



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.646/1
van 5 juli 2017

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het Bodemdecreet van 27 oktober 2006 en artikel 38 van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, en tot opheffing van diverse bepalingen van het VLAREBO-besluit van 14 december 2007’

Op 7 juni 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het Bodemdecreet van 27 oktober 2006 en artikel 38 van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, en tot opheffing van diverse bepalingen van het VLAREBO-besluit van 14 december 2007’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 29 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 juli 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt er in hoofdzaak toe om een aantal wijzigingen aan te brengen in het Bodemdecreet van 27 oktober 2006 (hoofdstuk 2 van het ontwerp).

Die wijzigingen zijn van uiteenlopende aard.

Vooreerst wordt een verplicht bodemonderzoeksmoment ingevoerd voor nog niet onderzochte gronden met potentieel historische bodemverontreiniging met daaraan gekoppeld de mogelijkheid tot vrijstelling van die onderzoeksplicht voor particulieren. Daarnaast wordt de veralgemeende conformverklaring van bodemonderzoeken afgeschaft en wordt voorzien in het auditen van de erkende bodemsaneringsdeskundigen. Het instrumentarium voor de sectorfondsen wordt geoptimaliseerd en het gebruik van bodemmateriële² wordt ingekanteld in de regeling inzake het gebruik van uitgegraven bodem zoals die is vervat in het Bodemdecreet en VLAREBO.

Het ontwerp van decreet bevat tevens een beperkt aantal wijzigingen van het Materialendecreet van 23 december 2011 en van het VLAREBO-besluit van 14 december 2007 die hoofdzakelijk een juridisch-technisch karakter hebben.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 8

3. In het ontworpen artikel 8bis, eerste lid, van het Bodemdecreet, wordt bepaald dat de erkende bodemsaneringsdeskundige zijn medewerking verleent aan audits die de OVAM organiseert. Aan de gemachtigde is gevraagd welke de aard is van de betrokken audits en of er in voorkomend geval sancties mogelijk zijn ten aanzien van de deskundige die geen of onvoldoende medewerking verleent aan de audit.

De gemachtigde antwoordde:

“Om het kwaliteitssysteem van de erkende bodemsaneringsdeskundigen te toetsen, wordt in het ontworpen artikel 8bis voorzien in de mogelijkheid tot auditing door de OVAM als bijkomend instrument voor kwaliteitsborging. De audit moet het mogelijk

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Bagger- en ruimingsspecie, grondbrij en bentonietslib.

maken om periodiek het volledige proces van opdrachtinitiatie (offertevraag) tot aflevering van het eindproduct (rapport bodemonderzoek, bodemsaneringsproject, eindevaluatie-onderzoek) bij de erkende bodemsaneringsdeskundige door te lichten. Het kwaliteitszorgsysteem heeft in eerste instantie de betrachting ondersteunend ('sensibiliserend') te werken om zo de kwaliteit op eerder zachte wijze te kunnen opdrijven. Alleen wanneer het sensibiliserende luik blijkt te kort te schieten of wanneer borgende acties opportuun zijn, zal op onderbouwde wijze overgestapt worden op sanctionering. Voor elke deskundige zal een zogenaamd individueel kwaliteitsdossier (IKD) worden opgemaakt, waaruit besloten zal kunnen worden of sensibiliserende acties dan wel sanctionerende acties moeten geïnitieerd worden.

In artikel 172 en 173 van het Bodemdecreet wordt bepaald dat het toezicht, bestuurlijke en strafrechterlijke handhaving van de bepalingen van het Bodemdecreet van 27 oktober 2006 en het VLAREBO-besluit van 14 december 2007 gebeurt volgens de regels van Titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (DABM, titel Milieuhandhavingsdecreet). Zie ook artikel 16.1.1, 18°, van het DABM. Dus ook de bepalingen met de auditverplichtingen van het ontworpen artikel 8bis (en de eventueel latere uitvoeringsbepalingen in het VLAREBO) vallen onder het toepassingsgebied van Titel XVI van het DABM.

De niet-naleving van de auditverplichtingen van de erkende bodemsaneringsdeskundige, opgenomen in het ontworpen artikel 8bis, zullen door de Vlaamse Regering worden gekwalificeerd als een milieu-inbreuk als vermeld in artikel 16.1.2, 1°, van het DABM via opname in bijlage XII van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 tot uitvoering van Titel XVI van het DABM (Milieuhandhavingsbesluit). Dit zal gebeuren in het uitvoeringsbesluit waarbij nadere uitvoering gegeven wordt aan een aantal bepalingen van het voorliggende voorontwerp van decreet.

Het is ook de bedoeling om in artikel 53/3, § 1, van het VLAREL van 19 november 2010 als bijzondere gebruiksvoorwaarde voor erkende bodemsaneringsdeskundigen op te nemen dat ze moeten meewerken aan de audits van de OVAM, vermeld in het ontworpen artikel 8bis. Dit zal eveneens gebeuren in het uitvoeringsbesluit. In toepassing van artikel 54, § 1, 2°, van het VLAREL zou de niet-naleving van de betreffende bijzondere gebruiksvoorwaarde aanleiding kunnen geven tot schorsing of opheffing van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige."

Ter wille van de duidelijkheid van de ontworpen regeling zou de bedoeling van de stellers van het ontwerp, zoals deze is uiteengezet door de gemachtigde, op een meer expliciete wijze moeten worden tot uitdrukking gebracht in de tekst van het ontwerp. Meer in het bijzonder zouden daartoe duidelijker het voorwerp en de finaliteit van de beoogde audit moeten worden aangegeven.

Artikel 16

4. In verband met het ontworpen artikel 30, eerste lid, van het Bodemdecreet, deelde de gemachtigde het volgende mee:

"In artikel 16 van het voorontwerp wordt artikel 30, eerste lid, vervangen. Evenwel is bij de redactie van de wijzigingsbepaling een materiële fout geslopen, in die zin dat een relevant deel van het eerste lid (de gevallen waarin een oriënterend bodemonderzoek moet worden uitgevoerd, meer bepaald 1° in dat privaatieve deel is of was een risico-inrichting

gevestigd; 2° in de gemeenschappelijke delen is of was een risico-inrichting gevestigd die uitsluitend bestemd is of was voor dat privaatieve deel) niet werd opgenomen in de wijzigingsbepaling zodat het ontworpen artikel 30, eerste lid, zinledig is. Deze materiële fout zou nog moeten gecorrigeerd worden.”

Rekening houdend met wat de gemachtigde heeft meegedeeld, zal de tekst van de ontworpen bepaling moeten worden aangevuld met de weggevallen zinsnede.

Artikel 18

5. In het ontworpen artikel 31, § 3, derde lid, van het Bodemdecreet, wordt bepaald dat alle belanghebbenden tegen de beslissing van de OVAM beroep kunnen indienen bij de Vlaamse Regering “conform artikel 153 tot en met 155”.

Een gelijkaardige beroepsmogelijkheid tegen beslissingen van de OVAM wordt ingeschreven in de ontworpen artikelen 40, derde lid (artikel 24 van het ontwerp), 44, vierde lid (artikel 28 van het ontwerp), en 46bis, tweede lid (artikel 31 van het ontwerp), van het Bodemdecreet.

Ondervraagd over de wijze waarop de belanghebbenden in de voornoemde gevallen kennis krijgen van de desbetreffende beslissingen van OVAM antwoordde de gemachtigde:

“De georganiseerde administratieve beroepsmogelijkheid van het ontworpen artikel 31, § 3, derde lid, heeft betrekking op de beslissing van de OVAM over de aanvraag tot vrijstelling van de onderzoeksplicht die krachtens het ontworpen artikel 31, § 1, op de eigenaar van de grond rust. Het zullen in feite alleen die eigenaar of mede-eigenaars zijn die zich als belanghebbenden mbt de beslissing van de OVAM aandienen. De betrokken eigenaar (mede-eigenaars) worden door de OVAM in kennis gesteld van de beslissing over de vrijstelling van de onderzoeksplicht binnen 90 dagen na ontvangst van de aanvraag tot vrijstelling van de onderzoeksplicht (het ontworpen artikel 31, § 3, tweede lid).

De georganiseerde administratieve beroepsmogelijkheid van het ontworpen artikel 40, derde lid, heeft betrekking op de uitspraak van de OVAM over de aard en de ernst van de bodemverontreiniging vastgesteld in kader van een beschrijvend bodemonderzoek waarvan het verslag namens de opdrachtgever door de erkend bodemsaneringsdeskundige bij de OVAM wordt ingediend. Deze beslissingsbevoegdheid van de OVAM en de beroepsmogelijkheid bestaat ook reeds in het huidige Bodemdecreet (artikel 40 en 43 van het Bodemdecreet).

Overeenkomstig het ontworpen artikel 40, tweede lid, brengt de OVAM de opdrachtgever van het beschrijvend bodemonderzoek op de hoogte van haar beslissing over de aard en de ernst van de verontreiniging. Dit gebeurt in de huidige regeling ook, meer bepaald samen met de beslissing over de conformiteit van het beschrijvend bodemonderzoek (artikel 39, § 2, van het Bodemdecreet en artikel 71 van het VLAREBO). De huidige praktijk van de OVAM is om haar beslissing over de conformiteit van het beschrijvend bodemonderzoek en de daarop gebaseerde uitspraak over de ernst en de aard van de vastgestelde bodemverontreiniging mee te delen aan de volgende personen en dit op hetzelfde moment als aan de opdrachtgever (als het gaat om

een ander persoon dan eigenaar, gebruiker of exploitant van de grond) van het beschrijvend bodemonderzoek:

- de eigenaar van de onderzochte grond;
- de eventuele gebruiker van en exploitant op de onderzochte grond (voor zover gekend);
- in geval van verspreiding van de verontreiniging vanuit de onderzochte grond naar naastgelegen percelen (bijv. onderstroming): de eigenaar, gebruiker en exploitant (voor zover twee laatstgenoemden gekend) van de verspreidingspercelen.

Die praktijk zal ook worden voortgezet bij inwerkingtreding van de wijzigingsbepalingen.

Zie antwoord bij artikel 24 (ontworpen artikel 40, derde lid) dat van overeenkomstige toepassing is op de beslissing over de aard en de ernst van de bodemverontreiniging vastgesteld in het kader van een oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek, waarvan het verslag namens de opdrachtgever door de erkende bodemsaneringsdeskundige bij de OVAM wordt ingediend.

De georganiseerde administratieve beroepsmogelijkheid van het ontworpen artikel 46bis, tweede lid, heeft betrekking op de gevallen waarbij de OVAM in toepassing van het ontworpen artikel 46bis, eerste lid, uitspraak doet over de conformiteit van het bodemonderzoek (oriënterend bodemonderzoek, beschrijvend bodemonderzoek en oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek) waarvan het verslag namens de opdrachtgever door de erkend bodemsaneringsdeskundige bij de OVAM wordt ingediend.

In het ontworpen artikel 46bis, eerste lid, wordt niet uitdrukkelijk voorzien dat de OVAM de opdrachtgever van het bodemonderzoek op de hoogte brengt van de beslissing over de conformiteit van het onderzoek. Het is aangewezen om dit alsnog op te nemen in het ontworpen artikel 46bis, eerste lid.”

Uit het antwoord van de gemachtigde volgt dat de kennisgeving nu eens wettelijk is vastgelegd, dan eens berust op een praktijk of – bij vergetelheid – niet is geregeld.

Om alle belanghebbenden daadwerkelijk de beroepsmogelijkheid te bieden die decretaal wordt vastgelegd, verdient het aanbeveling om ook de kennisgevingen van de betrokken beslissingen met de vereiste rechtszekerheid vast te leggen. Daartoe kan het Bodemdecreet worden aangevuld, zoals de gemachtigde voorstelt voor het ontworpen artikel 46bis, dan wel kan dit gebeuren in een uitvoeringsbesluit dat dan evenwel dient te kunnen steunen op een expliciete machtiging vanwege de decreetgever.

Artikel 37

6. Als gevolg van het bepaalde in artikel 37, 1°, van het ontwerp, zal een erkende bodemsaneringsorganisatie onder meer als taak hebben “het opmaken van een algemeen bodempreventieplan”.

Aan de gemachtigde werd gevraagd volgens welke procedure het algemeen bodempreventieplan wordt opgesteld en waar dit is geregeld. De gemachtigde antwoordde:

“De opmaak van een algemeen bodempreventieplan is conform het ontworpen artikel 96, 1°, een verplichte taak van een erkende bodemsaneringsorganisatie. Op grond

van artikel 95, § 2, tweede lid, van het Bodemdecreet bepaalt de Vlaamse Regering de procedure tot erkenning als bodemsaneringsorganisatie en kan ze bijkomende erkenningsvoorwaarden bepalen.

Het opzet is om in de erkenningsregeling voor bodemsaneringsorganisaties (artikel 126-128 VLAREBO-besluit van 14 december 2007) te voorzien dat het algemeen bodempreventieplan deel moet uitmaken van het aanvraagdossier tot erkenning als bodemsaneringsorganisatie. Het vormt bijgevolg een onderdeel van de ontvankelijkheidsbeoordeling van de aanvraag tot erkenning door de minister (op advies van de OVAM) en de daaropvolgende beslissing van de Vlaamse Regering over de erkenningsaanvraag.

Op grond van artikel 95, § 2, van het Bodemdecreet bepaalt de Vlaamse Regering eveneens de voorwaarden voor het gebruik van de erkenning als bodemsaneringsorganisatie. De Vlaamse Regering heeft hier in artikel 129 van het VLAREBO-besluit invulling aan gegeven. Het is het opzet om in de betreffende bepaling ook als gebruiksvoorwaarde op te nemen dat het algemeen preventieplan periodiek moet geactualiseerd worden.”

Uit het antwoord van de gemachtigde lijkt te moeten worden afgeleid dat de opmaak van een algemeen bodempreventieplan wordt geconcipieerd als een erkenningsvoorwaarde. Vraag is derhalve of artikel 95, § 2, van het Bodemdecreet, hieraan niet het best refereert en in functie daarvan wordt aangepast.

Artikel 40

7. Artikel 40 van het ontwerp strekt ertoe een derde lid toe te voegen aan artikel 102, § 1, van het Bodemdecreet. In dit verband deelde de gemachtigde mee wat volgt:

“Artikel 102, § 1, tweede lid, van het Bodemdecreet is de spiegelbepaling van artikel 30, eerste lid, van het Bodemdecreet. Via artikel 16 van het voorontwerp van decreet wordt artikel 30, eerste lid, gewijzigd. Uit vergetelheid is dezelfde wijziging niet doorgevoerd in de spiegelbepaling van artikel 102, § 1, tweede lid, van het Bodemdecreet. Laatstgenoemde bepaling moet alsnog worden afgestemd op het (gecorrigeerde) ontworpen artikel 30, eerste lid, om latere toepassingsproblemen te voorkomen. Dezelfde wijziging moet alsnog in laatstgenoemde bepaling worden doorgevoerd.”

De door de gemachtigde gedane suggestie kan worden bijgetreden. Artikel 40 van het ontwerp dient met het oog daarop te worden aangepast.

Artikelen 49 en 50

8. De artikelen 49 en 50 van het ontwerp komen erop neer dat een erkenningsregeling wordt ingevoerd voor inrichtingen voor de opslag en behandeling van bagger- en ruimingsspecie. De opslag en behandeling van bagger- en ruimingsspecie vormen een handelsactiviteit die aan concurrentie is onderworpen. De inrichtingen met deze activiteiten zijn hinderlijke inrichtingen die in de indelingslijst van bijlage 1 bij het besluit van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en

sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne' zijn opgenomen.³ De voornoemde artikelen van het ontwerp komen erop neer dat voor deze ingedeelde inrichtingen, benevens de verplichting om te beschikken over een omgevingsvergunning, ook nog de verplichting zal gelden om een erkenning aan te vragen.

Aan de gemachtigde is gevraagd of de hier bedoelde nieuwe erkenningen vallen onder de toepassing van de dienstenrichtlijn en, zo ja, of deze erkenningen in overeenstemming zijn met deze laatste.

De gemachtigde antwoordde:

“De nieuwe erkenning opgenomen in artikel 50 van het voorontwerp is de erkenning als inrichting voor de opslag en behandeling van bagger- en ruimingsspecie. De erkenning als tussentijdse opslagplaats en grondreinigingscentrum bestaat reeds in de huidige bodemwetgeving.

De taken waarvoor de erkenning geldt, zijn te beschouwen als niet-economische dienst van algemeen belang en vallen bijgevolg niet onder de toepassing van de dienstenrichtlijn. De erkenning heeft immers geen betrekking op de activiteit van de opslag en behandeling van bagger- en ruimingsspecie zelf. De erkenning geldt voor de uitvoering van de taken, vermeld in artikel 138, § 1, van het Bodemdecreet, meer bepaald het mee waarborgen van de traceerbaarheid van de bodemmateriële (bagger- en ruimingsspecie in dit geval) bij het gebruik ervan als bodem, voor bouwkundig bodemgebruik of in vormvast product. Dit gebeurt door het afleveren van een grondverzetstoelating (zie artikel 182, § 1, van het VLAREBO-besluit voor erkende tussentijdse opslagplaats en erkend grondreinigingscentrum) en een bodembeheerrapport (zie artikel 184, § 1, van het VLAREBO-besluit) voor de bodemmateriële die door haar werden aanvaard. Het bodembeheerrapport attesteert de levering van de bodemmateriële op de plaats van het beoogde gebruik en bevestigt dat voldaan is aan de voorwaarden, vermeld in de conformverklaring van het technisch verslag en in de grondverzettoelating. In het kader van de kwaliteitsborging van het grondverzetsysteem zal de erkende inrichting voor de opslag en behandeling van bagger- en ruimingsspecie ook de bevoegdheid hebben om uitspraak te doen over de conformiteit van het technisch verslag van de aanvaarde bodemmateriële.

Zoals aangegeven in artikel 138, § 1, van het Bodemdecreet hebben voormelde taken (waarborgen traceerbaarheid, kwaliteitsborging) waarvoor de erkenning geldt, als finaliteit de verspreiding van bodemverontreiniging te beheersen en het duurzaam gebruik van bodemmateriële te bevorderen. De taken beogen aldus de bescherming van mens en milieu en kaderen dan ook in het algemeen belang. Dit moet dan ook als een overheidstaak gekwalificeerd worden en dus als een niet-economische dienst van algemeen belang.”

Uit het antwoord van de gemachtigde blijkt dat de erkenning geldt voor taken die betrekking hebben op de traceerbaarheid van de grondmateriële. Aangezien de reeds bestaande erkenningsregeling als gevolg van de ontworpen wijzigingen wordt uitgebreid met de opgesomde hinderlijke inrichtingen, zou de omschrijving van de “taken, vastgesteld door de Vlaamse

³ Cfr. de rubrieken 2.2.8 “opslag en behandeling baggerspecie afkomstig van het ruimen, verdiepen of verbreden van bevaarbare en onbevaarbare waterlopen die behoren tot het openbaar hydrografisch net, of van de aanleg van nieuwe waterinfrastructuur” (cat. 3), en 2.3.7 “opslag, behandeling en verwijdering van baggerspecie, met uitzondering van het ter plaatse uitspreiden van niet-verontreinigde ruimingsspecie” (cat. 1 en 2) van de indelingslijst van bijlage 1 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995.

Regering krachtens de bepalingen van artikel 138, § 1”, in artikel 139, § 1, van het Bodemdecreet, tot die aspecten moeten worden beperkt. In artikel 138, § 1, van het Bodemdecreet, wordt immers ook “het gebruik van uitgegraven bodem” vermeld.⁴

Artikel 53

9. Als gevolg van de wijziging die artikel 53, 2°, van het ontwerp, beoogt aan te brengen in artikel 143, tweede lid, van het Bodemdecreet, wordt in dat lid de verwijzing naar de artikelen “43 en 45, § 2,” vervangen door een verwijzing naar artikel “40”.

Aan de gemachtigde werd gevraagd of in artikel 143, tweede lid, van het Bodemdecreet, niet tevens naar artikel “46bis” van het Bodemdecreet, moet worden verwezen. De gemachtigde antwoordde:

“Het is inderdaad de bedoeling dat de OVAM de bevoegdheid heeft om te oordelen of het site-onderzoek is uitgevoerd overeenkomstig de geldende standaardprocedure naar analogie van de oriënterende, beschrijvende en oriënterende en beschrijvende bodemonderzoeken. De niet-verwijzing naar artikel 46bis in artikel 53, 2°, van het voorontwerp van decreet is een vergetelheid. De mogelijkheid tot beoordeling van de conformiteit met de standaardprocedure voor het site-onderzoek moet alsnog worden opgenomen. Dit kan door in artikel 53, 2°, van het voorontwerp van decreet ook een verwijzing naar het ontworpen artikel 46bis op te nemen, maar vereist ook een aanpassing van het opschrift van onderafdeling 3 zoals voorgesteld door artikel 52 van het voorontwerp (Beoordeling van de conformiteit van het site-onderzoek en beslissingen op basis van het site-onderzoek). Een alternatieve oplossing zou zijn om in het ontworpen artikel 46bis het woord ‘site-onderzoek’ op te nemen. Het site-onderzoek is immers ook een bodemonderzoek. Het site-onderzoek voldoet aan de doelstelling van een oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek (...): zie artikel 142, eerste lid, van het Bodemdecreet.”

De door de gemachtigde voorgestelde tekstaanpassingen kunnen worden bijgetreden.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

⁴ Als gevolg van de wijzigingen aangebracht bij artikel 48, 1°, van het ontwerp, wordt in die bepaling tevens melding gemaakt van “bodemmaterialen”.