

Jurisprudentie – II. Milieurecht

TBR 2023/104

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 7 juni 2023, No. 202204254/1/R1, ECLI:NL:RVS:2023:2221 (Zorgplicht bodemverontreiniging Perkpolder)

(Mr. A. ten Veen, mr. G.T.M. Jurgens en mr. C.H. Bangma)

Wbb: art. 13; Bbk: art. 7

Bodembescherming, zorgplicht.

Met gastnoot J.J. Akkerman en F. Kelder, Red.¹

Overwegingen Inleiding

1. In het kader van het project ‘Natuurcompensatie Perkpolder’ heeft Van Oord Nederland B.V. in opdracht van de Staat nieuwe primaire waterkeringen in de Perkpolder aangelegd, zodat 75 ha nieuwe natuur buitendijks kon worden gerealiseerd. Deze werkzaamheden hebben in de periode 2014-2015 plaatsgevonden. Daarbij heeft Van Oord Nederland B.V. in de kern van de nieuwe zeedijken 275.000 m³ TGG toegepast, als alternatief voor zand.

2. Het college heeft het verzoek van [appellant sub 2] en anderen om handhavend op te treden tegen de toepassing van TGG bij de aanleg van de nieuwe zeedijken in de Perkpolder in de periode 2014-2015, gedeeltelijk toegewezen. Het college heeft aan het primaire besluit van 25 november 2021 ten grondslag gelegd dat de zorgplicht, zoals die is neergelegd in artikel 13 van de Wet bodembescherming (hierna: Wbb) en artikel 7 van het Besluit bodemkwaliteit (hierna: Bbk), bij de toepassing van TGG is geschonden. Het college heeft hierin aanleiding gevonden om de Staat en de staatssecretaris een last onder dwangsom op te leggen.

Volgens de last dienen de Staat en de staatssecretaris vóór 1 juli 2022 bij het college en het college van gedeputeerde staten van Zeeland een plan van aanpak in te dienen met concrete maatregelen om de verontreiniging van de bodem en de directe gevolgen daarvan als gevolg van de toepassing van de TGG in de zeedijken te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken en de nadelige gevolgen voor het oppervlaktewaterlichaam binnendijks zoveel mogelijk te beperken. Het bedrag van de

dwangsom is daarbij bepaald op een bedrag van € 5.000.000,00 ineens.

3. Bij besluit van 14 juni 2022 heeft het college het bezwaar van de staatssecretaris niet-ontvankelijk verklaard en het bezwaar van de Staat en van [appellant sub 2] en anderen ongegrond verklaard, met verbetering van de motivering ten aanzien van de hoogte van de dwangsom.

4. Tegen dat besluit hebben de Staat en anderen en [appellant sub 2] en anderen beroep ingesteld. Die beroepen liggen in deze procedure voor.

Stichting Schone Polder heeft volgens haar statuten tot doel het herstel, het behoud en de bescherming van de westelijke Perkpolder. Zij is derde-belanghebbende in deze procedure en pleit voor handhaving van de last onder dwangsom. Zij wenst dat het beroep van de Staat en anderen en van [appellant sub 2] en anderen ongegrond wordt verklaard.

Wettelijk kader

5. De relevante wettelijke bepalingen zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. Deze bijlage maakt deel uit van de uitspraak.

Behandeling van de beroepen Formele aspecten

6. Het college stelt zich op het standpunt dat de nadere reactie die [appellant sub 2] en anderen na afloop van de zitting op 19 januari 2023 aan de Afdeling hebben gestuurd, zich niet beperkt tot een reactie op basis van informatie die zij hebben verkregen uit hun Wob-verzoek. Hierbij wijzen zij op het rapport ‘Bijzondere parameters in grond’ van februari 2006 van TNO (hierna: het TNO-rapport), de nota van toelichting bij het Bbk, het rapport ‘Analyse TGG Perkpolder’ van 27 mei 2016 van Deltares (hierna: het Deltares-rapport), e-mails van Rijkswaterstaat, waaronder de e-mail over het document ‘065 TAG’ en de conclusie van antwoord in de civielrechtelijke procedure die door [appellant sub 2] en anderen is aangespannen tegen de Staat. De nadere reactie kan daarom volgens het college niet in de voorliggende procedure betrokken worden.

6.1. De Afdeling stelt voorop dat slechts stukken die ten tijde van de zitting op 19 januari 2023 nog niet bekend waren bij [appellant sub 2] en anderen en die zij op basis van hun Wob-verzoek toegestuurd hebben gekregen, in de voorliggende procedure betrokken kunnen

¹ Jet Akkerman en Felix Kelder zijn advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

worden. Stukken zoals het TNO-rapport en het Deltares-rapport hadden naar het oordeel van de Afdeling al voorafgaand aan het Wob-verzoek bekend kunnen zijn bij [appellant sub 2] en anderen en hadden daarom al eerder in het beroepschrift betrokken kunnen worden. De nota van toelichting bij het Bbk is bovendien een bestaand openbaar stuk dat al bekend was of al bekend had kunnen zijn. Daarnaast is de conclusie van antwoord van de Staat niet bekend geworden bij [appellant sub 2] en anderen op basis van hun Wob-verzoek. De Afdeling zal daarom hierna alleen de e-mails van Rijkswaterstaat betrekken bij haar oordeel.

Ontvankelijkheid bezwaar staatssecretaris

7. De Staat en anderen betogen dat het bezwaar van de staatssecretaris ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard.

7.1. De Afdeling stelt vast dat het besluit van 25 november 2021 is gericht aan de Staat der Nederlanden, ter attentie van de staatssecretaris. Verder stelt de Afdeling vast dat in de aanhef van het besluit 'Geachte staatssecretaris' staat. Daarnaast staat in de last: 'Op grond van het bovenstaande besluiten wij om u de last op te leggen om vóór 1 juli 2022 bij ons en het college van GS van Zeeland een plan van aanpak in te dienen.' Anders dan het college in het besluit op bezwaar heeft gesteld, kan hieruit naar het oordeel van de Afdeling niet worden opgemaakt dat het besluit niet gericht was aan de staatssecretaris, maar enkel aan de Staat.

Gelet op het voorgaande heeft het college het bezwaar van de staatssecretaris ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Omdat inmiddels duidelijk is dat beoogd is de last op te leggen aan de Staat, zal de Afdeling hierna de Staat aanduiden als degene aan wie de last is gericht.

Het betoog slaagt.

Overtreding artikelen 63 en 35 Bbk

8. Appellant sub 2 en anderen betogen dat de zeedijken in strijd met artikel 63, in samenhang gelezen met artikel 35, van het Bbk zijn aangelegd, omdat de toegepaste grond niet voldoet aan de industrieklasse. Om die reden wordt volgens hen niet toegekomen aan de overtreding van de bepalingen in de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk.

8.1. Appellant sub 2 en anderen hebben zich na het besluit op bezwaar van 14 juni 2022 op de artikelen 35 en 63 van het Bbk beroepen. De Afdeling overweegt dat de reikwijdte van een handhavingsverzoek na het primaire besluit niet meer kan worden uitgebreid (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3012, onder 9). De inhoud van het verzoek is bepalend voor de omvang van het geding. Het handhavingsverzoek van 8 juli 2021 had enkel en expliciet betrekking op handhaving wegens schending van de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk.

[appellant sub 2] en anderen hebben dan ook niet verzocht om handhavend op te treden wegens overtreding van artikel 63 en artikel 35 van het Bbk. In het primaire besluit is daarover ook geen beslissing genomen. Gelet hierop komt geen betekenis toe aan wat [appellant sub 2] en anderen over artikel 63 en artikel 35 van het Bbk in beroep hebben gesteld.

Het betoog slaagt niet.

9. De Afdeling zal hierna beoordelen of sprake is van een overtreding van de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk.

Is er sprake van een overtreding?

10. De Staat en anderen voeren aan dat het college niet bevoegd was handhavend op te treden, omdat volgens hen geen sprake was van een overtreding van de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk. Zij stellen voldoende invulling te hebben gegeven aan de in die artikelen vervatte zorgplichten. Verder stellen de Staat en anderen dat zij ten tijde van de toepassing van de TGG in de zeedijken niet wisten en redelijkerwijs niet hadden kunnen vermoeden dat toepassing van TGG tot verontreiniging zou kunnen leiden.

De Staat en anderen voeren verder aan dat de last onder dwangsom in ieder geval ten onrechte betrekking heeft op de Koppeldijk. Uit alle tot op heden uitgevoerde onderzoeken volgt volgens hen dat de in de Koppeldijk toegepaste TGG geen nieuwe verontreiniging veroorzaakt en/of verspreidingsrisico's met zich brengt. Het college is daarbij volgens de Staat en anderen voorbij gegaan aan het feit dat de Koppeldijk 7 jaar geleden is aangelegd en volgens hen is er inmiddels bewijs van de effecten van TGG op het omliggende milieu. Ook heeft het college de omstandigheid dat de TGG in de Koppeldijk ruim 4 m boven het grondwaterniveau ligt volgens de Staat en anderen ten onrechte niet in de besluitvorming betrokken. Daarnaast zal de monitoring in en bij de Koppeldijk op grond van het plan van aanpak doorgaan, aldus de Staat en anderen.

10.1. Het college stelt zich in het besluit op bezwaar van 14 juni 2022 op het standpunt dat het enkele feit dat de TGG onder productcertificaat is geleverd, geen dwingend bewijs oplevert dat degene die de grond toepaste niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door de toepassing van de TGG de bodem en het oppervlaktewaterlichaam verontreinigd konden worden. Het sluit niet uit dat uit ander bewijs die wetenschap of dat vermoeden wel kan volgen. De Staat had volgens het college op zijn minst redelijkerwijs kunnen vermoeden dat de TGG die werd toegepast teerhoudend asfaltgranulaat (hierna: TAG) kon bevatten. De Staat had volgens het college ook kunnen weten dat er twijfels bestaan over de geschiktheid van het bestaande normenkader voor het beoordelen van de verontreinigingen in TAG. In het besluit is in dit verband verwezen naar

het document 'HWBP Kansenscan kennis en innovatie 2015', waarin wordt opgemerkt dat er nog te veel risico's zijn om TGG als dijkmateriaal toe te passen. De stelling van de Staat en anderen dat de passage niet ziet op de milieuhygiënische risico's maar uitsluitend op civieltechnische risico's, klopt volgens het college niet, omdat in de samenvatting van het document wordt gesproken over 'risico's [...] ten aanzien van de functionaliteit en het gedrag van TGG'. Dat duidt er volgens het college op dat het niet uitsluitend over civieltechnische, maar ook over milieuhygiënische risico's gaat. Uit de in het bestreden besluit genoemde rapporten blijkt verder dat zich verontreiniging van het grondwater en oppervlaktewater heeft voorgedaan, zodat volgens het college de zorgplichten van artikel 13 Wbb en artikel 7 Bbk gelden.

Op de zitting heeft het college het standpunt ingenomen dat de Staat redelijkerwijs niet had kunnen vermoeden dat toepassing van TGG kon leiden tot bodemverontreiniging. Maar ook als de Staat voorafgaand aan de toepassing niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat toepassing tot verontreiniging kon leiden, gelden deze zorgplichten volgens het college. Hierbij wijst het college op de uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167.

Het college stelt zich verder op het standpunt dat het toepassen van TGG in de Koppeldijk niet los kan worden gezien van het toepassen van TGG bij de aanleg van de overige dijken in de Perkpolder. De aanleg en ophoging van de dijken in de Perkpolder is volgens het college één project waarvoor één opdracht is verstrekt aan de aannemer. Volgens het college staat vast dat de TGG die is toegepast in de kern van de dijken, waaronder de Koppeldijk, verontreinigingen bevat die zich door uitlozing kunnen verspreiden naar de bodem en het oppervlaktewater. Die verontreinigingen hebben zich volgens het college ook voorgedaan. Hoewel die verontreiniging nog niet in de nabijheid van de Koppeldijk heeft plaatsgevonden, laat dat volgens het college onverlet dat de zorgplichten van artikel 13 Wbb en artikel 7 Bbk ook van toepassing zijn op de situatie bij de Koppeldijk.

10.2. Over het betoog van de Staat en anderen dat artikel 13 van de Wbb niet is overtreden, overweegt de Afdeling als volgt.

10.3. Artikel 13 van de Wbb ziet alleen op verontreiniging die het gevolg is van een handeling als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb. De Staat kan dus alleen artikel 13 van de Wbb hebben overtreden als het aanleggen van een dijk ook onder één van de handelingen valt als genoemd in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb. De Afdeling stelt vast en tussen partijen is ook niet in geschil dat het aanleggen van de nieuwe zeedijken met TGG een handeling is als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb en dus een handeling waarop artikel 13 van de Wbb betrekking heeft.

10.4. Artikel 13 Wbb bepaalt dat ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door de handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om 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 zoveel mogelijk ongedaan te maken. De normadressaat van alle verplichtingen die artikel 13 Wbb bevat is degene die de aangeduide handelingen verricht én die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast. Degene die de desbetreffende handelingen verricht moet dus ten tijde van het verrichten daarvan de wetenschap of het redelijke vermoeden van - de mogelijkheid van - bodemverontreiniging of -aantasting hebben. Artikel 13 Wbb bevat voor deze normadressaat twee soorten verplichtingen, namelijk 1) het nemen van maatregelen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om die verontreiniging of aantasting te voorkomen en 2) het beperken van de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan en deze zoveel mogelijk ongedaan maken indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet. Artikel 13 Wbb kan dus, zoals de Afdeling in haar uitspraak van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167, heeft overwogen, ook worden overtreden als er, wanneer de verontreiniging zich eenmaal voordoet, niet alle maatregelen worden genomen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Maar die verplichting geldt alleen voor degene die normadressaat is van artikel 13 Wbb. Dat betekent dat voor beantwoording van de vraag of artikel 13 Wbb is overtreden, van belang is of de Staat ten tijde van het toepassen van de TGG wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die toepassing verontreiniging kon ontstaan. Die vraag zal de Afdeling hierna beantwoorden.

10.5. De Afdeling stelt vast dat de Staat in 2014 is begonnen met de aanleg van de dijken. Op de zitting is onweersproken gesteld dat de laatste TGG eind 2014 is toegepast. In 2016 ontstond het vermoeden van verontreiniging. Dat is voor Rijkswaterstaat aanleiding geweest om een aantal onderzoeken te laten uitvoeren. Allereerst heeft Rijkswaterstaat opdracht gegeven aan Deltares om onderzoek te doen naar de toepassing van TGG in de zeedijken. In het Deltares-rapport wordt geadviseerd om TGG en TAG niet toe te passen in waterkeringen. Verder adviseert Deltares om het grondwater en het oppervlaktewater te monitoren om inzicht te krijgen in de uitlozing en de verspreiding ervan. Dat rapport is voor Rijkswaterstaat aanleiding geweest om een vervolgonder-

zoek te laten doen door Deltares naar de effecten van de aanwezigheid van TGG in de dijken. Verder heeft Rijkswaterstaat aan het RIVM opdracht verleend om onderzoek te doen naar de risico's van de aanwezigheid van de TGG voor de gezondheid van de mens. Dit heeft geresulteerd in het rapport 'Risicobeoordeling van het gebruik van thermisch gereinigde grond in Perkpolder (Zeeland)' van 12 juni 2018. Hierin wordt onder meer geconcludeerd dat gezondheidsrisico's als gevolg van blootstelling aan de TGG tijdens en na de werkzaamheden kunnen worden uitgesloten. In opdracht van Rijkswaterstaat heeft Deltares onderzoek gedaan naar de effecten van de aanwezigheid van de TGG voor de bodem en het oppervlaktewater. Hiervoor is het rapport 'Onderzoek naar effecten aanwezigheid van TGG in dijken van de Perkpolder' van Deltares van 19 april 2019 opgesteld. Volgens Deltares is het niet te verwachten dat stoffen afkomstig uit de in de zeedijk Perkpolder toegepaste TGG in het zoete grondwater in het landbouwgebied terecht komen. Er zijn bovendien geen acute milieuhygiënische risico's door Deltares geconstateerd. Verder is in 2020 in opdracht van Rijkswaterstaat een meerjarig monitoringsprogramma gestart waarin de waterbodem van de kwelsloot, het grondwater in de directe omgeving van de dijk, de grasbekleding en het oppervlaktewater periodiek worden gemonitord door Deltares. Op 27 januari 2021 heeft Deltares in de jaarrapportage 2020 verslag gedaan van de bevindingen op basis van de analyse van de monsters die in 2020 zijn genomen. Geconcludeerd is dat de TGG geschikt is als ophoogmateriaal voor de dijk en de sterkte niet negatief wordt beïnvloed. De aanwezigheid van TGG in de dijk leidt wel tot uitloging van (verontreinigende) stoffen naar het grondwater direct onder de dijk en naar de kwelsloot direct achter de dijk. De geconstateerde uitloging is beperkt en daarom niet of nauwelijks van invloed op de waterkwaliteit in de kwelsloot.

Om 'voor te sorteren' op vervolgstappen die eventueel nodig zijn in verband met de aanwezigheid van TGG heeft Rijkswaterstaat aan RoyalHaskoningDHV opdracht gegeven een zogenoemd milieurendementsonderzoek uit te voeren naar mogelijk te treffen maatregelen. Dat heeft geresulteerd in het rapport 'Milieurendementsonderzoek TGG Perkpolder, conceptueel model verontreinigingssituatie' van RoyalHaskoningDHV van 27 juli 2021. Vervolgens heeft het RIVM in 2021 het rapport 'Verkenning voor aanvullend onderzoek naar de toepassing van TGG te Perkpolder (Zeeland)' opgesteld. Het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat heeft het RIVM gevraagd om de normen en de onderzoeksmethode voor TGG te evalueren. Dat heeft geresulteerd in het rapport 'Toepassing van thermisch gereinigde grond. Een evaluatie en opties voor een toepassingskader' van het RIVM van 2021. Op 3 mei 2022 is tot slot de jaarrapportage 2021 van Deltares gepubliceerd.

10.6. De Afdeling is van oordeel dat de Staat in beginsel niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat de bodem door het aanleggen van de zeedijken met TGG kon worden verontreinigd. Daarbij is van belang dat voor de TGG een certificaat is afgegeven (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167, onder 8.2.4). Het is aan het college om aan te tonen dat de Staat desondanks wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die toepassing verontreiniging kon optreden. De Afdeling stelt vast dat de Staat ten tijde van de toepassing met TGG niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat de bodem door die toepassing kan worden verontreinigd of aangetast. De enkele verwijzing van het college in het besluit van 25 november 2021 naar het document 'HWBP Kansenscan kennis en innovatie 2015', waarin wordt opgemerkt dat er nog te veel risico's zijn om TGG als dijkmateriaal toe te passen, is hiervoor niet voldoende. Dit document is immers pas na de toepassing gepubliceerd en ook is niet gebleken dat de Staat voorafgaand aan de publicatie van dit document kennis hiervan droeg. De Afdeling volgt ook niet het betoog van [appellant sub 2] en anderen dat uit de e-mail van Rijkswaterstaat van 28 juli 2014 over het document '065 TAG' volgt dat de Staat ten tijde van de toepassing wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat verontreiniging kon ontstaan. In het bedoelde document staat: 'Helpdesk Water 4 augustus 2014: wat is de ervaring met de toepassing van thermisch gereinigde grond als materiaal voor opbouw dijk kern/binnenberm? Het oorspronkelijke materiaal bestaat uit een mengsel van verontreinigde grond en teerhoudend asfaltgranulaat.' Hierbij betreft de Afdeling de toelichting van de Staat dat het bijmengen van TAG bij de productie van TGG sinds 2008 op grond van het 'SIKB Protocol 7510' is toegestaan.

Op de zitting heeft het college het standpunt ingenomen dat bij nader inzien de Staat redelijkerwijs niet had kunnen vermoeden dat toepassing van TGG kon leiden tot bodemverontreiniging. Daaraan heeft het college echter niet de conclusie verbonden dat de Staat dan niet als overtreder van artikel 13 Wbb zou kunnen worden aangemerkt. Maar uit wat onder 10.4 is overwogen volgt dat als de Staat niet wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door de aanleg van de zeedijken met TGG verontreiniging kon optreden, dan niet kan worden geoordeeld dat de Staat artikel 13 Wbb heeft overtreden (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3012, onder 10.4). Daarom kan niet aan de Staat wegens overtreding van die bepaling de last worden opgelegd om een plan van aanpak in te dienen zoals het college heeft gedaan.

Gelet op het voorgaande heeft het college ten onrechte geconcludeerd dat de Staat artikel 13 van de Wbb heeft overtreden. De betogen slagen in zo-

verre. De Afdeling zal hierna beoordelen of de Staat artikel 7 van het Bbk heeft overtreden.

10.7. Ook voor beantwoording van de vraag of artikel 7 van het Bbk is overtreden, is van belang of de Staat wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat door haar handelen of nalaten nadelige gevolgen voor een oppervlaktewaterlichaam ontstaan of kunnen ontstaan. Onder verwijzing naar wat de Afdeling hiervoor onder 10.6 heeft overwogen, kon de Staat niet weten en had zij ook niet redelijkerwijs kunnen weten dat door haar handelen of nalaten nadelige gevolgen voor een oppervlaktewaterlichaam ontstaan of kunnen ontstaan. De Staat was dan ook niet verplicht om die gevolgen te voorkomen of beperken.

10.8. Gelet op het voorgaande heeft het college ten onrechte geconcludeerd dat de Staat artikel 7 van het Bbk heeft overtreden. Omdat de Staat de artikelen 13 Wbb en 7 Bbk niet heeft overtreden, was het college niet bevoegd om handhavend op te treden. De Afdeling komt daarom niet toe aan de vraag of het college in redelijkheid handhavend kon optreden. De Afdeling komt gelet op het voorgaande ook niet toe aan de vraag of de last onder dwangsom ook betrekking kon hebben op de Koppeldijk.

De betogen slagen ook in zoverre.

Conclusie

11. De beroepen van [appellant sub 2] en anderen en van de Staat en anderen zijn gegrond. Het besluit op bezwaar van 14 juni 2022 moet worden vernietigd wegens strijd met artikel 7:11, eerste lid, van de Awb en artikel 5:32, eerste lid, van de Awb. Gelet hierop hoeft niet meer te worden ingegaan op de andere gronden die in beroep zijn aangevoerd.

12. De Afdeling ziet ook aanleiding om zelf in de zaak te voorzien door het besluit van 25 november 2021 tot oplegging van de last onder dwangsom te herroepen en het verzoek om handhaving af te wijzen en daarbij te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 14 juni 2022.

13. Het voorgaande betekent dat de last onder dwangsom niet langer geldt en dat het handhavingsverzoek definitief is afgewezen. De handhavingsprocedure is met deze uitspraak beëindigd. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Deze uitspraak is relevant voor de uitleg van de uit artikel 13 Wet bodembescherming (Wbb) voortvloeiende zogenaamde repressieve zorgplicht. Kortgezegd houdt deze repressieve zorgplicht in dat een ieder ertoe verplicht is om elke verontreiniging van de bodem en de directe gevolgen daarvan (achteraf) te beperken en zoveel mogelijk onge-

daan te maken (zie bijv. ook ABRvS 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2944, *M en R* 2023/27, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, ABRvS 19 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1527 en ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3224). Een centrale vraag bij de toepassing van de repressieve zorgplicht is of degene die de verontreiniging van de bodem heeft veroorzaakt de wetenschap moet hebben gehad dat zijn handelingen tot deze verontreiniging kon leiden. De toepassing van de repressieve zorgplicht werd eerder, met de uitspraak van 29 april 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:1167), ruim door de Afdeling uitgelegd, waarbij zij oordeelde dat van bovengenoemde wetenschap geen sprake hoeft te zijn om de repressieve zorgplicht te schenden. In deze uitspraak lijkt de Afdeling weer van deze ruime uitleg af lijkt te stappen, welk verschil in uitleg wij in deze annotatie zullen duiden. Ook blikken wij kort vooruit op de zorgplicht voor bodem onder de Omgevingswet.

2. In het kader van het project 'Natuurcompensatie Perkpolder' worden in de periode 2014-2015 in opdracht van de Staat nieuwe primaire waterkeringen - zeedijken - aangelegd. Als alternatief voor zand wordt daarbij in de kern van de zeedijken 275.000 m³ thermisch gereinigde grond (TGG) toegepast. Deze TGG is onder productcertificaat afgegeven en voor het laatst eind 2014 toegepast.

3. In 2016 ontstaat het vermoeden dat het toepassen van TGG in dijken kan leiden tot verontreiniging van grond(water). Dit vermoeden leidt ertoe dat vanaf 2016, onder andere in opdracht van Rijkswaterstaat en het RIVM, verschillende onderzoeken worden uitgevoerd. Op grond van deze onderzoeken wordt vervolgens geadviseerd om TGG niet langer in zeedijken toe te passen. Daarnaast wordt geconcludeerd dat de aanwezigheid van TGG leidt tot uitlozing van verontreinigde stoffen naar het grondwater direct onder de zeedijk en naar de kwelsloot direct achter de dijk.

4. Op verzoek van een aantal inwoners besluit het college van B&W van de gemeente Hulst in 2021 om handhavend op te treden tegen de toepassing van TGG in de zeedijken in de Perkpolder en een last onder dwangsom op te leggen aan de Staat. Deze last verplicht de Staat onder meer om een plan van aanpak in dienen bij het college van B&W en Gedeputeerde Staten van Zeeland met concrete maatregelen om de verontreiniging van de bodem door de toepassing van TGG en de directe gevolgen daarvan zoveel mogelijk ongedaan te maken en daarnaast de nadelige gevolgen voor het oppervlaktewater zoveel mogelijk te beperken. Aan deze last legt het college ten grondslag dat de Staat artikel 13 Wbb heeft geschonden vanwege het toepassen van TGG in de zeedijken. Hoewel de Staat namelijk al verschillende onderzoeken had laten uitvoeren (en daarmee wetenschap van had gekregen dat de TGG leidde tot verontreiniging), had zij geen maatregelen genomen om ontstane verontreiniging te verwijderen dan wel te beperken. In zoverre zou de Staat in strijd met de repressieve zorgplicht hebben gehandeld, aldus het college.

5. De Staat verweert zich hiertegen met de stelling dat zij ten tijde van de toepassing van TGG in de zeedijken

niet wist en ook redelijkerwijs niet had kunnen vermoeden dat de toepassing van TGG tot verontreiniging zou kunnen leiden, waarbij zij onder andere verwijst naar het verkregen productcertificaat. Omdat de Staat deze kennis of dit vermoeden niet had ten tijde van het toepassen van TGG kan zij artikel 13 Wbb niet geschonden hebben, zo luidt dus het argument.

6. Uit deze blijkt dat het college van B&W uiteindelijk in deze stelling van de Staat is meegegaan en tijdens de zitting heeft erkend dat de Staat redelijkerwijs niet heeft kunnen vermoeden dat de toepassing van TGG zou kunnen leiden tot bodemverontreiniging. Volgens het college is voor het handelen in strijd met de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb echter niet vereist dat de Staat een dergelijk vermoeden had ten tijde van de toepassing daarvan, waarbij het college verwijst naar een eerdere uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167.

7. Ook de uitspraak van 29 april 2020 draait om de toepassing van TGG. In deze zaak legt het college van B&W van Bunschoten aan het waterschap Vallei en Veluwe een last onder dwangsom op om de verontreiniging die was ontstaan door het gebruik van TGG voor het verbreden en verstevigen van een bepaalde dijk in Bunschoten, ongedaan te maken. Niet in geschil is dat sprake was van verontreiniging. Tevens staat volgens de Afdeling vast dat het waterschap op het moment dat dat begon met het verbreden en verstevigen van de dijk met TGG niet wist of redelijkerwijs kon vermoeden dat de bodem daardoor kon worden verontreinigd, omdat voor de TGG een productcertificaat was afgegeven. Dit leidt er volgens de Afdeling toe dat het waterschap de preventieve zorgplicht - inhoudend dat een ieder die handelingen verricht zoals bedoeld in de artikelen 6-11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, verplicht is alle maatregelen te nemen om verontreiniging te voorkomen - niet kan hebben overtreden. Het feit dat het waterschap geen wetenschap had (kunnen hebben) van de bodemverontreiniging die het toepassen van TGG kan veroorzaken, is volgens de Afdeling echter irrelevant voor de beantwoording van de vraag of het waterschap de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb heeft geschonden. 'Dit artikel kan namelijk ook worden overtreden als er, wanneer de verontreiniging zich eenmaal voordoet, niet alle maatregelen worden genomen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken'. Aangezien het waterschap ook nadat het vermoeden was ontstaan dat de toepassing van TGG tot bodemverontreiniging zou (kunnen) leiden geen maatregelen had getroffen om de verontreiniging te verwijderen dan wel zo veel mogelijk te beperken, oordeelt de Afdeling in deze zaak dat het waterschap in strijd met artikel 13 Wbb heeft gehandeld (r.o. 8.2.4).

8. De uitspraak van 29 april 2020 lijkt te suggereren dat de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb telkens wordt geschonden als er vervuiling van de bodem is ontstaan door het verrichten van handelingen zoals bedoeld

in de artikelen 6 t/m 11 Wbb en degene die deze verontreiniging heeft veroorzaakt geen maatregelen heeft getroffen om deze verontreiniging te verhelpen of te beperken, ongeacht of degene die de verontreiniging van de bodem heeft veroorzaakt de wetenschap moet hebben gehad dat zijn handelingen tot deze verontreiniging kon leiden. In deze uitspraak kon daarom een uitbreiding van de wettelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 13 Wbb worden gelezen (zie ook annotatie F.C.S. Warendorf, *Men R* 2020/51).

9. Met bovenstaande in het achterhoofd had het college van B&W van de gemeente Hulst de gerechtvaardigde verwachting dat de Afdeling ook in deze zaak zou oordelen dat de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb inderdaad door de Staat is geschonden. Ook in deze zaak stond namelijk niet ter discussie dat (i) sprake was van verontreiniging van de bodem en (ii) de Staat had nagelaten om maatregelen te treffen om de verontreiniging te verwijderen of te beperken. In dit geval beslist de Afdeling echter - overigens zonder nadrukkelijk afstand te nemen van de uitspraak van 29 april 2020 - anders. Volgens de Afdeling is de normadressaat van beide uit artikel 13 Wbb voortvloeiende zorgplichten namelijk 'degene die de aangeduide handelingen verricht én die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast. Dat betekent dat voor de beantwoording van de vraag of artikel 13 Wbb is overtreden, van belang is of de Staat ten tijde van het toepassen van de TGG wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die toepassing verontreiniging kon ontstaan'. Aangezien voor de TGG een productcertificaat was afgegeven, had het college volgens de Afdeling moeten aantonen dat de Staat desondanks wist of kon vermoeden dat de toepassing van TGG tot verontreiniging zou leiden. Zowel uit deze uitspraak als uit de uitspraak van 29 april 2020 blijkt daarom tevens dat een initiatiefnemer in beginsel op een afgegeven productcertificaat mag vertrouwen. Het is vervolgens aan de partij die stelt dat artikel 13 Wbb is geschonden om te bewijzen dat de initiatiefnemer ondanks het afgegeven certificaat toch wist of had kunnen weten dat diens handelingen tot bodemverontreiniging konden leiden. Het college heeft dit echter niet heeft bewezen en bovendien ter zitting het standpunt heeft ingenomen dat de Staat niet redelijkerwijs kon vermoeden dat het toepassen van TGG tot verontreiniging van de bodem zou leiden. De Afdeling komt daardoor tot het oordeel dat de Staat de repressieve zorgplicht uit artikel 13 Wbb niet heeft geschonden.

10. Met bovenstaande uitspraak maakt de Afdeling duidelijk dat voor het schenden van beide uit artikel 13 Wbb voortvloeiende zorgplichten vereist is dat de veroorzaker ook daadwerkelijk kennis had of redelijkerwijs had moeten hebben van het feit dat diens handelingen tot bodemverontreiniging zouden kunnen leiden. Hoewel dit door de Afdeling niet zo wordt benoemd, komt zij hiermee in feite terug op de in de uitspraak van 29 april 2020 gekozen lijn voor de repressieve zorgplicht en het belang van wetenschap in dit verband. Deze correctie is ons inziens enerzijds terecht, omdat de tekst van artikel 13 Wbb zelf noch de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1989/90, 21556, nr. 3)

een aanleiding vormt om de wettelijke aansprakelijkheid op te rekken en initiatiefnemers in beginsel op afgegeven productcertificaten zouden moeten kunnen vertrouwen. Tegelijkertijd zou betoogd kunnen worden dat een initiatiefnemer - zeker wanneer het een bestuursorgaan betreft - ook een zekere verantwoordelijkheid heeft om maatregelen te treffen zodat de verontreiniging in ieder geval zo veel mogelijk beperkt wordt.

11. Wij merken nog op dat de hierboven beschreven correctie van de Afdeling onverlet laat dat het bevoegd gezag - door het leveren van (tegen)bewijs - kan aantonen dat degene die de bodemvervuiling heeft veroorzaakt wel degelijk de wetenschap had dat zijn handelingen hiertoe zouden leiden. Het enkele gegeven dat een initiatiefnemer beschikt over bijvoorbeeld een productcertificaat vrijwaart hem daarom niet van elke aansprakelijkheid op grond van artikel 13 Wbb. Aangezien het college van B&W van Hulst in deze zaak echter nauwelijks had onderbouwd waarom de Staat wel degelijk over deze wetenschap beschikte, biedt deze uitspraak geen verdere aanknopingspunten voor het beantwoorden van de vraag wanneer overtuigend tegenbewijs is geleverd.

12. Ook onder de Omgevingswet blijft de bovengenoemde correctie van de Afdeling relevant. Allereerst blijft op grond van het overgangsrecht artikel 13 Wbb namelijk van toepassing op alle verontreinigingen of aantas-

tingen van de bodem die op of na 1 januari 1987 en voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet zijn veroorzaakt. In hoeverre daarnaast de jurisprudentie met betrekking tot artikel 13 Wbb voor gevallen van verontreiniging die zijn veroorzaakt na 1 januari 2024 relevant blijft, is op dit moment nog onduidelijk. Hoewel de wetgever heeft beoogd artikel 13 Wbb beleidsneutraal om te zetten en het beschermingsniveau gelijkwaardig te houden (*Kamerstukken II 2017/18, 34864, nr. 3, p. 67*), zal de dubbele zorgplicht uit dit artikel worden verdeeld over meerdere instrumenten: de algemene zorgplicht uit de Omgevingswet (artikelen 1.6 en 1.7 Omgevingswet), de specifieke zorgplichten (bijvoorbeeld artikel 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving en artikel 2.6 Besluit bouwwerken leefomgeving) en de mogelijke zorgplicht(en) uit het omgevingsplan. Wij verwachten dat ook voor gevallen na 1 januari 2024 het oordeel van de Afdeling uit deze uitspraak relevant blijft, omdat de Afdeling hierin duidelijk heeft gesteld dat de zorgplicht met betrekking tot de bodem alleen geschonden kan worden als de initiatiefnemer over de kennis of het vermoeden beschikt dat diens handelingen bodemverontreiniging kan veroorzaken. Wij zien geen directe aanleiding waarom dit onder de Omgevingswet anders zou zijn, mede gezien het feit dat zowel de algemene als de specifieke zorgplichten zich richten tot degene die weet of redelijkerwijs kan vermoeden - en dus de wetenschap heeft - dat diens activiteit tot nadelige gevolgen kan leiden.

J.J. Akkerman en F. Kelder

Licentie verstrekt door
houthoff_buruma@houthoff
Houthoff
IBR publicatie - 19-9-2023