

University of Groningen

PFAS

van der Veen, G. A.

Published in:
Tijdschrift voor Bouwrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van der Veen, G. A. (2020). PFAS: overheidsaansprakelijkheid ondanks aangepast handelingskader? *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2020(1), 2-4. Artikel TBR 2020/1.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

TBR 2020/1

PFAS: overheidsaansprakelijkheid ondanks aangepast handelingskader?

– Prof. mr. G.A. van der Veen¹

Tot 29 november 2019 lag het land een tijd stil vanwege PFAS. Dat was althans het algemene gevoel in (onder meer) de bouw. Zoals inmiddels breed bekend zal zijn, staat PFAS voor een groep van meer dan 4700 substanties van per- of polyfluoralkylverbindingen. PFAS wordt onder meer gebruikt bij het maken van teflonpannen, blusschuim, pizzadozen, regenkleding, cosmetica en tapijten. Juist vanwege brandwerende en water- of vetafstotende eigenschappen zijn PFAS wijd verbreid. Alleen: PFAS breekt in het milieu amper af en hoopt zich dus op.² Doel van de Rijksoverheid werd daarom om verspreiding van PFAS te voorkomen. Dat betekende een stevige rem op het verspreiden van grond- en baggerspecie waarin (mogelijk) een te hoog gehalte aan PFAS zit. De Rijksoverheid kwam met een aantal handelingskaders. Vooralsnog het laatste is van 29 november 2019. De vraag rijst, of er niet sneller gehandeld had kunnen worden en of het feitelijk laten stilvallen van het land wel gebaseerd is op een juiste lezing van wetsartikelen. Zou één of ander nog kunnen leiden tot overheidsaansprakelijkheid? Ik bespreek kort de kern van twee handelingskaders en ga vervolgens in op aansprakelijkheidsvragen.

1. Tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019

Er zijn in het land vele bouwprojecten stil komen te liggen naar aanleiding van het zogeheten 'Tijdelijk handelingskader' van 8 juli 2019. Aanleiding daarvoor was volgens de Minister die dat tijdelijke kader opstelde, dat het voordien geldende stringente beleid voor het hergebruik van grond en baggerspecie die is verontreinigd met stoffen waarvoor nog geen toepassingsnormen zijn ontwikkeld, in het geval van PFAS-houdende grond en baggerspecie al zorgde voor stagnatie bij werkzaamheden waarbij grond en baggerspecie vrijkomt. Dit leidt - aldus de Minister op 8 juli 2019 - in de praktijk tot problemen in het kader van projecten in de grond-, weg-

en waterbouw omdat de vrijkomende grond en baggerspecie niet kan worden afgezet. Deze stagnatie leidt tot aanzienlijke maatschappelijke kosten, doordat baggerwerkzaamheden worden uitgesteld en bijvoorbeeld infrastructurele werken en woningbouwprojecten vertragen of stil komen te liggen, aldus nog steeds de Minister.³

Ik sluit niet uit dat juist dat Tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019 tot stagnatie heeft geleid. In ieder geval heb ik niet de indruk dat het Tijdelijk handelingskader een significante vermindering van stagnatie teweeg heeft gebracht. De Minister voorvoelde dat kennelijk ook. Op 29 november 2019 schreef zij daarover dat zij op 8 juli 2019 had aangegeven dat het tijdelijk handelingskader PFAS een eerste stap is in het traject naar een definitief handelingskader. 'Het was toen al bekend dat het handelingskader niet alle problemen omtrent PFAS houdende grond en bagger kon wegnemen. In afwachting van de onderzoeken die voor het definitieve handelingskader noodzakelijk zijn, heb ik samen met de andere overheden en het bedrijfsleven gewerkt aan oplossingen voor diverse problemen. Ik heb uw Kamer geïnformeerd over de aanvullende maatregelen en acties die in gang gezet zijn met de brieven van 9 oktober 2019 (Kamerstuk 28089, nr. 149), 29 oktober 2019 (Kamerstuk 35 300-XII, nr. 57) en 13 november 2019 (Kamerstuk 35334, nr. 1). Hiermee is een belangrijke basis gelegd voor het verder op gang helpen van baggerwerkzaamheden en grondverzet,' aldus de Minister op 29 november 2019.

2. Aanpassing van tijdelijk handelingskader op 29 november 2019

Het lijkt erop dat de stagnatie voorbij is na de publicatie van het aangepaste tijdelijk handelingskader van 29 november 2019. De Minister heeft op basis van de adviezen van het RIVM en Deltares het eerdere tijdelijke handelingskader aangevuld

¹ Gerrit van der Veen is hoogleraar milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en advocaat bij AKD.

² Ontleend aan A. Clahsen, H.D. Hekking, 'Pfas: de naam is klein, het drama groot', Financieel Dagblad 7 december 2019.

³ Zie nader <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/07/08/tijdelijk-handelingskader-voor-hergebruik-van-pfas-houdende-grond-en-baggerspecie>>.

met (nog steeds) tijdelijke landelijke achtergrondwaarden in de landbodem en een voorlopig herverontreinigingsniveau voor de waterbodem. Voor de achtergrondwaarden van PFAS in de landbodem doet de Minister een beroep op meetwaarden die zij had ontvangen van medeoverheden en bedrijfsleven. Het RIVM heeft op basis daarvan tijdelijke landelijke achtergrondwaarden afgeleid. Het RIVM adviseert op dit moment voor alle stoffen uit de PFAS-groep een landelijke achtergrondwaarde van 0,8 µg/kg droge stof. Specifiek voor PFOS (perfluorooctaansulfonaten) adviseert het RIVM een landelijke achtergrondwaarde van 0,9 µg/kg droge stof. Bij deze waarden is er volgens het RIVM geen sprake van risico's voor de gezondheid of overschrijding van effectniveaus voor het ecosysteem. Dat zijn daarom tot nader order de tijdelijke landelijke achtergrondwaarden. Daarom mag grond met gehalten beneden deze achtergrondwaarden voortaan weer worden toegepast.⁴

3. Overheidsaansprakelijkheid?

Vrij kort voor de aanpassing van het tijdelijk handelingskader op 29 november 2019 ontstond in landelijke media enige commotie over een voornemen van VNO-NCW om de Staat aansprakelijk te stellen voor de stagnatie die het Tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019 in ieder geval niet had opgeheven. Zo valt in de NRC van 19 november 2019 de nogal kordate bewering te lezen dat de PFAS-claim van werkgevers op de overheid niet afdwingbaar is.⁵ J.F. de Groot reageerde daarop dat de op voorhand getrokken conclusie dat zo'n schadeclaim juridische basis ontbeert, te kort door de bocht is.⁶

Met de stelling dat een andere stelling te kort door de bocht is, kan men het moeilijk oneens zijn. Reeds daarom heeft De Groot gelijk. Ik sluit alleen niet uit dat net andere aansprakelijkheidsgronden aan de orde kunnen zijn, dan waarop De Groot doelt. Volgens De Groot kan het Tijdelijk handelingskader voor hergebruik van PFAS-houdende grond en baggerspecie, dat is opgesteld om onnodige stagnatie in grondverzet en baggerwerkzaamheden te voorkomen, onder omstandigheden onrechtmatig worden geacht. Het is niet ondenkbaar dat dit voorlopig beleid, dat deze zomer werd afgekondigd en dat per 1 oktober jl. een landelijke norm geeft, na een exceptieve toetsing (een toetsing door de bestuursrechter na een geweigerde toestemming van het bevoegd gezag) ertoe leidt dat de onder-

liggende regelgeving onverbindend wordt geacht. Ook sluit hij overheidsaansprakelijkheid voor de regeling als zodanig niet uit, dus ook zonder dat een geweigerde toestemming van het bevoegd gezag op basis van de regeling is gegeven.

Ik kan niet nagaan of er ten gevolge op het tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019 nu daadwerkelijk overheidstoestemmingen in concreto zijn gevraagd, zijn geweigerd en vervolgens aan de bestuursrechter zijn voorgelegd, of dat er wellicht wijzigingsbesluiten ten aanzien van eerder vergunde situaties zijn genomen. Dat is best denkbaar, maar ik betwijfel of die route het meest gangbaar is of was. Zie ik het goed, dan vormen de beide tijdelijke handelingskaders beleidsstukken die moeten dienen ter interpretatie van bestaande algemeen verbindende voorschriften. Dat zijn (de zorgplichten uit) de Wet bodembescherming, het Besluit bodemkwaliteit en de Waterwet. Die zorgplichten werken rechtstreeks en gelden dus ook zonder dat een besluit ter concretisering gevraagd of genomen hoeft te worden. Dan is exceptieve toetsing niet aan de orde. Voor een mogelijke aansprakelijkheid zou het tijdelijk handelingskader het dus zelf moeten 'ontgelden'. Dat zou inderdaad kunnen.

De Minister geeft als grondslag van het handelingskader dat het kan worden toegepast via de zorgplicht op grond van de Wet bodembescherming, Besluit bodemkwaliteit en de Waterwet. Het huidige beleid houdt in dat grond en baggerspecie die met een onbekende stof verontreinigd zijn, niet mogen worden toegepast als hun aanwezigheid kan worden vastgesteld, dat wil zeggen bij concentraties boven de zogenaamde bepalingsgrens. Dit beleid is een uitwerking van het voorzorgbeginsel dat aan het algemene milieubeleid ten grondslag ligt. Zo lang de gevolgen van een stof voor mens en milieu nog niet bekend zijn, moeten geen onverantwoorde risico's voor mens en milieu worden genomen en mag de bestaande milieukwaliteit niet verder achteruitgaan doordat de verontreinigende stof zich verder in het milieu verspreidt. Dit beleid is neergelegd in de Regeling bodemkwaliteit en heeft dus een juridische status, aldus de Minister bij het tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019.

Het gaat de Minister dus om zorgplichten die worden ingevuld met het voorzorgsbeginsel. Ik citeer twee zorgplichten. De zorgplicht van artikel 13 Wet bodembescherming behelst 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 die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, verplicht is 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 aan-

⁴ Zie nader <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/11/29/aanpassing-tijdelijk-handelingskader-pfas>>.

⁵ Zie <<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/11/19/pfas-schade-claim-van-werkgevers-niet-afdwingbaar-a3980811>>.

⁶ J.F. de Groot, 'Wel degelijk grondslagen voor stikstof- en PFAS-claims denkbaar', via: <https://www.houthoff.com/insights/News/Wel-degelijk-grondslagen-voor-stikstof--en-PFAS-claims-denikbaar>

tasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, worden de maatregelen onverwijld genomen.

Artikel 7 van het Besluit bodemkwaliteit luidt: 'Degene die bouwstoffen, grond of baggerspecie toepast en die weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor een oppervlaktewaterlichaam ontstaan of kunnen ontstaan, die niet of onvoldoende worden voorkomen of beperkt door naleving van de bij of krachtens dit besluit gestelde regels, voorkomt die gevolgen of beperkt die zoveel mogelijk voor zover voorkomen niet mogelijk is en voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.'

De in artikel 13 Wbb meermaals opgenomen term 'redelijkerwijs' is niet identiek aan het voorzorgsbeginsel. In de lezing van de Minister verzet het voorzorgsbeginsel zich tegen ieder (mogelijk) onzeker handelen. De zorgplicht gaat uit van een ander perspectief. De zorgplicht geeft geen verbod op handelen bij onzekerheid, maar alleen een verbod op handelen als men redelijkerwijs weet of kan vermoeden dat door handelen de bodem wordt verontreinigd.

Artikel 7 BBK maakt dat niet anders. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt uit de Nota van toelichting bij dit artikel dat de bepaling is bedoeld als vangnet voor situaties waarin sprake is van kennelijk onzorgvuldig handelen waardoor schade kan ontstaan voor de mens en het ecosysteem, zonder dat een specifiek wettelijk voorschrift wordt overtreden. Het bevoegd gezag kan op basis van deze bepaling handhavend optreden indien (potentieel) nadelige gevolgen voor de kwaliteit van het oppervlaktewater optreden als gevolg van een toepassing in het kader van het besluit (*Stb.* 2007, 469, p. 142).⁷ Het bevoegd gezag moet dus min of meer aantonen dat een handeling schadelijk was voor de gezondheid van de mens of het ecosysteem of dat die andere potentieel nadelige gevolgen voor het milieu heeft gehad.⁸ Ook via de formulering dat 'sprake is van kennelijk onzorgvuldig handelen' zijn wij dan in mijn beleving bepaald niet zonder meer binnen het bereik van het voorzorgsbeginsel aangekomen.

Dat - vervolgens - de uitwerking van het voorzorgsbeginsel volgens de Minister als beleid is neergelegd in de Regeling bodemkwaliteit en dus een juridische status heeft, hoeft aan het bovenstaande niet af te doen. De Regeling is van lager orde dan artikel 13 Wbb en artikel 7 BBK en mag dus niet leiden tot een uitleg van de zorgplichten die strijdig is met de strekking van die zorgplichten zelf. Ten slotte lijkt ook het voorzorgsbeginsel zich niet tegen ieder mogelijk negatief effect te verzetten, maar dat punt werk ik hier niet verder uit.⁹

Kort en goed: wellicht is verwijzen naar de zorgplicht begrijpelijk in het licht van de vrees voor PFAS, maar men kan betwijfelen of het Tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019 een juiste interpretatie van zorgplichten geeft. De Staat zou daarom aansprakelijk kunnen zijn voor een onjuiste wetsuitleg die veel projecten tot stagnatie heeft gebracht door de impliciete dreiging dat handelen zonder meer als een overtreding van zorgplichten moet worden beschouwd. Zo'n aansprakelijkstelling zal geenszins eenvoudig realiseerbaar zijn, maar kan dus niet op voorhand met enkele zinnen als kansloos worden weggezet.

Daar komt het volgende nog bij. Het Tijdelijk handelingskader dateert van 8 juli 2019. Dat kondigde nader onderzoek aan. Met de wijsheid van achteraf die uiteraard wel erg makkelijk is, kan de vraag worden gesteld waarom de Minister niet veel eerder al aan de slag ging. Op internet zijn analyses te vinden van ongeveer een jaar voor het Tijdelijk handelingskader van 8 juli 2019. Zo was al veel kennis verkregen en was een kader ontwikkeld voor het normaliseren van bodembeheer voor PFAS.¹⁰ Het kan verder onderzoek waard zijn om te analyseren of Nederland in de zomer van 2019 nu echt 'op slot moest' of dat de Minister ook wel eerder met uitzetten van onderzoeksvragen en/of een tijdelijk handelingskader had kunnen komen. Anderzijds: wellicht had Nederland dan een eerdere periode 'op slot' gezeten. Een vergelijking van de periode die Nederland daadwerkelijk op slot zat, met de periode die Nederland dan anders misschien ook op slot had kunnen zitten, zal niet eenvoudig zijn. Een wat zuur 'geluk' kan dan nog zijn dat de periode die Nederland uiteindelijk met het Tijdelijk handelingskader 'op slot zat', ten dele samenviel met de stikstofproblematiek die na de Afdelingsuitspraken over de PAS ook bekend mag worden verondersteld.¹¹

⁹ Zie verder ABRvS 30 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2015:2174.

¹⁰ <<https://www.expertisecentrumpfas.nl/images/Handelingskader/PFAS-V3-2-def-paginas.pdf>>.

¹¹ Zie in dit tijdschrift R.H.W. Frins, 'De PAS-uitspraken van de Raad van State - Van programma op krediet naar programma in diskrediet?' (Deel I), *TBR* 2019/91 en (Deel II), *TBR* 2019/109.

⁷ ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1036.

⁸ Zie ook ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS2014:1057.