging van gedetailleerde normen door zorgplichten spanning oplevert met de eisen van rechtszekerheid in het strafrecht.²²

Gedoogplichten

De wetgever beoogt de effectiviteit van gedoogplichten onder de Omgevingswet (art. 10.11) te versterken (MvT p. 26-7). Daartoe worden gedoogplichten opgenomen ter zake van grondwaterbeheer en van maatregelen op grond van de voorziening voor toevalsvondsten (beide van rechtswege), ter zake van nazorg en van naleving van de zorgplicht (beide bij beschikking, zie art. 10.3 lid 5, 10.10a, 10.13a en 10.21a Aanvullingswet).

Leges, subsidie, advies, kostenverhaal

Het verbod om leges te heffen bij milieuvergunningen komt voor wat betreft de bodem te vervallen (MvT, p. 28). De bedrijvenregeling (een subsidieregeling voor eigenaren, die stuiten op historische verontreiniging) wordt ingepast in de Kaderwet subsidies IenM (MvT p. 28). De algemeen adviseur Technische Commissie Bodem wordt opgeheven, omdat een sectorale commissie niet past in de geest van de Omgevingswet. De bevoegdheden om in bijzondere omstandigheden bijzondere maatregelen te kunnen nemen zijn voortaan te vinden in hoofdstuk 19 Omgevingswet ('Bevoegdheden in bijzondere omstandigheden'). Het kostenverhaal keert voor ongewone voorvallen terug in art. 19.6 Omgevingswet voor maatregelen ter bestrijding van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid. Het overige

kostenverhaal van art. 75 Wbb zou moeten terugkeren via de Invoeringswet (MvT p. 29²³; zie: Invoeringswet wijziging van de art. 13.3a en 13.3b).

Onderzoek

Beoogd is het aantal gevallen waarin bodemonderzoek moet worden uitgevoerd sterk te beperken door gebruik te maken van beschikbare kennis, bijvoorbeeld uit eerdere onderzoeken. De kwaliteitseisen gesteld aan bodemonderzoek blijven dezelfde (MvT p. 35).

Onderzoeksbevel en saneringsbevel komen te vervallen

Onder de Wbb kan het bevoegd gezag de veroorzaker en de eigenaar van verontreinigde grond een bevel geven om onderzoek te doen en/of om een saneringsplan op te stellen en uit te voeren. Belanghebbende derden (veelal: burens) kunnen de overheid vragen de Wbb op dit punt te handhaven. Daarmee kan schade die die derden ondervinden van een verontreiniging worden voorkomen of weggenomen, zonder dat de buurman zelf een privaatrechtelijke procedure (onrechtmatige daad van de veroorzaker van de verontreiniging) hoeft te starten (MvT 4.4²⁴). Deze interventie-instrumenten (door de Raad van State aangeduid als 'het saneringsinstrumentarium') keren in de Aanvullingswet niet terug: de getroffen buurman zal zich in voorkomend geval dus zelf tot de schadeveroorzakende partij moeten wenden.²⁵

Toevalsvondst, onverwachte voorvallen

Onverwachte gebeurtenissen of vondsten vallen onder de algemene zorgplicht in de Omgevingswet, de zorgplichten in het Besluit Activiteiten leefomgeving en in de regeling van een ongewoon voorval in de Omgevingswet (hoofdstuk 19). Voor de situatie dat een eigenaar stuit op een historische verontreiniging introduceert de Aanvullingswet het begrip 'toevalsvondst'. De eigenaar (niet: de veroorzaker) moet onaanvaardbare risico's voor de gezondheid die daarbij aan het licht treden opheffen, eventueel kunnen hem maatregelen worden voorgeschreven (art. 19.2a Aanvullingswet MvT p. 38-41, par. 3.3.3.1-3; Nader Rapport nr. 4c). Er is dus voor de kosten van maatregelen bij een toevalsvondst geen verhaal op de veroorzaker mogelijk. De regeling van toevalsvondst is er niet om een sanering af te dwingen, uit

22. Zie advies Raad van State bij de Invoeringswet, p. 52. (ik zou overigens menen dat het probleem ruimer speelt dan in het strafrecht namelijk, in de gehele punitieve handhaving).

23. In de Invoeringswet (nieuw art. 13.3a-d Omgevingswet) is de grondslag opgenomen voor kostenverhaal (art. 13.3a lid 1) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 13.3a lid 2). In welke gevallen daar gebruik van kan worden gemaakt moet in de uitvoeringsregelgeving worden bepaald; zie MvT Invoeringswet p. 193 e.v.

24. In de Memorie van Toezicht wordt voor de mogelijkheden en beperkingen van dergelijke vorderingen verwezen naar Gerechtshof Den Haag 28 juli 2015, ECLI:NL:GDHA:2015:2047, TGMA 2015/13 m.nt. Hulst. Volgens de MvT impliceert die uitspraak, dat het enkele laten transporteren van een verontreiniging over de erfgrans niet onrechtmatig zou zijn.

25. Wel komt er het bevel om maatregelen te treffen bij een toevalsvondst (art. 19.9a Omgevingswet).

te voeren of voor te bereiden. Afgezien van de acute risico's is de aanpak vergelijkbaar met die van andere historische verontreinigingen.

10. Historische verontreinigingen

De eigenaar is verantwoordelijk voor het opruimen van historische verontreinigingen (MvT. P. 14). Veel historische verontreinigingen zullen ingevolge het overgangsrecht onder de Wbb worden afgewikkeld. Onaanvaardbare risico's moeten met tijdelijke beschermingsmaatregelen worden weggenomen, een definitieve aanpak kan wachten tot zich een efficiënte combinatie met andere werkzaamheden aandient (MvT p. 15). Het handelen ten aanzien van de niet onder het overgangsrecht vallende historische verontreiniging verschuift verder naar (a) alleen aanpakken wat nodig is voor het actuele gebruik, (b) aanpak van niet spoedeisende gevallen combineren met andere werkzaamheden en (c) gebiedsgericht werken bij overlappende en aan elkaar grenzende verontreinigingen.²⁶

11. Handhaving

In art. 1.7a Omgevingswet wordt handelen of nalaten met aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving verboden. Het verbod wordt ter uitvoering van de richtlijn milieustrafrecht (om strafrechtelijk te kunnen worden gehandhaafd) uitgewerkt in een AMvB.²⁷ Het hoofdstuk in de Omgevingswet inzake 'handhaving en uitvoering' (hoofdstuk 18) brengt geen wijziging in het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijke handhavinginstrumentarium. De effectiviteit van de handhaving hangt af van de Invoeringswet en de uitvoeringsregelgeving, zoals het Aanvullingsbesluit (MvT par. 5.1 met verwijzing naar par. 4.18.1 MvT Omgevingwet).

12. Rechtsbescherming

Onder de Wbb staat direct beroep open op de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, onder de Omgevingswet wordt dat: rechtsbescherming in twee instanties, bij de rechtbank en de Afdeling.

13. Discussiepunten uit de consultatie²⁸

De strekking van een aantal commentaren is dat concrete instrumenten om verontreiniging van de

bodem aan te pakken komen te vervallen en dat daar vooral gemeentelijke beleidsvrijheid voor terug komt. Er bestaat ten aanzien van die vrijheid argwaan, door sommigen omdat ze te strenge regels (geschreven door 'groene hobbyisten') verwachten, door anderen die vrezen voor een 'race to the bottom' in gemeenten die een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor ondernemers willen creëren. Ook de Raad van State spreekt de zorg uit, dat de mogelijkheden van maatwerk voor decentrale overheden de gelijkwaardigheid van de bescherming van de bodem ten opzichte van de Wbb c.a. in gevaar zouden kunnen brengen. De reactie is dat gelijkwaardigheid op decentraal niveau kan en zal moeten worden gerealiseerd, dat alleen de beheersing van gezondheidsrisico's bevoegdheden van het Rijk rechtvaardigt terwijl 'het voortouw voor de bescherming van plant en dier en grondwater ligt bij decentrale overheden' en dat in de AMvB's wordt geregeld wat de onder de Omgevingswet de van toepassing zijnde normen zijn, wie de geadresseerden zijn en wat de lokale afwegingsruimte is (Advies RvS, reactie 4c, p. 16). De VNG spreekt de vrees uit, dat de gemeenten nog onvoldoende zijn toegerust met kennis, middelen en personeel om de taken te gaan vervullen, die haar onder de Aanvullingswet toevallen. Dergelijke kritiepunten zijn bekend uit andere onderdelen van de Omgevingswet. De opsteller van de Omgevingswet toont zich er niet gevoelig voor. Hij leunt zwaar op zijn uitgangspunt, dat het merendeel van de verontreinigingen in Nederland al is opgeruimd, althans onder controle is. De reactie op de commentaren in de consultatie beperkt zich tot aanpassing ('betere uitleg') van de Memorie van Toelichting.

Gelijkwaardig beschermingsniveau

De Raad van State constateert, dat pas in samenhang met de uitvoeringsregelgeving (Aanvullingsbesluit) kan worden beoordeeld of het beschermingsniveau onder de Omgevingswet gelijkwaardig is aan dat van de Wbb c.a. De Raad van State ziet een mogelijke achteruitgang van de bescherming van de bodem in het feit, dat de wet niet langer eist dat een nieuwe verontreiniging (in strijd met de zorgplicht veroorzaakt) onmiddellijk en volledig wordt verwijderd (Advies RvS nr. 4). In zijn reactie stelt de opsteller van de ontwerp Aanvullingswet dat die eis in de praktijk ook onder de Wbb niet werd gesteld. Voorts constateert de Raad van State dat bij een toevalsvondst alleen snel hoeft te worden opgetreden om spoedeisende maatregelen te nemen, maar dat niet is geregeld hoe een dergelijke verontreiniging meer definitief wordt aangepakt. In reactie hierop wijst de opsteller van de Aanvullingswet op het omgevingsplan, de omgevingsverordening, het regionaal waterprogramma, de omgevingsvergunning en maatwerkvoorschriften.

26. De huidige aanpak van verontreinigingen 'per geval' wordt technisch, financieel en milieuhygiënisch vaak niet doelmatig genoemd (MvT. P. 15).

27. Art. 1.7a Omgevingswet wordt ingevoerd via de Invoeringswet, art. C.

28. Voor vragen in de praktijk over de betekenis van

bepaalde onderdelen van de Aanvullingswet is het nuttig om het Nader Rapport en de bespreking van de consultatie in de Memorie van Toelichting te raadplegen.

Humane en ecologische risico's

In de Aanvullingswet nemen humane risico's een prominentere positie in dan ecologische risico's: uitgangspunt van het nieuwe bodembeleid bijvoorbeeld is dat historische bodemverontreinigingen geen onaanvaardbare risico's voor de gezondheid met zich mee mogen brengen en niet mogen leiden tot beperkingen in het (menselijk) gebruik (MvT p. 18); 'de gemeente draagt zorg voor een veilige en leefbare woon- en werkomgeving' (MvT p. 15). Aldus ook de regeling van de toevalsvondst (onaanvaardbare risico's voor de gezondheid moeten worden opgeheven, MvT, p. 39, zie hiervoor en zie het Nader Rapport, punt 4.a). Elders (MvT p. 23) worden humane, ecologische en verspreidingsrisico's wel als gelijkwaardige gevaren opgesomd. In de consultatie is op de (schijnbare) vernauwing van de doelen van de wet naar de menselijke gezondheid gewezen, onder meer door de TCB, die vreest dat de Aanvullingswet onvoldoende mogelijkheden geeft voor het bevoegd gezag om 'ambities voor de bescherming of voor de verbetering [van de bodem] vorm te geven, indien er geen activiteiten in de zin van de Omgevingswet plaatsvinden.' In reactie op deze kritiek wordt gewezen op de mogelijkheden van de gemeenten 'om alle aspecten in een integrale afweging mee te nemen bij de opstelling van een omgevingsvisie en een omgevingsplan.' (MvT p. 64).

Consequenties voor agrarisch grondgebruik.

Regels onder de Omgevingswet voor de agrarische sector zijn met name te vinden in Afdeling 3.6 BAL en par. 5.4.2 (module bodembescherming). De bepalingen van de paragrafen 3.3.2, 3.4.5 en afdeling 3.5 Activiteitenbesluit en delen van par. 3.3.2 en afdeling 3.5 Activiteitenregeling keren terug in de paragrafen 4.61-4.89 BAL. In het BAL²⁹ wordt uitgegaan van voortgezette gelding van de Meststoffenwet³⁰, het Besluit gebruik meststoffen, het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet en de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet.³¹ Het Besluit gebruik meststoffen zal echter worden geïntegreerd in de uitvoeringsregelgeving van de Omgevingswet (MvT, p. 52, 72-3), naar ik vermoed in een latere versie van het BAL.

Het BAL bevat gedetailleerde voorschriften met betrekking tot meststoffen, in het bijzonder ten aanzien van de opslag (bescherming van de bodem tegen lekkage van meststoffen), verwerking/behandeling van meststoffen (par. 3.6.8 en grootschalige verwerking in par. 3.3.14) en het gebruik ervan op landbouwgronden (par. 3.5.10 aanwijzing van het 'op of in de bodem brengen van meststoffen, voor zover geregeld in het Besluit gebruik meststoffen' als milieubelastende activiteit) en de (niet omvangrijke) module bodembeschermende voorzieningen, par. 5.4.2 van het BAL. Deze worden via het Aanvullingsbesluit nog aangevuld met rijksregels over het op of in de bodem brengen van meststoffen (par. 4.115), zuiveringsslib (par. 4.116), zode van gras (par. 4.117), graven (par. 4.118 en 4.119). Het BAL bevat na verwerking van het Aanvullingsbesluit ook regels ter zake van graven (par. 4.118 en 4.119), bodemsanering (par. 4.120) en voorafgaand onderzoek (par. 5.2.2), omgaan met grond en baggerspecie (par. 4.121), toepassen van Bouwstoffen (par. 4.122), grond en baggerspecie (par. 4.123), mijnsteen (par. 4.124), het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen en biociden (MvT p. 51). In deze regels wordt weer op tal van plaatsen verwezen naar technische voorschriften, onder meer NEN-normen en er wordt een reeks definities toegevoegd in bijlage 1 BAL. Met een en ander wordt het Activiteitenbesluit milieubeheer voortgezet, veranderingen zijn niet beoogd. De wijzigingen in de Aanvullingswet gelden (uiteraard) ook voor de agrarische bedrijfsvoering. De ruimere bevoegdheid van het lokale bevoegd gezag om 'af te wegen' kan mogelijk praktische consequenties hebben, net als de gebiedsbenadering en de daarbij behorende ruimere mogelijkheden om na een incident in strijd met de zorgplicht waarin geen urgente maatregelen nodig zijn, herstelmaatregelen op een voor de eigenaar passend moment uit te stellen. Wat niet verandert zijn de regels over historische verontreinigingen, die bij de overheid al in beeld zijn op de datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet.

14. Conclusie

Het wetgevingstraject is moeilijk te volgen, met als gevolg dat er – in ieder geval op dit moment – nog geen afgerond beeld bestaat van de bodembescherming onder de Omgevingswet. Belangrijke oorzaak is dat de opstellers van de Omgevingswet het parlement eerst wilde verleiden met een plezierig korte en leesbare Omgevingswet. Pas toen die in het Staatsblad stond, kwam de inhoud aan bod, in de vier omvangrijke Omgevingswet-AMvB's en in de vier Aanvullingswetten, die tezamen met de Invoeringswet leiden tot een omvangrijke uitbreiding en aanpassing van de Omgevingswet. Gevolg van het verbrokkelde wetgevingstraject is dat het parlement niet in staat is om het geheel op zijn doelmatigheid en gelijkwaardigheid te beoordelen. In de MvT bij de Aanvullingswet wordt impliciet erkend, dat wij ons de Omgevingswet kunnen veroorloven nu de grote historische verontreinigingen

29. Versie juni 2017. Het BAL bevat definities van talloze mestbegrippen, mede door verwijzing naar art. 1 onder c Meststoffenwet en het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet; over de Nitraatrichtlijn zie: Nota van Toelichting bij het BAL p. 177).

30. Zie MvT, p. 51: 'Bij en krachtens de Meststoffenwet zijn regels gegeven over de bescherming van de bodem als gevolg van het gebruik van meststoffen. De bepalingen omvatten het verhandelen, de afvoer en heffingen op het overschot van meststoffen. Deze wet zal als afzonderlijke wet blijven bestaan.'

31. Zie bijvoorbeeld de tabel implementatie Nitraatrichtlijn, Nota van Toelichting bij het BAL p. 229-230; zie verder in het BAL bijvoorbeeld: par. 3.2.12: regels omtrent het opslaan vaste minerale anorganische meststoffen, par. 3.5.11: verwerken van meststoffen, afd. 3.6 Agrarische sector, par. 4.63: gebruik gewasbeschermingsmiddelen of meststoffen op landbouwgronden, par. 4.81 dierenverblijven, voorschriften omtrent vloestofdichte vloer, lekdichte mestkelder.

succesvol zijn aangepakt.³² Dat is gebeurd op een tamelijk strakke wijze met gedetailleerde voorschriften, niet erg decentraal en met weinig afwegingsruimte. Het valt nog te bezien of de regulering van de zorg voor de bodem onder de Omgevingswet inderdaad dezelfde mate van bescherming zal bieden als de Wbb. Daartoe lijkt in ieder geval van belang, dat de kaders die het Rijk stelt (MvT par. 2.2.3 en 3.1, zie hiervoor de discussie over (grens)waarden in het Aanvullingsbesluit) voldoende hard en duidelijk zijn en dat de aan gemeenten gegeven afwegingsruimte beperkt blijft tot wat milieuhygiënisch aanvaardbaar wordt geacht.

De (financiële) verantwoordelijkheid voor verontreiniging van de bodem, of het nu historische bodemverontreiniging betreft, gevallen van na 1987 (inwerkingtreding zorgplicht Wbb), of nieuwe gevallen (zorgplicht Omgevingswet en BAL) wijzigt niet ten opzichte van het huidige systeem. Het wegvallen van de mogelijkheden om een onderzoekbevel of een saneringsbevel te geven zal met andere handhavingsinstrumenten kunnen worden opgevangen.

De Omgevingswet heeft populistische, neoliberale en utopische trekken: populistisch is de afkeer van gedetailleerde regels 'van boven' en van een cruciale rol voor juridische deskundigheid. Neoliberaal is de neiging om in een steeds gecompliceerder wereld tegemoet te komen aan de roep om vermindering en vereenvoudiging van het aantal regels. Utopisch is het bezwerende idioom van de Omgevingswet en de gedachte dat het voordelen biedt om aan de slag te gaan met een nieuw stelsel met nieuwe begrippen (althans: woorden) in plaats van ambachtelijk door te knutselen aan wat men al heeft.

32. Zo wordt in reactie op de zorg van de Raad van State over mogelijkheden voor de veroorzaker van een historische verontreiniging om zich aan zijn verplichtingen te onttrekken uitsluitend gewezen op de doorwerking van de Wbb onder het overgangsrecht (Advies RvS, reactie 5c).