

Het wetsvoorstel 'Aanvullingswet bodem Omgevingswet'



Onder het nieuwe regime van de Omgevingswet gaan veel veranderingen plaatsvinden ten opzichte van de huidige omgevingsrechtelijke wetten. Dit geldt ook voor de regulering van bodembescherming. Hoewel de komst van de Aanvullingswet bodem vanuit het oogpunt van uniformering en inzichtelijkheid valt toe te juichen, zijn er nog wel punten te benoemen waarop de regeling moet worden aangescherpt dan wel die bij voorkeur in zijn geheel niet in de Aanvullingswet bodem terug zouden moeten komen. Zo plaatsen wij bijvoorbeeld kanttekeningen bij het verlaten van het principe dat 'de vervuiler betaalt' onder de Aanvullingswet bodem. Deze punten zullen worden behandeld nadat de huidige regeling van de bodembescherming en de nieuwe regeling van de Aanvullingswet bodem de revue zijn gepasseerd.

1. Inleiding

Het wetsvoorstel 'Aanvullingswet bodem Omgevingswet'¹ (Aanvullingswet bodem) regelt dat de Omgevingswet,² die naar verwachting in 2021 in werking treedt, uitgebreid wordt met het onderwerp bodem. Met de komst van de Omgevingswet wordt voor het onderdeel bodem als onderdeel van de fysieke leefomgeving een nieuw juridisch fundament geboden. Een van de belangrijkste aanleidingen voor de Omgevingswet is de huidige versnippering van omgevingsrechtelijke regels.³ Ook op het gebied van bodembescherming wordt een versnippering van regels gesignaleerd. Deze regels volgen onder meer uit de Wet bodembescherming, het Besluit bodemkwaliteit en het Besluit uniforme saneringen. Beoogd wordt om de regels uit de Aanvullingswet bodem in de plaats te stellen van de huidige regels voor het beheer van bodemkwaliteit en zo met de Omgevingswet ook voor het onderdeel bodem vergaande uniformering tot stand te brengen.

In de nieuwe wetgeving wordt een overstap gemaakt van de benadering waarbij per geval van verontreiniging wordt gekeken naar een integrale, meer gebiedsgerichte

systematiek van omgaan met bodemverontreinigingen.⁴ De wijze van aanpak zal worden geïntegreerd met 'de ruimtelijke ontwikkelingen en het beheer van een gebied'.⁵ Concreet betekent dit dat zal worden uitgegaan van de benodigde bodemkwaliteit op de betreffende locatie in relatie tot het (gewenste) gebruik.

Hierbij is het algemene uitgangspunt dat het niveau van bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de omgevingskwaliteit gelijkwaardig blijft aan het huidige beschermingsniveau. Ook de rechtsbescherming mag niet minder worden. De vraag rijst dan of de Aanvullingswet bodem voldoet aan dit uitgangspunt door het bieden van deze waarborgen op alle relevante onderdelen.

In dit artikel wordt uiteengezet hoe bodemgerelateerde kwesties in de Omgevingswet geregeld zullen worden ten opzichte van de huidige situatie. Daartoe zal worden geschetst hoe het stelsel van bodembescherming thans geregeld is en hoe dit onder het nieuwe regime ingericht zal worden. Positieve veranderingen zullen worden aangestipt. Er zullen echter ook verbeterpunten van de Aanvullingswet bodem worden benoemd. Hierbij zal ook het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State (de Afdeling) aan de orde komen.

2. Hoe is de bodembescherming nu geregeld?

Regulering van bodembescherming vindt thans plaats door de Wet bodembescherming en de daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving, waaronder het Besluit bodemkwaliteit, het Besluit uniforme saneringen, de Regeling bodemkwaliteit en de Circulaire bodemsanering 2013. In deze regelgeving geldt een benadering waarbij een verontreiniging van geval tot geval wordt beoordeeld. De Wet bodembescherming kent bovendien een onderscheid tussen historische verontreinigingen (ontstaan vóór 1 januari 1987) en nieuwe verontreinigingen (ontstaan op of na 1 januari 1987). Bij historische verontreinigingsgevallen mag bij de sanering rekening worden gehouden met de functie van de betreffende bodem. Dit wordt ook wel functiegericht saneren genoemd. De kwaliteit van de bodem van een bedrijventerrein hoeft bijvoorbeeld niet even hoog te zijn als de kwaliteit van de bodem van een woonwijk. Op historische gevallen is hoofdstuk 4, paragraaf 3 ('Sanering') van de Wet bodembescherming van

* Mr. K. Azghay en mr. S. Bilgi zijn advocaat bij Van Ardenne & Crince le Roy Advocaten.

1. Voorstel van wet tot wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten met het oog op het beschermen van de bodem, met inbegrip van het grondwater, en het duurzaam en doelmatig gebruik van de bodem (Aanvullingswet bodem Omgevingswet), *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 2.
2. Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb.* 2016/156.
3. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 5.
4. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 5.
5. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, hfdst. 2.

toepassing. In deze paragraaf wordt onderscheid gemaakt tussen gevallen van ernstige en niet-ernstige verontreiniging. Aan de hand van de Circulaire bodemsanering 2013 kan worden bepaald of sprake is van een ernstige verontreiniging.

Zowel in gevallen van bestaande ernstige verontreiniging, als in gevallen van bestaande niet-ernstige verontreiniging moet de opdrachtgever of eigenaar van de betreffende bodem een voorgenomen sanering in beginsel melden aan het bevoegd gezag. Deze plicht is te vinden in artikel 28 Wet bodembescherming. Slechts in gevallen van niet-ernstige verontreiniging kan deze melding onder omstandigheden achterwege blijven. Dit kan, gelet op lid 5 van het voornoemde artikel, indien het geval betrekking heeft op minder dan 50 m³ grond of 1000 m³ grondwater, of wanneer de grond tijdelijk wordt verplaatst en daarna weer wordt teruggebracht.

Voor nieuwe verontreinigingen geldt de saneringsparagraaf niet. Functiegericht saneren is ten aanzien van deze gevallen niet toegestaan. Dit geldt niet in gevallen waarin de veroorzaker van de verontreiniging niet bekend is. De overheid is dan verantwoordelijk voor de sanering en de kosten, en de praktijk laat zien dat overheden dan meestal voor de functiegerichte aanpak kiezen. Bij nieuwe verontreinigingen geldt de zogenoemde 'herstelplicht' die in wezen een zorgplicht is. Deze plicht vloeit voort uit artikel 13 Wet bodembescherming. Dit artikel verplicht eenieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in artikel 6-11 Wet bodembescherming en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, moeten de maatregelen onverwijld worden genomen.

Onder de genoemde handelingen vallen vrijwel alle handelingen die nadelig kunnen zijn voor de bodem. Degene voor wie deze zorgplicht geldt, kan slechts worden verplicht om maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd. Per concreet geval zal dus moeten worden bekeken hoever de herstelplicht reikt.

Wel moet hierbij de kanttekening worden geplaatst dat het kader van de Wet bodembescherming bij nieuwe gevallen niet in alle situaties geldt. Indien de verontreiniging zich buiten een inrichting voordoet is deze wet in ieder geval van toepassing. Op verontreinigingsgevallen binnen

een inrichting is de Wet bodembescherming ook van toepassing, maar dan geldt voor een aantal situaties de bijzondere regeling van het Activiteitenbesluit milieubeheer.⁶

3. Beleidsuitgangspunten van de Aanvullingswet bodem

De regels uit de Aanvullingswet bodem zullen in de plaats komen van de huidige regels voor het beheer van bodemkwaliteit. De Wet bodembescherming wordt, met de inwerkingtreding van de Aanvullingswet bodem, dan ook ingetrokken. Hetzelfde geldt voor de onderliggende uitvoeringsregelgeving.

De Aanvullingswet bodem wijzigt de Omgevingswet en regelt dat het onderwerp bodem met een eigen aanvullingswet een plaats krijgt in het nieuwe stelsel. De Aanvullingswet bodem is van beperkte omvang. Het reeds voorgestelde wettelijke stelsel van de Omgevingswet was voor het grootste gedeelte breed genoeg om het subonderwerp bodem daarin te kunnen betrekken.⁷ Er was slechts een beperkt aantal aanvullingen noodzakelijk om de nieuwe bodemregelgeving adequaat te kunnen regelen. Een aparte invoeringswet zal erin voorzien dat de onderwerpen schade, organisatie van vergunningsverlening, toezicht en handhaving, milieueffectrapportage en waterveiligheid in het nieuwe stelsel worden geregeld. Daarnaast zal uitvoeringsregelgeving tot stand worden gebracht. Deze regelgeving zal in de vorm worden gegoten van algemene maatregelen van bestuur. Hiermee vindt de regeling van het materiële recht van het onderwerp bodem nagenoeg volledig plaats in de uitvoeringsregelgeving. Het voornemen van de regering is om alle nieuwe regelgeving gelijktijdig met de Omgevingswet in werking te laten treden.

In de memorie van toelichting bij de Aanvullingswet bodem is de beleidsvernieuwing voor bodem als onderdeel van de stelselherziening van het omgevingsrecht omschreven.⁸ De algemene doelstelling is omschreven als het waarborgen van de gebruikswaarde van de bodem (vaste bodem en grondwater) en het faciliteren van het duurzaam gebruik van de functionele eigenschappen van de bodem. Deze doelstelling zou moeten worden behaald door het beschermen van de bodem tegen nieuwe verontreinigingen en aantastingen (pijler 1), het evenwichtig toedelen van functies aan locaties, rekening houdend met de kwaliteit van de bodem (pijler 2), en het duurzaam en doelmatig beheren van resterende historische verontreinigingen (pijler 3). De verplichtingen uit een aantal EU-richtlijnen, waaronder de kaderrichtlijn water⁹ en de grondwaterrichtlijn¹⁰ vormen onder meer het kader voor de drie pijlers. In de toelichting is uiteengezet op welke wijze de drie pijlers van het nieuwe bodembeleid vorm

6. Besluit van 19 oktober 2007, houdende algemene regels voor inrichtingen (Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer).

7. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, par. 3.1.

8. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, hfdst. 2.

9. Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (*PbEU* 2000, L 327/1).

10. Richtlijn 2006/118/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de bescherming van het grondwater tegen verontreiniging en achteruitgang van de toestand (*PbEU* 2006, L 372/19).

zullen krijgen in het instrumentarium van de Omgevingswet.¹¹

De invulling van pijler 1 (preventie) vindt plaats door de bescherming van de bodem tegen nieuwe verontreinigingen te regelen met algemene regels voor activiteiten in de uitvoeringsregelgeving gericht op preventie, deels in de vorm van een zorgplicht. De tweede pijler (functietoedeling, rekening houdend met bodemkwaliteit) krijgt invulling door de integrale benadering van de fysieke leefomgeving, waarbij ook de kwaliteit van de bodem wordt betrokken, te regelen in de omgevingsvisie en het omgevingsplan. Bij de invulling van pijler 3 (beheer resterende historische verontreinigingen) geldt als uitgangspunt dat praktisch alle bekende locaties met onaanvaardbare risico's voor de gezondheid, de ecologie en onaanvaardbare verspreidingsrisico's op het moment van inwerkingtreding van de Aanvullingswet bodem al zijn aangepakt. Resterende historische verontreinigingen worden aangepakt onder de Omgevingswet. Daarbij geldt dat de eigenaar¹² van de grond in beginsel verantwoordelijk is voor het duurzaam en doelmatig beheren van historische verontreinigingen.

In de Aanvullingswet bodem is voorzien in eerbiedigend overgangsrecht. Gevallen van sanering van bodemverontreiniging die op het tijdstip van inwerkingtreding van de Omgevingswet al in procedure zijn onder de huidige Wet bodembescherming, zullen ook op basis van deze wet worden afgerond. Als criterium voor de toepasselijkheid van het overgangsrecht geldt dat wanneer de Aanvullingswet bodem in werking treedt er een beschikking 'geval van ernstige bodemverontreiniging' is genomen en dat spoedige sanering noodzakelijk is. Omdat bodemsaneringen vaak lang duren, zeker als sprake is van nazorg, kent de Aanvullingswet bodem geen einddatum voor het eerbiedigend overgangsrecht.¹³ Dit kan gedurende langere tijd betekenen dat twee regimes naast elkaar van toepassing zijn.

Hierna zal worden ingegaan op de inhoud van de nieuwe bodembeschermingsregeling. Vervolgens zullen wij zowel positieve veranderingen als verbeterpunten aanstippen die nadere aandacht verdienen.

4. Hoe zal de bodembescherming worden geregeld onder het nieuwe regime?

Het is van belang om, naast de beleidsuitgangspunten van de Aanvullingswet bodem, ook meer inzicht te geven in de inhoudelijke kant van de wet. Hieronder zullen daarom een aantal inhoudelijke onderwerpen aan de orde komen.

4.1. Integrale, gebiedsgerichte systematiek

De Wet bodembescherming kent voor historische verontreinigingen (ontstaan vóór 1 januari 1987) een ander instrumentarium dan voor nieuwe verontreinigingen (ontstaan op of na 1 januari 1987). Hierop is reeds ingegaan in paragraaf 2 van dit artikel. De Aanvullingswet bodem verlaat de benadering ('per geval van verontreiniging') die geldt onder de Wet bodembescherming, en introduceert een integrale, meer gebiedsgerichte systematiek van omgaan (beheer) met overgebleven verontreinigingen in de bodem en regulering van activiteiten. De wijze van aanpak zal worden geïntegreerd met 'de ruimtelijke ontwikkelingen en het beheer van een gebied',¹⁴ ofwel: er zal worden uitgegaan van de benodigde bodemkwaliteit op de betreffende locatie in relatie tot het (gewenste) gebruik. De achtergrond van die overstap is in de memorie van toelichting uiteengezet.¹⁵ De kern daarvan is dat met de Wet bodembescherming grote stappen zijn gezet om de (ernstige en spoedeisende) bodemverontreinigingen uit het verleden aan te pakken. Locaties met onaanvaardbare humane, ecologische en verspreidingsrisico's (de zogeheten spoedlocaties) zullen volgens de memorie van toelichting naar verwachting na de inwerkingtreding van de Omgevingswet zijn aangepakt of beheerst, zodat de grote risico's onder controle zijn gebracht.

4.2. Toevalsvondsten

De Aanvullingswet bodem bevat ook een regeling voor de zogenaamde toevalsvondsten. Een definitie van dit begrip ontbreekt in de Aanvullingswet bodem. Aan het college van burgemeester en wethouders zijn wel vergaande bevoegdheden toegekend voor de voortvarende aanpak van een toevalsvondst van bodemverontreiniging waarbij naar het oordeel van dit bevoegd gezag een redelijk vermoeden bestaat van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid vanwege die verontreiniging en onmiddellijke maatregelen geboden zijn.¹⁶ Een voorbeeld van zo'n bevoegdheid is het opleggen van de verplichting om maatregelen te treffen. De regeling voor toevalsvondsten geldt alleen bij onaanvaardbare risico's voor de gezondheid. Op grond van de Wet bodembescherming kunnen ook gevaren voor het milieu (plant of dier) of voor verspreiding van verontreiniging reden zijn voor onmiddellijke bodemsanering.¹⁷ In de memorie van toelichting is aangegeven dat slechts voor onaanvaardbare risico's voor de gezondheid een aparte regeling op wetsniveau gerechtvaardigd werd geacht. Risico's voor bijvoorbeeld plant en dier kunnen in decentrale regelgeving worden behandeld, aldus de memorie van toelichting.¹⁸

4.3. De eigenaar betaalt

Onder het regime van de Aanvullingswet bodem kan bij een toevalsvondst uitsluitend de eigenaar van het verontreinigde terrein aangesproken worden om de verontreini-

11. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, par. 1.1, 2.3.1, 2.3.2, 3.1, 3.3.1.

12. Met de eigenaar wordt in dit artikel ook tevens bedoeld de erfpachter.

13. Zie artikel 3.1-3.6 Aanvullingswet bodem.

14. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, hfdst. 2.

15. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, par. 1.1, 2.1 en 7.2 (onder 'Convenanten').

16. Afdeling 19.2a (artikel 19.9a).

17. Dit is terug te zien in verschillende artikelen uit de Wet bodembescherming.

18. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, par. 3.3.3.2.

ging weg te nemen. De eigenaar (of erfpachter) wordt in zo'n geval verplicht tot het onmiddellijk treffen van tijdelijke beschermingsmaatregelen op de locatie waar de verontreiniging zich bevindt of waar de directe gevolgen van de blootstelling aan de verontreiniging zich voordoen. Het gaat om beschermingsmaatregelen die redelijkerwijs van de eigenaar (of erfpachter) kunnen worden gevraagd om onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van de blootstelling te voorkomen of te beperken. Met de voorgestelde regeling wordt het principe van 'de vervuiler betaalt' dat onder het regime van de Wet bodembescherming geldt, dus nadrukkelijk verlaten.

4.4. Gedoogplichten

De Aanvullingswet bodem bevat een aantal gedoogplichten op basis waarvan rechthebbenden verplicht zijn om het uitvoeren van beschermende maatregelen te gedogen. Hoofdstuk 10 van de Omgevingswet bevat reeds een aantal gedoogplichten. Sommige daarvan gelden van rechtswege, andere moeten bij beschikking worden opgelegd. De Aanvullingswet bodem voegt hier vier gedoogplichten aan toe. Het dulden van grondwaterbeheer (van rechtswege), het dulden van maatregelen op grond van de regeling voor toevalsvondsten (van rechtswege), het dulden van nazorg (bij beschikking) en het dulden van maatregelen in het kader van de zorgplicht bodem (bij beschikking).¹⁹

4.5. Zorgplichten

Zorgplichten spelen een grote rol in het nieuwe stelsel van het omgevingsrecht. De Omgevingswet bevat een algemene zorgplicht die is neergelegd in artikel 1.6 en 1.7. Deze zorgplicht is gericht op de bescherming van de 'fysische leefomgeving'. Kort gezegd komt deze zorgplicht erop neer dat eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat een bepaalde activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, maatregelen moet nemen.

In de memorie van toelichting bij de Omgevingswet is aangegeven dat, indien gewenst, in de uitvoeringsregelgeving specifiekere zorgplichten worden opgenomen.²⁰ Uit de memorie van toelichting op de Aanvullingswet bodem blijkt dat in de uitvoeringsregels inderdaad een specifiekere zorgplicht zal worden neergelegd die onder meer is gericht op de bodembescherming.²¹ Hoewel de zorgplicht uit artikel 13 Wet bodembescherming waarschijnlijk niet letterlijk zal worden overgenomen, zou de nieuwe zorgplicht bodem volgens de memorie van toelichting wel hetzelfde bereik moeten krijgen als de huidige zorgplicht.²²

5. Positieve punten in de Aanvullingswet bodem; uniformering en inzichtelijkheid

Niet alleen het omgevingsrecht in het algemeen wordt overzichtelijker met de komst van de Omgevingswet.

Met de inwerkingtreding van de Aanvullingswet bodem zal ook specifiek met betrekking tot bodembescherming winst worden behaald op het gebied van inzichtelijkheid van de wetgeving. Zoals hierboven reeds is opgemerkt, vindt de regulering op dit gebied thans plaats door middel van de Wet bodembescherming en de uitvoeringsregelgeving die daarop gebaseerd is. Het betreft verscheidene besluiten. De Aanvullingswet bodem maakt voor een groot deel een einde aan deze versnippering en zorgt ervoor dat ook voor het onderdeel bodem een vergaande uniformeringsslag wordt gemaakt.

Het bovengenoemde voordeel is bijvoorbeeld duidelijk te zien ten aanzien van de zogenoemde gedoogplichten op basis waarvan rechthebbenden verplicht zijn om het uitvoeren van beschermende maatregelen te gedogen. De Wet bodembescherming kent slechts een delegatiegrondslag voor gedoogplichten, maar deze zijn niet in de wet te vinden. Onder het nieuwe regime staan ze wel in de wet zelf.

Bij het voorgaande moet wel de volgende algemene kanttekening worden geplaatst. Waar in het huidige regime een groot deel van de materiële normen in een wet in formele zin, de Wet bodembescherming, is neergelegd, zal dat onder de Omgevingswet anders zijn. Veel materiële normen zullen in de uitvoeringsregelgeving (lagere regelgeving) terecht komen. Ook in de Invoeringswet lijken materiële normen te worden opgenomen. Hierdoor wordt wellicht aan democratische legimitatie ingeboet. Zolang het algemene kader echter in de Omgevingswet zelf wordt geschetst, hoeft dit niet bezwaarlijk te zijn.

6. Verbeterpunten in de Aanvullingswet bodem

Er zijn ook punten te benoemen met betrekking tot de Aanvullingswet bodem die een kritische blik behoeven en bij voorkeur anders zouden moeten worden ingericht. De Aanvullingswet bodem is op 23 januari 2018 bij de Tweede Kamer ingediend.²³ Voorafgaand aan deze indiening is de Afdeling geconsulteerd. Op 23 januari 2018 is het advies van de Afdeling (uitgebracht op 19 mei 2017) gepubliceerd.²⁴ Kortweg heeft de Afdeling geadviseerd om de Aanvullingswet bodem aan de Tweede Kamer te zenden, maar zij acht op onderdelen een dragende motivering of aanpassing aangewezen. De Afdeling heeft zich op enkele punten kritisch getoond over de Aanvullingswet bodem. In de kern ziet de kritiek van de Afdeling op het waarborgen van een van de uitgangspunten in de Omgevingswet: het behouden van een gelijkwaardig beschermingsniveau. Bij de hierna te bespreken verbeterpunten zal het advies van de Afdeling, waar relevant, worden aangehaald.

6.1. Historische verontreinigingen

In paragraaf 4.2 is omschreven dat als uitgangspunt wordt gehanteerd dat vrijwel alle bekende vervuilde locaties met

19. Artikel 10.3 lid 5, 10.10a, 10.13a en 10.21a Aanvullingswet bodem.

20. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, par. 4.1.4.

21. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, par. 3.3.1.1.

22. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, par. 3.3.1.1.

23. Voor de Kamerstukken, zie Kamerstukken II 2017/18, 34864, 1-5.

24. Advies Afdeling Advisering van de Raad van State no. W14.16.0417/IV.

onaanvaardbare risico's reeds zijn aangepakt op het moment dat de Omgevingswet in werking treedt. Indien dit uitgangspunt daadwerkelijk wordt gehaald, kan de redenering uit de memorie van toelichting wellicht worden gevolgd. Echter, de vraag doet zich voor of de nieuwe regelgeving nog steeds adequaat is vanuit het oogpunt van een gelijkwaardig beschermingsniveau, indien blijkt dat deze doelstelling niet wordt behaald. Uit de Aanvullingswet bodem volgt niet of en zo ja, hoe dit gemonitord en waar nodig bijgestuurd zal worden. Het zou aanbeveling verdienen om daar specifiek op in te gaan.

6.2. *Toevalsvondsten alleen bij risico's voor de gezondheid*

De Aanvullingswet bodem bevat ook een regeling voor de zogenaamde toevalsvondsten. Hierop is reeds ingegaan in paragraaf 4.3. De Afdeling heeft in haar advies reeds geconstateerd dat de regeling voor toevalsvondsten alleen geldt bij onaanvaardbare risico's voor de gezondheid. Met het oog op een gelijkwaardig beschermingsniveau adviseert de Afdeling echter om de regeling voor toevalsvondsten in de Aanvullingswet bodem ook in het kader van andersoortige risico's dan alleen onaanvaardbare risico's voor de gezondheid beschikbaar te maken.

Het advies van de Afdeling op dit punt wordt door ons onderschreven, omdat ook situaties waarin gezondheidsrisico's niet het meest prangend zijn, maar het milieu (plant en dier) of de niet-gewenste verspreiding van de verontreiniging, onmiddellijk ingrijpen kunnen vereisen. De reden die in de memorie van toelichting op de Aanvullingswet bodem wordt gegeven om deze aspecten weg te laten uit de wet, achten wij niet dragend voor het onderscheid dat is gemaakt. Die reden is immers niet meer dan de stelling dat deze aspecten ook in decentrale regelgeving kunnen worden geregeld. Een draagkrachtige onderbouwing voor het gemaakte onderscheid ontbreekt ten onrechte in de toelichting op de Aanvullingswet bodem.

6.3. *De 'vervuiler betaalt' (niet meer)*

Onder het regime van de Aanvullingswet bodem kan bij een toevalsvondst uitsluitend de eigenaar (of erfpachter) van het verontreinigde terrein aangesproken worden om de verontreiniging weg te nemen. Het principe van 'de vervuiler betaalt' wordt dus nadrukkelijk verlaten.

De Afdeling heeft geadviseerd om in het instrument voor toevalsvondsten de mogelijkheid op te nemen om de veroorzaker van de verontreiniging aan te spreken. De Afdeling is tot deze conclusie gekomen na een beoordeling van de Aanvullingswet bodem aan de hand van het uitgangspunt van gelijkwaardige bescherming (pijler 3), onder meer in relatie tot de decentrale bestuurlijke afwegingsruimte die uitgangspunt is in de Omgevingswet. De Afdeling is bij haar beoordeling ook nagegaan of in voldoende mate is voorzien in materiële en/of procedurele waarborgen voor een zorgvuldig gebruik van de grote

bestuurlijke afwegingsruimte zoals voorzien in de Omgevingswet.

Wij zijn van mening dat het principe dat de 'vervuiler betaalt' in de Aanvullingswet bodem moet worden gehandhaafd en leidend moet blijven bij de vraag welke partij de kosten van verontreiniging dient te dragen. Als hiervan wordt afgestapt, ontstaat het risico dat niet de vervuiler de kosten betaalt, maar de eigenaar (die in veel gevallen niet de veroorzaker zal zijn) van het verontreinigde perceel. Bovendien schuilt in deze benadering een risico dat de kosten worden afgewenteld op de samenleving, in gevallen waarin de overheid voor de kosten opdraait. Dat dit een reëel risico is, wordt ondersteund door het uitgangspunt in de Aanvullingswet bodem dat de overheid (en niet de vervuiler) ook financieel verantwoordelijk wordt voor het verbeteren van grondwaterkwaliteit.²⁵ In de memorie van toelichting is aangegeven dat de keuze om de veroorzaker buiten schot te laten is gemaakt vanuit de noodzaak om over een slagvaardig instrument te beschikken. De veroorzaker van historische verontreinigingen is bijvoorbeeld vaak niet meer te vinden.²⁶

In een nader rapport van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 16 januari 2018 waarin is gereageerd op het advies van de Afdeling, is aangegeven dat met deze regeling bewust degene die het in zijn macht heeft om op te treden, de maatregelen moet treffen. De staatssecretaris geeft tevens aan dat het niet waarschijnlijk is dat het in gevallen van toevalsvondsten om omvangrijke kosten zal gaan. Wij zijn van mening dat de aangedragen redenen geen rechtvaardiging vormen voor de keuze om dan maar alle mogelijke risico's, inclusief de kosten en ongeacht de hoogte hiervan, op de eigenaar of op de samenleving af te wentelen. Het probleem dat de veroorzaker van een verontreiniging geen maatregelen zal of kan treffen, mag immers niet het probleem van eigenaren (die geen veroorzaker zijn) worden.

Gelet op het voorgaande zou als uitgangspunt moeten gelden dat de veroorzaker van de verontreiniging primair aangesproken wordt. Dit betekent dus dat op dit punt het regime onder de Wet bodembescherming veel beter past. Sinds 2006 geldt een saneringsplicht voor eigenaren en erfpachters op grond van artikel 55b Wet bodembescherming. Desalniettemin blijft de hoofdregel dat het saneringsbevel als bedoeld in artikel 43 Wet bodembescherming bij voorkeur wordt gegeven aan de veroorzaker van de verontreiniging; voor het achterhalen van de veroorzaker geldt voor het bevoegd gezag een inspanningsverplichting.²⁷ Het huidige voorstel in de Aanvullingswet bodem biedt veroorzakers van historische verontreinigingen een makkelijke uitweg; door zich tijdig te ontdoen van het door hen verontreinigde terrein kunnen zij ontkomen aan het treffen van maatregelen. De voorgestelde regeling doet op dit punt dus ook geen recht aan het principe dat 'de vervuiler betaalt', maar zou eerder kunnen aanmoedigen tot het doelbewust vervuilen en achterlaten van grond. Dit kan niet de bedoeling zijn.

25. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 5, par. 3.

26. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, par. 3.3.3.

27. Kamerstukken II 1991/92, 21556, 5, p. 30-31 en 37.

6.4. Evenredigheid

In het verlengde van de voorgaande constatering, kunnen ook, conform de observaties van de Afdeling,²⁸ kanttekeningen worden geplaatst bij situaties waarin de eigenaar van de verontreinigde locatie, die niet tevens veroorzaker van de verontreiniging is, als gevolg van de toepassing van het instrument voor toevalsvondsten onverwacht met kostbare te nemen maatregelen wordt geconfronteerd. Consequentie van de voorgestelde regeling is dat er voor deze eigenaar niets anders op zit dan zelf op zoek te gaan naar de veroorzaker en de eventueel gemaakte kosten op deze veroorzaker proberen te verhalen met behulp van de mogelijkheden van het civiele recht.

In het algemeen geldt dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een regeling niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met de regeling te dienen doelen.²⁹ In de memorie van toelichting bij de Aanvullingswet bodem is niet ingegaan op de vraag of zich als gevolg van de toepassing van de regeling voor toevalsvondsten, bijvoorbeeld in de hiervoor geschetste situatie, onevenredige gevolgen kunnen voordoen. De Aanvullingswet bodem bevat ook geen voorziening om dergelijke onevenredige gevolgen te mitigeren of te voorkomen. De Afdeling heeft op dit punt geadviseerd om de toelichting op de Aanvullingswet bodem met inachtneming van het voorgaande aan te vullen, en zo nodig in de Aanvullingswet bodem een voorziening op te nemen.

Aanvullend op de constatering van de Afdeling merken wij op dat het verlaten van het principe dat 'de vervuiler betaalt' en het betalen van de mogelijk zeer hoge kosten door de eigenaar (niet-vervuiler) een onrechtvaardigheid met zich brengt die niet alleen met een nadere toelichting op dit onderdeel opgelost kan worden. De Aanvullingswet bodem lijkt op dit punt onvoldoende doordacht dan wel uitgewerkt. Met name als de huidige eigenaar ook aansprakelijkheidsrisico's loopt ten opzichte van eigenaren van buurpercelen, bijvoorbeeld in geval van verontreinigd grondwater. Het kan niet zo zijn dat de veroorzaker van de verontreiniging volledig buiten schot blijft na eigendomsoverdracht, en de nieuwe eigenaar mogelijk ten volle wordt geconfronteerd met de gevolgen van een bodemverontreiniging die niet door hem is veroorzaakt. Van evenredigheid is onder deze omstandigheden geen sprake.

In het eerdergenoemde rapport van de staatssecretaris waarin is gereageerd op het advies van de Afdeling, is aangegeven dat van een eigenaar (niet-vervuiler) slechts mag worden verwacht dat hij maatregelen neemt die 'redelijkerwijs van hem kunnen worden verlangd'. Dit volgt mede uit het algemene bestuursrecht. Wij zijn van oordeel dat deze (vage) elementen in de (formele) wetgeving terecht zullen moeten komen en op een duidelijke manier

zullen moeten worden geformuleerd en uitgewerkt. Alleen dan zal duidelijk zijn hoe de verdeling van risico's tussen een voormalige eigenaar en een nieuwe eigenaar zal zijn na overdracht van vervuilde grond. Bovendien is het van groot belang dat er voldoende waarborgen worden ingericht om ervoor te zorgen dat hier in de praktijk daadwerkelijk naar gehandeld wordt. Dergelijke waarborgen ontbreken thans volledig.

6.5. Rechtsongelijkheid

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de keuze is gemaakt voor het verruimen van de bestuurlijke afweging van het bevoegd gezag. Hiertoe worden ruime bevoegdheden toegekend aan (decentrale) bestuursorganen. De taken voor de fysieke leefomgeving liggen in beginsel bij de gemeenten. Het uitgangspunt hierbij is 'decentraal, tenzij'. Bij het beheer van verontreinigingen is het volgens de memorie van toelichting van groot belang dat rekening wordt gehouden met specifieke lokale omstandigheden. Om die reden dient een grote mate van beleidsvrijheid te gelden voor lagere overheden.³⁰ Het voorgaande geldt overigens voor de Omgevingswet als geheel en niet slechts voor de Aanvullingswet bodem.

Terwijl de Wet bodembescherming bepalingen bevat over het informeren van andere betrokken overheden, zal de Omgevingswet geen bepalingen bevatten die afstemming tussen betrokken overheden verplicht. In de memorie van toelichting wordt ervan uitgegaan dat decentrale overheden in de praktijk goed overleg met elkaar voeren, waardoor een wettelijke plicht hiertoe overbodig zou zijn.³¹ Van decentrale overheden wordt verwacht dat zij de afstemming met andere overheden zelf (kunnen) vormgeven.³²

De afwegingsruimte heeft met name betrekking op gevallen waarin de kwaliteit van de bodem tussen de maximale waarde en de voorkeurswaarde ligt. Bij de maximale waarde zijn de risico's onaanvaardbaar en is een activiteit als bouwen of het toepassen van grond niet toegestaan. De voorkeurswaarde is de waarde waarbij de bodem duurzaam geschikt is en onbelemmerd kan worden gebruikt.³³ In alle gevallen waarin de waarden die hiertussen liggen, hebben decentrale overheden, voornamelijk gemeenten, veel vrijheid bij de uitoefening van hun taken en de toepassing van hun bevoegdheden. Er kan dan zelfstandig een afweging worden gemaakt of al dan niet maatregelen nodig zijn.

Hoewel veel bestuurlijke afwegingsruimte als voordeel kan hebben dat kan worden aangesloten bij de plaatselijke omstandigheden, schuilt hierbij wel het risico dat rechtsongelijkheid optreedt. De kans bestaat dat de wijze waarop verschillende gemeenten de bodembeschermingsregelgeving in de praktijk zullen gaan toepassen, ver uit elkaar komen te liggen. Indien de verschillen in de prak-

28. Advies Afdeling, par. 5c.

29. Aanwijzing 15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Deze aanwijzing correspondeert met artikel 3:4 lid 2 Awb.

30. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, par. 2.3.2.

31. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, par. 2.3.2.

32. Dit uitgangspunt is neergelegd in artikel 2.2 Omgevingswet.

33. *Kamerstukken II* 2017/18, 34864, 3, par. 3.3.2.

tijk groot blijken te zijn, gaat dit ten koste van de rechtsgelijkheid. De Afdeling stelt bovendien, en terecht, dat mede gelet op het uitgangspunt 'decentraal, tenzij', het gebruik van termen die afwijken van de in de Wet bodembescherming gebruikte terminologie het 'uiterst lastig' maakt om te beoordelen of met het nieuwe normenstelsel hetzelfde beschermingsniveau kan worden bereikt als onder de huidige wetgeving het geval is. Het is dus zaak om in de uitvoeringsregelgeving nader te duiden welke normen van toepassing zijn, tot wie de norm zich richt en wat de lokale afwegingsruimte is.³⁴ Ook op dit punt dient een verbeteringslag in de Aanvullingswet bodem te worden gemaakt.

6.6. Capaciteit en expertise

Het voorgaande klemt temeer nu de vraag kan worden gesteld of decentrale overheden wel beschikken over voldoende capaciteit en expertise om de aan hen opgedragen taken uit te voeren. Goed bodembeheer vereist veel technische kennis, bijvoorbeeld over de bodem zelf en over chemie. Ook moeten de risico's voor de gezondheid en milieu van bodemverontreinigingen worden ingeschat. Gemeenten kunnen straks onder de Aanvullingswet bodem zelf die afweging maken en geen of minder ingrijpende maatregelen opleggen als is gebleken dat geen sprake is van 'onaanvaardbare risico's voor de gezondheid bij een activiteit'.³⁵ Onder het nieuwe regime zal specialistische kennis dus noodzakelijker zijn dan thans het geval is. Het is nog maar de vraag of gemeenten (voldoende) deskundige ambtenaren in huis hebben die dit soort afwegingen kunnen maken. In sommige gevallen zal het overduidelijk zijn wat de gepaste manier van handelen is, maar met name in grensgevallen – waarin zich mogelijk beperkte risico's voordoen – kan het lastig zijn om te bepalen welke weg moet worden ingeslagen.³⁶ Bovendien blijkt niet dat onderzocht is of gemeenten extra middelen nodig hebben om de vereiste expertise in huis te halen.

In het eerder aangehaalde rapport van de staatssecretaris wordt gesteld dat het principe 'decentraal, tenzij' en het uitgangspunt van het behouden van een gelijkwaardig beschermingsniveau elkaar niet uitsluiten. Onzes inziens is het, gelet op hetgeen wij hiervoor bespraken, desondanks zinvol om de verruiming van de bestuurlijke afwegingsruimte nogmaals te beoordelen en bij voorkeur te beperken door ook op dit punt waar mogelijk algemene regels te stellen. De aandachtspunten die wij hebben gesignaleerd met betrekking tot de keuze voor 'decentraal, tenzij' zouden in dit oordeel moeten worden betrokken.

6.7. Zorgplichten

Zorgplichten spelen, zoals uiteengezet in paragraaf 4.6, een grote rol in het nieuwe stelsel van het omgevingsrecht. Hoewel in de memorie van toelichting is aangegeven dat het bereik van de nieuwe zorgplichten hetzelfde zal blijven als onder het huidige regime, kan worden gewezen

op een verschil tussen de huidige en de nieuwe zorgplicht dat ertoe zou kunnen leiden dat geen gelijkwaardig beschermingsniveau wordt bereikt. Onder het nieuwe regime zal er een vangnetbepaling in de Invoeringswet Omgevingswet worden neergelegd waarin een zorgplicht wordt neergelegd voor activiteiten die niet onder het ontwerpbesluit Activiteiten leefomgeving³⁷ vallen en waarvoor ook decentraal geen bodembeschermende regels zijn gesteld, maar die wel significant zijn.³⁸ Nu onder de zorgplicht uit de Wet bodembescherming vrijwel alle handelingen die nadelig kunnen zijn voor de bodem vallen en die vrijwel elke verontreiniging betreffen, kan de vraag worden gesteld of het beschermingsniveau met de nieuwe regelgeving niet lager komt te liggen, aangezien daar de 'significantie-eis' wordt gesteld in de vangnetbepaling.³⁹ Als het beschermingsniveau in de Aanvullingswet bodem op dit punt inderdaad lager wordt, wordt afbreuk gedaan aan een van de belangrijkste uitgangspunten van de Omgevingswet.

De staatssecretaris verwijst in zijn reactie naar het overzicht in de memorie van toelichting, waarin de verschillende zorgplichten die onder het regime van de Omgevingswet gaan gelden zijn opgenomen. Dit overzicht roept bij ons de vraag op of met de nieuwe verschillende zorgplichten wel daadwerkelijk winst wordt bereikt ten opzichte van de algemene zorgplicht uit artikel 13 Wet bodembescherming. Onzes inziens gaat het uitbreiden van het aantal zorgplichtbepalingen in ieder geval ten koste van de beoogde overzichtelijkheid.

7. Conclusie

Dat er veel gaat veranderen onder het nieuwe regime van de Omgevingswet staat buiten kijf. Dit geldt ook voor de regulering van bodembescherming. Wij zijn voorstander van het idee dat de bodembeschermingsregelgeving wordt neergelegd in één wettelijk stelsel. Met de komst van de Aanvullingswet bodem zal de huidige versnippering van bodemgerelateerde regelgeving vergaand worden geüniformeerd en inzichtelijk worden gebundeld.

Wij constateren echter ook dat er diverse punten zijn waarvan de regeling in de Aanvullingswet bodem moet worden aangescherpt dan wel die bij voorkeur in zijn geheel niet hierin terug zou moeten komen. Zo zijn wij ingegaan op de regelingen voor historische verontreinigingen en toevalsvondsten. Onduidelijk is waarom de regeling voor toevalsvondsten uitsluitend geldt bij onaanvaardbare gezondheidsrisico's. Onzes inziens is op dit punt de regeling van de Wet bodembescherming passender; ook gevaren voor het milieu (plant of dier) of voor verspreiding van verontreiniging zouden onder de Aanvullingswet bodem reden moeten zijn voor onmiddellijke bodemsanering. Daarnaast hebben wij gewezen op het risico dat de daadwerkelijke veroorzaker van een verontreiniging volledig buiten schot blijft onder de toekomstige

34. Advies Afdeling, par. 4c.

35. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, par. 6.

36. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 5, par. 2.

37. Ontwerpbesluit Activiteiten leefomgeving, juni 2017.

38. Kamerstukken II 2017/18, 34864, 3, par. 3.3.1.1.

39. Zie in dit kader ook het Advies van de Afdeling, par. 4b.

regeling, en dat de eigenaar (niet-veroorzaker) of de samenleving opdraait voor de saneringskosten bij een toevalsvondst. Ook op dit punt zijn wij van mening dat het bestaande principe dat 'de vervuiler betaalt' onder de Wet bodembescherming passender is en dus gehandhaafd zou moeten worden in de Aanvullingswet bodem. Bovendien is de mogelijke onevenredigheid die kan optreden indien een niet-vervuiler geconfronteerd wordt met de mogelijk hoge kosten bij een verontreiniging een niet te verwaarlozen risico onder de voorgestelde regeling.

Voor wat betreft de grote bestuurlijke vrijheid die gemeenten wordt gelaten onder de Aanvullingswet bodem hebben wij opgemerkt dat een potentieel risico is dat rechtsongelijkheid wordt gecreëerd, mede gelet op de vraag of gemeenten wel voldoende capaciteit en expertise in huis hebben om bij de uitvoering van de Aanvullingswet bodem goed beslagen ten ijs te komen. Wij betwijfelen dit. Tot slot zijn wij ingegaan op het verschil tussen de huidige zorgplicht en de nieuwe zorgplicht onder de Aanvullingswet bodem. Nu de zorgplicht uit de Wet bodembescherming op vrijwel alle mogelijk nadelige handelingen voor de bodem ziet, en in de voorgestelde zorgplicht een 'significantie-eis' wordt gesteld, betwijfelen wij of een gelijkwaardig beschermingsniveau wordt gehaald.

Wij zijn kortom van mening dat de besproken verbeterpunten heroverwogen dienen te worden. Indien de voorliggende Aanvullingswet bodem gehandhaafd wordt, wordt op diverse punten afbreuk gedaan aan de uitgangspunten uit de Omgevingswet van een gelijkwaardig beschermingsniveau van de gezondheid, de veiligheid, de omgevingskwaliteit, en de rechtsbescherming.