

# Afwijken van Bbk Beoordelingsrichtlijnen

Definitieve versie d.d. 22 december 2009 (in januari 2010 gepubliceerd op site WEKA Bouw. [www.weka-bouw.nl](http://www.weka-bouw.nl))

Auteur: mr. A.M.C.C. (Annemiek) Tubbing, <http://www.tubbingmilieuadvies.nl>

Annemiek Tubbing adviseert ondermeer het SIKB in juridische zaken. Onderstaand artikel gaat in op de beoordelingsrichtlijnen die onder beheer zijn van SIKB (en die dus niet onder de Stichting Bouwkwaliiteit vallen). De vraag die naar voren komt is of het bevoegd gezag bij verordening, beschikking of beleid kan afwijken van beoordelingsrichtlijnen (hierna afgekort tot BRL-en) inclusief de daarbij behorende protocollen.

## Samenvatting

De mogelijkheden voor het bevoegd gezag om af te wijken van beoordelingsrichtlijnen zijn beperkt, omdat hoofdstuk 2 Besluit bodemkwaliteit en de Regeling bodemkwaliteit de voor bepaalde bodemwerkzaamheden verplichte erkenning direct koppelen aan certificering of accreditatie. Om gecertificeerd of geaccrediteerd te kunnen worden moet een bedrijf bij het uitvoeren van de werkzaamheden de daarvoor opgestelde beoordelingsrichtlijnen volgen. Bovendien kent het Besluit zelf een verbodsbepaling voor het handelen in strijd met de normdocumenten. Indien de normdocumenten zelf ruimte bieden aan degene die de normdocumenten moet toepassen of aan het bevoegd gezag dan mag daar uiteraard – gemotiveerd – gebruik van worden gemaakt. Dit artikel bevat een aantal voorbeelden om dat te illustreren.

## Inleiding

Onder 'afwijken' wordt verstaan: door de afwijking ontstaat strijd met de normen in de BRL. Indien en voorzover de BRL zelf voorziet in de mogelijkheid om af te wijken is er geen strijd met de BRL/het protocol, mits de afwijking blijft binnen de (eventuele) voorwaarden die de BRL aan de mogelijkheid tot afwijking stelt. Ter onderscheid van het begrip 'afwijken' wordt deze ruimte aangeduid met het 'invullen' van de ruimte die de normen van de BRL laat aan de uitvoerders van de werkzaamheden waarvoor de BRL geldt en/of het bevoegd gezag. Voor een aantal voorbeelden van formuleringen in de BRL: zie hierna.

Het antwoord is dat het bevoegde gezag niet mag afwijken van BRL-en, indien en voorzover de BRL-en zijn aangewezen op grond van art. 25 BBK jo. art. 2.7 Regeling BK jo. bijlage C. Artikel 18 lid 2 BBK geeft aan dat alleen van (aangewezen) normdocumenten mag worden afgeweken voorzover dat bij wettelijk voorschrift is toegestaan. Een aangewezen normdocument is een wettelijk voorschrift vergelijkbaar met een ministeriële regeling die alleen bij of krachtens een ander 'hogere of gelijk' wettelijk voorschrift kan worden 'overruled'.

Het bevoegd gezag mag wel afwijken van BRL-en, indien en voorzover de BRL-en niet zijn aangewezen en dus de status hebben van (privaatrechtelijke) normen, die niet in strijd mogen zijn met wettelijke voorschriften of beschikkingen van het bevoegd gezag. Als het bevoegd gezag in de beschikking een BRL (of delen daarvan) voorschrijft, heeft het voor de beschikkinghouder juridische binding (indien de beschikking onherroepelijk is). In de huidige regeling zijn alle BRL-en 1 op 1 aangewezen in de Regeling bodemkwaliteit, dus deze situatie doet zich thans niet voor.

De Regeling bodemkwaliteit zelf voorziet ook in enkele afwijkingsmogelijkheden, waarvan het bevoegd gezag wel gebruik kan maken (zie bijv. art. 4.3.4 lid 4 RBK).

Volledigheidshalve wijs ik erop dat indien in de Regeling of de BRL een afwijkingsmogelijkheid wordt geboden, deze mogelijkheid alleen benut mag worden door degene die in die bepaling wordt genoemd (de zgn. 'normadressaat'), bijv. de milieukundig begeleider. Het bevoegd gezag mag in zo'n geval geen gebruik maken van deze mogelijkheid, mits de bevoegdheid daartoe op een andere (hogere) regeling berust.

## Onderbouwing

### Algemeen

Beoordelingsrichtlijnen en andere protocollen (hierna aangeduid als BRL) zijn instrumenten van zelfregulering. Zij dienen tenminste te voldoen aan de wettelijke eisen (= minimum) en mogen niet in strijd zijn met wettelijke voorschriften. Bedrijven onderwerpen zich vrijwillig aan deze richtlijnen. Een reden voor deze vrijwillige onderwerping kan zijn dat de regelgeving – al dan niet aangevuld met beleidsregels – teveel ruimte laat voor interpretatie (bijv. alleen doelvoorschriften voorschrijft) en men (meer) zekerheid zoekt over hetgeen de wetgever van hen verwacht en/of meer uniformiteit in de branche en/of het aanvullen van kennislacunes. Het kan ook te maken hebben met meer willen doen dan het minimum waardoor de kwaliteit van de werkzaamheden toeneemt en men zich kan onderscheiden van branchegenoten (concurrenten).

Certificerende instellingen controleren de naleving van de BRL-en. Bedrijven betalen daar zelf voor. Toezichhouders van overheidswege controleren op naleving van wettelijke voorschriften en – indien van overtredingen blijkt – handhaven daarop. In principe staan beide controles los van elkaar, maar overheidscontroleurs zullen naar verwachting en afhankelijk van een aantal randvoorwaarden meer vertrouwen hebben in bedrijven die gecertificeerd zijn dan bedrijven die dat niet zijn.

#### Bodemregeling: verband tussen certificaat en erkenning

In de bodemregelgeving is het karakter van zelfregulering deels verlaten. Certificering heeft een verplichtend karakter gekregen en is daarmee deel geworden van de regelgeving. De volgende methode is daartoe gevolgd: bepaalde bodemwerkzaamheden kunnen alleen nog worden uitgevoerd door bedrijven die door de minister zijn erkend. Dat geldt niet alleen voor bodemwerkzaamheden die vereist zijn om een beschikking van het bevoegd gezag te krijgen (bijv. een instemmingsbeschikking saneringsplan), maar ook als de werkzaamheden een ander doel hebben (zie hierna: het verbodsartikel van art. 18 BBK).

De belangrijkste voorwaarde om voor erkenning in aanmerking te komen is het hebben van het certificaat of de accreditatie voor de werkzaamheid (artikel 10 lid 2 BBK en 11 leden 3 en 4 BBK jo. art. 2.1 Regeling BK en bijlage C). De erkenning kan, ondanks het hebben van een certificaat, wel geweigerd worden indien binnen een periode van 3 jaar voorafgaand aan een aanvraag een aantal aangewezen wettelijke voorschriften zijn overtreden (art 11 lid 5 BBK). Als een certificaat wordt ingetrokken of geschorst door een certificeringsinstelling/RvA – omdat het bedrijf niet voldoet aan de BRL – dan dient dit te worden gemeld aan de minister. Dit zal in de meeste gevallen ertoe leiden dat ook de erkenning wordt ingetrokken, maar dat hoeft niet<sup>1</sup>.

Hierdoor ontstaat wel de situatie dat een bedrijf wel erkend blijft, maar niet voldoet aan de belangrijkste voorwaarde op grond waarvan de erkenning verleend wordt, namelijk het bezit van een certificaat (of de accreditatie). Dat zal niet de bedoeling zijn en daarin is voorzien in artikel 23 lid 1 sub c (intrekkingsgronden erkenning) en lid 2 sub a (schorsing). Intrekking en schorsing is overigens wel een bevoegdheid van de minister en geen plicht, dus de mogelijkheid: wel erkend, maar niet gecertificeerd kan voorkomen. Overigens laat de MvT bij het Besluit uitvoeringskwaliteit bodembeheer (stb 2006, 308, pag 45) er geen twijfel over bestaan: 'een dergelijke wijziging (*namelijk nieuwe feiten waardoor een persoon of instelling niet meer aan deze voorwaarden voldoet, toevoeging AT*) dient immers te leiden tot een schorsing of intrekking van een erkenning'.

---

<sup>1</sup> Een van de gevallen waarin dat niet zou hoeven is wanneer een bedrijf in strijd heeft gehandeld met voorschriften uit de BRL die verder gaan dan de wettelijke regeling (dus bovenwettelijk zijn). Dit deel van de BRL zou dus niet zijn aangewezen in bijlage C van de Regeling BK en dus niet deel uitmaken van de regelgeving. Deze situatie doet zich in de huidige regeling niet voor: alle BRL-en zijn aangewezen (zgn. 1 op 1 regeling), maar in de toekomst niet uitgesloten.

### BRL: wettelijke status?

Hebben de BRL-en hiermee een wettelijke status gekregen en regelen ze niet alleen maar hetgeen boven het wettelijk minimum uitstijgt/aanvult? Het lijkt er wel op; immers:

Het is verboden een werkzaamheid uit te voeren in strijd met de daarvoor geldende normdocumenten, tenzij indien en voorzover het afwijken van het normdocument bij wettelijk voorschrift is toegestaan (artikel 18 BBK).

Onder 'wettelijk voorschrift' wordt niet alleen de wet (in formele zin) verstaan, maar ook lagere regelgeving, zoals een algemene maatregel van bestuur (bijv. het Besluit bodemkwaliteit), een ministeriële regeling (bijv. de Regeling bodemkwaliteit), verordeningen van provincie en gemeente. Ook vergunningvoorschriften kunnen als wettelijk voorschrift worden aangemerkt, mits daarvoor een basis in de wet is.

Er staat 'toegestaan' dus dat moet expliciet het geval zijn. Als er 'niet verboden door enig wettelijk voorschrift' had gestaan was het ook goed geweest als de afwijking van de BRL niet in strijd was geweest met enig wettelijk voorschrift (dus als 'kop'/bovenwettelijk had gefungeerd):

Onze Ministers kunnen normdocumenten aanwijzen voorzover deze niet in strijd zijn met een wettelijk voorschrift (art. 25 aanhef en sub a BBK).

Afwijken van BRL's dus alleen bij (expliciet) wettelijk voorschrift. De BRL's zijn bij Ministeriële Regeling aangewezen, dus bevinden zich op dezelfde hoogte in de hiërarchie als ministeriële regelingen.

### Afwijking door het bevoegd gezag

Een verordening van het bevoegd gezag is een wettelijk voorschrift; een beschikking (bijv. instemmingsbeschikking of milieuvergunning) kan het zijn indien het een wettelijke grondslag heeft; (een) beleid(sregel) kan nooit een wettelijk voorschrift zijn, maar kan bijv. uitleg geven aan het wettelijk voorschrift. Het zijn instrumenten waarmee het bevoegd gezag eisen kan stellen of een toelichting kan geven die passen in de concrete situatie. De ruimte die het bevoegd gezag daarbij heeft, moet een basis in de (formele) wet hebben. Artikel 18 BBK staat afwijking bij wettelijk voorschrift toe. De verordening is een wettelijk voorschrift en de beschikking kan dat zijn, maar beiden, hebben een 'lagere' status dan een (landelijk werkend) wettelijk voorschrift wat de ministeriële regeling is. Indien een wettelijk voorschrift (waaronder de Regeling bodemkwaliteit zelf) de mogelijkheid tot afwijking biedt, is het uiteraard toegestaan om daar binnen de daaraan gestelde voorwaarden gebruik van te maken.

Zo'n wettelijk voorschrift zou art. 39 lid 2 Wbb kunnen zijn: het geeft het bevoegd gezag de bevoegdheid om aan de instemming voorschriften te verbinden. Er is over de aard van deze voorschriften in de wettekst (en de wetsgeschiedenis) niets bepaald. In zijn algemeenheid is een dergelijke bevoegdheid beperkt tot het kader op grond waarvan de bevoegdheid gegeven is. Hierbij is het beoordelingskader van art. 38 Wbb van belang en dat is de saneringsdoelstelling: indien met de beschreven saneringsaanpak in het saneringsplan de saneringsdoelstellingen van art. 38 lid 1 worden gehaald, is het niet de bedoeling dat het bevoegd gezag voorschriften aan de instemmingsbeschikking verbindt die afwijken van de normdocumenten.

Daar komt bij dat - nu art. 18 lid 2 BBK zo is geformuleerd dat een wettelijk voorschrift moet toestaan dat er van normdocumenten wordt afgeweken - deze algemeen geformuleerde bevoegdheid tot het verbinden van voorschriften aan de instemmingsbeschikking niet voldoende lijkt om te mogen afwijken van de normdocumenten. Bovendien bestond art. 39 lid

2 Wbb eerder dan (de voorganger van) art. 18 lid 2 BBK en is dus niet met het oog op artikel 18 lid 2 BBK geschreven.

Ook de mogelijkheden tot afwijken bij verordening zijn beperkt. Artikel 39 lid 1 Wbb staat toe dat het bevoegd gezag nadere regels stelt aan de gegevens die moeten worden opgenomen in het saneringsplan (dus in aanvulling op de gegevens genoemd in art. 39 lid 1 sub a tot en met h Wbb), maar dat geeft geen bevoegdheid om het saneringsplan op andere punten te toetsen dan aan artikel 38 lid 1 Wbb (zie onder andere ABRS 13 augustus 2008, LJN BD9964 en ABRS 25 februari 2009, nr. 200802057/1/M2).

#### Invulling door bevoegd gezag van BRL-en

De BRL-en en protocollen zijn op een aantal punten zo geformuleerd dat:

- a) bij de sanering betrokken partijen (aannemer, opdrachtgever, mkb-er) zelf invulling kunnen geven aan de uitvoering van bepaalde normen (resultaat is bepalend; wijze waarop niet), waarbij twee varianten kunnen worden onderscheiden:
  - i) er kan een afwijkend protocol worden gevolgd, indien deze andere handelwijze (van te voren) is beschreven in het saneringsplan of de beschikking van het bevoegd gezag op dit plan of (aparte) instemming van het bevoegd gezag;
  - ii) de eigen invulling moet worden beschreven in een – gemotiveerd - protocol (ten behoeve van het evaluatieverslag)
- b) de uitvoerende partij bij de invulling van de norm rekening moet houden met beleid van het bevoegd gezag of hetgeen daarover in het saneringsplan staat (waarmee het bevoegd gezag heeft ingestemd) of de beschikking van het bevoegd gezag.

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat bij 'moet' formuleringen er weinig ruimte is; bij 'kan' formuleringen is die ruimte er (meestal) wel.

Hieronder volgen per categorie voorbeelden van formuleringen, die zijn ontleend aan het VKB-protocol 6001 'milieukundige begeleiding landbodemsanering met conventionele methoden', versie 3.0 d.d. 16 april 2009 (in werking treding per 1 oktober 2009), behorende bij BRL SIKB 6000.

#### **Categorie a) i: afwijkend protocol indien toegestaan bij saneringsplan/ instemmingsbeschikking/instemming bevoegd gezag**

##### *Monsterneming van partijen grond (ad 3 grond die op de saneringslocatie wordt verwerkt)*

Om te toetsen of ontgraven grond in aanmerking komt voor hergebruik op de locatie, wordt gebruik gemaakt van VKB-protocol 1001. Daarnaast kan gebruik worden gemaakt van de andere milieuhygiënische verklaringen zoals deze worden aangegeven in het Besluit bodemkwaliteit. Er kan een afwijkend protocol worden gevolgd, indien deze andere handelwijze staat omschreven in het saneringsplan, de beschikking van het bevoegd gezag op dit plan of de goedkeuringsverklaring bij het saneringsplan.

##### *Monsterneming grondwater*

De te analyseren parameters zijn de te saneren verontreinigende stoffen, eventueel uitgebreid met andere stoffen, zoals afbraakproducten indien deze zijn genoemd in het saneringsplan, de beschikking of toestemmingsverklaring van het bevoegd gezag, of stoffen voortkomend uit de lozingsvergunning.

##### *Vaststelling eindsituatie/eindbemonstering algemeen*

De wijze van eindbemonstering is afhankelijk van de gekozen saneringsmethode en wordt vastgelegd in het saneringsplan en de beschikking hierop van het bevoegd gezag. Indien de wijze van eindbemonstering niet eenduidig is beschreven in het saneringsplan of bestek/werkomschrijving, wordt deze nader uitgewerkt in het verificatieplan. De hier

beschreven methoden moeten hierbij worden gehanteerd tenzij met motivatie en instemming van het bevoegd gezag een andere werkwijze is vastgelegd.

### **Categorie a) ii: eigen invulling toegestaan dmv – gemotiveerd – protocol of ander document**

#### *Tussenbemonstering putbodem en -wanden*

In dit protocol wordt geen methodiek voorgeschreven voor tussenbemonsteringen van grondverontreiniging. Het wordt aan de milieukundige processturing / directievoering vrijgelaten om een praktische werkwijze te kiezen. Deze werkwijze moet in het evaluatieverslag worden beschreven.

#### *Monsterneming lucht*

Voor de monsterneming van (bodem)lucht zijn in dit protocol geen specifieke voorschriften opgenomen. Gevolgde werkwijzen en gehanteerde protocollen moeten worden vastgelegd, met een motivatie waarom deze zijn gehanteerd.

### **Categorie b): afwijking toegestaan rekening houdend met saneringsplan, instemmingsbeschikking of beleid bevoegd gezag:**

#### *Omgaan met afwijkingen*

Voor een verdere omschrijving van de term „significant groter” en een uitwerking van de mate van afwijking, wordt verwezen naar de HandhavingsUitvoeringsMethode Wbb (HUM), zie [www.SIKB.nl](http://www.SIKB.nl). De lijst van criteria die in dit protocol is opgenomen, is niet normatief. Het betreft een indicatieve, niet limitatieve opsomming van te melden afwijkingen aan het bevoegd gezag. De milieukundig begeleider moet zich vergewissen van het beleid van het bevoegd gezag ter plaatse met betrekking tot het melden van afwijkingen.

#### *Overige bemonsteringen (grondwater)*

In de vergunningsvoorwaarden voor de lozing kunnen aanvullende eisen zijn gesteld aan de bemonstering van in- en effluent van de zuiveringsinstallatie en het lozingspunt ten opzichte van hetgeen vermeld is in dit protocol. Een omschrijving van de aanvullende eisen moet aanwezig zijn tijdens de bemonstering. De aanvullende voorschriften moeten worden opgevolgd en in de rapportage moeten de gehanteerde methode en de aanvullende eisen worden beschreven.

#### *Vaststelling eindsituatie/eindbemonstering algemeen*

Voor de beoordeling van de meetresultaten met betrekking tot de besluitvorming of (het betreffende deel van) de bodemsanering kan worden gestopt, wordt verwezen naar het saneringsplan en de afspraken die conform het vigerende beleid met het bevoegd gezag hierover zijn gemaakt

#### *Evaluatieverslag verificatie*

De in de beschikking voorgeschreven administratieve aspecten moeten worden ingevuld in de rapportage. Dit betekent dat in de meeste gevallen de rapportage eveneens zal moeten voldoen aan de standaard voor de gegevens, die in het kader van de landelijke beleidsmonitoring bodemsanering moeten worden verstrekt.