

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

ADVIES

AAN GEDEPUTEERDE STATEN

naar aanleiding van de behandeling van het bezwaarschrift ingevolge artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van Vereniging Leefmilieu te Nijmegen (bezwaarde), ingediend door Delibes Legal te Gouda, van 19 oktober 2020, tegen het besluit van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland (verweerders) van 14 september 2020, waarbij een handhavingsverzoek ten aanzien van Bio Energy Netherlands B.V. is afgewezen.

ONTVANKELIJKHEID

Gelet op de datum waarop het bestreden besluit is verzonden, 14 september 2020, en gelet op de datum waarop het per post verzonden bezwaarschrift is ontvangen, 20 oktober 2020, stelt de Commissie vast dat dit binnen de wettelijke termijn is ingediend. Voorts is het rechtsgeldig ondertekend en wordt voldaan aan alle overige vormvereisten, zodat een inhoudelijke behandeling van de bezwaren kan plaatsvinden.

GRONDSLAG

De grondslag van het bestreden besluit is gelegen in artikel 122 Provinciewet en hoofdstuk 5 van de Awb.

ACHTERGROND

Bio Energy Netherlands B.V. exploiteert een biomassacentrale aan de Aziëhavenweg 10 te Amsterdam en heeft ten behoeve van de exploitatie van de centrale destijds een PAS-melding ingediend uit hoofde van artikel 2.8 van de Wet Natuurbescherming.

De Vereniging Leefmilieu stelt in essentie dat Bio Energy Netherlands B.V. sinds de PAS uitspraak niet langer gebruik kan maken van de PAS-melding en niet beschikt over een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming. Nu de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden als gevolg van het project met meer dan 0,00 mol/ha/jaar zal toenemen, is niet de zekerheid verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zal aantasten. Nu significante gevolgen daarmee niet zijn uitgesloten, is volgens de Vereniging Leefmilieu sprake van een overtreding van artikel 2.7 van de Wet Natuurbescherming. De Vereniging Leefmilieu verzoekt verweerders om handhavend op te treden.

INHOUD VAN HET BESTREDEN BESLUIT

Het aanwezig en in bedrijf hebben van een biomassa-installatie die een stikstofdepositie >0.00 mol/ha/jaar veroorzaakt zonder dat hiervoor een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) is afgegeven, is ook volgens verweerders een overtreding van artikel 2.7, tweede lid, van de Wnb.

Gelet op het algemeen belang, dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken.

Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:31.

Bio Energy Netherlands B.V. is - onbedoeld - in overtreding. Tijdens de PAS-periode heeft het bedrijf een PAS-melding gedaan voor haar activiteiten aan de Aziëhavenweg 10 te Amsterdam. Daarmee was zij gerechtvaardigd gestart met haar activiteiten. Ook heeft de minister aangegeven aan de Tweede Kamer in haar brief van 16 december 2019 dat dergelijke meldingen voor zover gerealiseerd, gelegaliseerd gaan worden. Dit heeft zij nogmaals herhaald in haar brief aan de Tweede Kamer van 24 april 2020.

Het traject om gedane PAS-meldingen te legaliseren is onlangs gestart. Recent zijn partijen waarvan bekend is dat zij in de periode 2015 - 29 mei 2019 een PAS-melding hebben gedaan, aangeschreven om zich te melden bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RvO). RvO voert deze inventarisatie uit namens het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV). Dit is de eerste stap in het traject om gedane PAS-meldingen te legaliseren. Aanmeldingen kunnen tot 1 oktober 2020 worden ingediend.

Voorwaarde voor legalisatie is dat het project op aan de Aziëhavenweg 10 te Amsterdam volledig is gerealiseerd óf dat er aantoonbaar stappen zijn gezet óf dat er aantoonbaar onomkeerbare investeringsverplichtingen zijn aangegaan. Verweerders constateren dat Bio Energy Netherlands B.V. de biomassa-installatie vóór 29 mei 2019 heeft gerealiseerd. Verweerders gaan er dan ook van uit dat Bio Energy Netherlands B.V. zich zal aanmelden voor het legalisatietraject. Dat kunnen zij nog doen tot 1 oktober 2020.

Nu er sprake is van een concreet zicht op legalisatie wijzen verweerders het handhavingsverzoek af.

OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE TEN AANZIEN VAN DE BEZWAREN EN DE VERWEREN

ALGEMEEN:

De commissie stelt voorop dat Bio Energy Netherlands B.V. heeft gehandeld conform de systematiek van het PAS en er dus altijd op heeft vertrouwd dat het project op basis van de PAS-melding kon worden gerealiseerd. Bio Energy Netherlands B.V. heeft tijdens de openbare hoorzitting aangegeven dat het project inmiddels voor legalisatie is aangemeld en dat het project betrokken zal worden bij het legalisatietraject dat door de RVO / BIJ12 is opgestart.

De vraag die zich in deze procedure voordoet betreft de vraag of verweerders op goede gronden hebben afgezien van handhaving. Verweerders baseren dat besluit uitsluitend op de constatering dat sprake is van concreet zicht op legalisatie, nu door de Minister de toezegging is gedaan dat de PAS-meldingen gelegaliseerd zullen worden. Verweerders wijzen op dit punt naar de kamerbrieven van 16 december 2019 en 24 april 2020 en de huidige inspanningen van de RVO / BIJ12.

De commissie heeft verweerders tijdens de openbare hoorzitting van 3 december 2020 verzocht om een toelichting op de wijze waarop de PAS-meldingen worden gelegaliseerd. Verweerders hebben toegelicht dat de bevoegde gezagen en de rijksoverheid periodiek overleg voeren om uitvoering te geven aan het legaliseringstraject en dat het RVO / BIJ12 druk doende is om te inventariseren welke projecten uiteindelijk gelegaliseerd zullen worden. Verweerders hebben voorts toegelicht dat het de bedoeling is om de eerste "batch" projecten in mei / juni te vergunnen en dus te legaliseren. Verweerders zijn nauw betrokken bij het legaliseringstraject en hebben er vertrouwen in dat de centrale van Bio Energy Netherlands B.V. binnen enkele maanden

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

vergund zal worden. Verweerders zijn van oordeel dat daarmee sprake is van concreet zicht op legalisatie en dat het handhavingsverzoek om die reden terecht is afgewezen.

De commissie onderschrijft dat de rijksoverheid en het bevoegde gezag doende zijn om de PAS-meldingen te legaliseren. De commissie kan op basis van het dossier en hetgeen ter zitting is besproken evenwel niet beoordelen of het legaliseringstraject daadwerkelijk zal resulteren in het op korte termijn vergunnen van het project van Bio Energy Netherlands B.V. Daartoe constateert de commissie allereerst dat er op dit moment nog geen vergunningsaanvraag is ingediend door Bio Energie Netherlands. Voorts constateert de Commissie dat verweerders tijdens de hoorzitting slechts in algemene termen hebben aangegeven dat een legaliseringstraject is opgestart, maar dat het voornamelijk onduidelijk is;

- (i) hoe dat traject specifiek zal worden vormgegeven;
- (ii) waar de emissieruimte vandaan komt om de stikstofdepositie van Bio Energy Netherlands B.V. te mitigeren/salderen;
- (iii) op grond van welke concrete procedure dergelijke emissieruimte aan het project zal worden toebedeeld en
- (iv) welk tijdspad met het legaliseringstraject zal zijn gemeoid.

De commissie adviseert om deze punten in de beslissing op bezwaar beter te motiveren en dus meer specifiek te onderbouwen dat in de gegeven omstandigheden sprake is van een concreet zicht op legalisatie.

Hoewel de commissie op basis van het dossier niet eenduidig kan vaststellen dat daadwerkelijk sprake is van een concreet zicht op legalisatie, betekent dat niet dat het verzoek om handhaving ten onrechte is afgewezen. Het staat voor de commissie vast dat sprake is van een bijzondere omstandigheid, nu Bio Energy Netherlands B.V. er naar het oordeel van de commissie op mocht vertrouwen dat het project op basis van de PAS-melding kon worden gerealiseerd. De commissie geeft verweerders dan ook in overweging om in de beslissing op bezwaar te onderzoeken of het verzoek om handhaving niet ook omwille van de evenredigheidstoets moet worden afgewezen. Daarbij dient naar het oordeel van de commissie ook rekening te worden gehouden met de rechtszekerheid en toepassing van het vertrouwensbeginsel. Hoewel het aan verweerders is om te beoordelen of het handhavingsverzoek daadwerkelijk (ook) op deze grond moet worden afgewezen, acht de commissie het overtuigend om in het huidige geval doorslaggevend belang te hechten aan de belangen van Bio Energy Netherlands B.V., juist ook gelet op de beperkte omvang van de stikstofdepositie die (maximaal) door de centrale wordt veroorzaakt op nabijgelegen Natura 2000-gebieden en gelet op het feit dat het project inmiddels al volledig is gerealiseerd.

Daarbij acht de commissie ook van belang dat het hier gaat om een duurzaam energieproject en dat Bio Energy Netherlands B.V. - zodra de huidige stikstofdepositie is gelegaliseerd -voornemens is om het productieproces dusdanig te wijzigen dat de uitstoot van CO₂ en stikstof verder wordt beperkt. Door de voorgenomen (gedeeltelijke) omschakeling naar waterstof zal geen/minder stikstof worden geëmitteerd.

Tegen deze achtergrond adviseert de commissie om in de beslissing op bezwaar (i) meer specifiek te onderbouwen waarom sprake is van concreet zicht op legalisatie, en/of (ii) gemotiveerd te onderbouwen in hoeverre het handhavingsverzoek ook moet worden afgewezen op basis van toepassing van het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en/of het vertrouwensbeginsel.

1. Bezwaar:

Er is geen sprake van een concreet zicht op legalisatie. Er wordt nog gewerkt aan een oplossing en er is geen ontvankelijke aanvraag ingediend.

Verweer:

Bio Energy Netherlands heeft een PAS melding gedaan en is destijds op juiste gronden

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

aangevangen met haar project en dito investeringen. Door de PAS uitspraak is het voor dit bedrijf uiterst onzeker geworden hoe haar activiteiten verder kunnen. Dat werd onderkend door de Minister die dan ook snel heeft aangekondigd dat deze PAS melders hoe dan ook gelegaliseerd gaan worden. Dat een dergelijk traject de nodige tijd vergt moge duidelijk zijn. Maar dat doet niets af aan het feit dat de legalisatie gaat plaatsvinden. In dat kader is het niet redelijk om bij een dergelijk bedrijf te gaan handhaven nu er sprake is van zicht op legalisatie (letterlijker kan het bijna niet). Er is op z'n minst sprake van een bijzondere omstandigheid en handhaven of stilleggen leidt voor de initiatiefnemer tot onevenredig grote gevolgen. Het is een kwestie van tijd dat de legalisatie gaat plaatsvinden. Deze legalisatie betreft ook de eerste prioriteit van de Minister naar aanleiding van de PAS uitspraak.

Overweging commissie

Deze bezwaargrond is reeds uitgebreid aan de orde gekomen in de hierboven opgenomen algemene overwegingen. De commissie is kort samengevat van oordeel dat verweerders nader dienen te onderbouwen waarom er sprake is van concreet zicht op legalisatie. Voorts geeft de commissie verweerders - gelet op de belangen van Bio Energy Netherlands B.V. bij het in werking blijven van de centrale - in overweging om bij de heroverweging van het besluit ook het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, te betrekken. De commissie verwijst voor haar overwegingen hieromtrent naar het in de algemene overweging reeds vermelde.

2. Bezwaar:

Handhavend optreden is ook niet onevenredig nu het niet gaat om een incidentele overtreding of een overtreding die gering van aard en ernst is.

Verweer:

Zie hierboven onder 1. Handhaven is niet redelijk vanwege het zicht op legalisatie.

Overweging commissie

Op grond van de jurisprudentie (ABRvS 29-05-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1703) kan van handhaving worden afgezien als er een concreet zicht op legalisatie is of als handhaving onevenredig zou zijn. Het gaat hier nadrukkelijk niet om cumulatieve vereisten.

De commissie stelt vast dat het besluit tot afwijzing van het handhavingsverzoek niet is gebaseerd op de evenredigheidstoets. Tijdens de hoorzitting hebben verweerders nog eens bevestigd dat de reden om het handhavingsverzoek af te wijzen alleen is gelegen in het concreet zicht op legalisatie. Zoals in de hierboven opgenomen algemene overwegingen geeft de commissie verweerders juist in overweging om in de beslissing op bezwaar te onderzoeken of het handhavingsverzoek ook omwille van de evenredigheidstoets moet worden afgewezen.

3. Bezwaar:

Het betreffende legaliseringstraject biedt onvoldoende zekerheid dat de illegale situatie daadwerkelijk zal worden beëindigd, dan wel gelegaliseerd. Bezwaarde komt hierdoor in een onzekere rechtspositie te verkeren.

Verweer:

Inmiddels is de Minister gestart met het inzichtelijk krijgen welke PAS melders nog gelegaliseerd dienen te worden. Diversen zijn al op een andere wijze tot een legalisatie gekomen, zodat dit

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

steeds inzichtelijker wordt. Dit geeft ook aan dat het traject gestart is om tot legalisatie te komen en dat verweerders daarmee het onevenredig vinden om nu alsnog te gaan handhaven bij dit bedrijf. In 2021 zullen de eerste PAS meldingen naar verwachting gelegaliseerd kunnen worden, waarbij prioriteit zal worden gegeven aan prioritaire projecten en projecten waartegen handhavingsverzoeken lopen zoals onderhavige.

Gelet op de onevenredig grote gevolgen voor de initiatiefnemer, achten verweerders het opportuun om het landelijke legalisatietraject af te wachten.

Overweging commissie

De commissie constateert in dit advies dat het bevoegd gezag slechts op hoofdlijnen heeft onderbouwd dat sprake is van een concreet zicht op legalisatie. Hoewel de commissie het niet onjuist acht om het handhavingsverzoek af te wijzen, is naar het oordeel van de Commissie sprake van een motiveringsgebrek en zo bezien kan de Commissie zich voorstellen dat de Stichting Leefmilieu opkomt tegen de overwegingen uit het primaire besluit. Tijdens de hoorzitting heeft derde belanghebbende verklaard dat het bedrijf zich voor 1 oktober 2020 heeft aangemeld bij RVO en dat zij in januari 2021 de inhoudelijke melding zullen indienen. Hoewel de aanmelding nog geen aanvraag in de zin van de Awb is, waardoor de commissie op zich het bezwaar van bezwaarde begrijpt, deelt de commissie het standpunt van bezwaarde, dat het onvoldoende zeker is dat de overtreding beëindigd zal worden, niet.

4. Bezwaar:

Het besluit is onzorgvuldig tot stand gekomen, het handhavingsverzoek heeft immers ook betrekking op SO₂, HCl, HF en andere verontreinigende stoffen die effect hebben op Natura 2000-gebieden.

Tijdens de zitting heeft derde belanghebbende uitgelegd dat de betreffende inrichting niet stookt, maar vergast. Bezwaarde heeft dit bezwaarpunt daarom ingetrokken. Dit punt wordt dan ook niet behandeld.

5. Bezwaar:

Bedrijven horen de wet kennen, er is dus geen sprake van een 'onbedoelde' overtreding.

Verweer:

Dit bedrijf heeft een PAS melding ingediend en juist voor PAS melders heeft de Minister aangegeven in een aantal brieven aan de Tweede Kamer dat zij een legalisatieslag aan het voorbereiden is, zodat deze PAS melders alsnog een vergunning krijgen. Ook hiervoor geldt dat er tijd nodig is om een dergelijke operatie voor te bereiden en uit te voeren. Inmiddels vordert dit traject dusdanig dat verweerders alle vertrouwen in een goede afloop hebben en zodoende ook niet tegen dergelijke bedrijven handhavend zullen optreden.

Overweging commissie

Verweerders en het bedrijf zijn zich terdege bewust van de wet en de discrepantie waar momenteel sprake van is. Echter, op het moment van het realiseren van de bmi was geen sprake van een overtreding, ook geen onbedoelde. Het element 'onbedoeld' zit hem dan in het feit dat men na de oprichting in overtreding is geraakt. Dat was onbedoeld. De bmi is niet gerealiseerd in de wetenschap, of met de bedoeling, dat daarmee de wet overtreden zou worden. Hierboven is de commissie ingegaan op het zicht op legalisatie van de overtreding.

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

6. Bezwaar:

Door het afwijzen van het handhavingsverzoek wordt bezwaarde buitenspel gezet. De toegang tot de rechter wordt belemmerd.

Verweer:

In het geval verweerders zouden afstappen van het ingeslagen handhavingstraject, dienen zij dat ook gemotiveerd te doen. Dat dit lichtvoetig zou gebeuren is dus niet waarschijnlijk en niet aannemelijk. De bezwaarde wordt geenszins buitenspel gezet.

Overweging commissie

Bezwaarde kan - en heeft dat ook gedaan - bezwaar maken tegen de afwijzing van het handhavingsverzoek. Tevens is het voor bezwaarde mogelijk om een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening in te dienen bij de Rechtbank. Indien bezwaarde het niet eens is met de beslissing op bezwaar kan beroep worden ingesteld. Het is dan ook niet zo dat de toegang tot de rechter wordt belemmerd.

ADVIES VAN DE COMMISSIE

De commissie komt op basis van de stukken en het besprokene tijdens de op 3 december 2020 gehouden openbare hoorzitting tot de volgende conclusie. Nu er geen ontvankelijke aanvraag is ingediend om de na de 'PAS-uitspraak' ontstane overtreding te legaliseren en verder vooralsnog onduidelijk is

- (i) hoe het legalisatietraject specifiek zal worden vormgegeven,
 - (ii) waar de emissieruimte vandaan komt om de stikstofdepositie van Bio Energy Netherlands B.V. te mitigeren/salderen,
 - (iii) op grond van welke concrete procedure dergelijke emissieruimte aan het project zal worden toebedeeld en
 - (iv) welk tijdsplan met het legaliseringstraject zal zijn gemoed,
- beschikt de commissie op dit moment niet over voldoende informatie om vast te stellen dat daadwerkelijk sprake is van een concreet zicht op legalisatie.

De commissie geeft verweerders in overweging om in de heroverweging het besluit aan te vullen door ook in te gaan op het belang van Bio Energy Netherlands B.V. bij het in werking blijven van de bmi, op de omvang van de overtreding, op het bij haar gewekte vertrouwen dat zij de bmi zou kunnen realiseren en de toezegging van de Minister dat de PAS melders een vergunning zullen krijgen.

Om die reden adviseert de commissie om in de beslissing op bezwaar

- (i) meer specifiek te onderbouwen dat sprake is van concreet zicht op legalisatie en/of
- (ii) gemotiveerd te onderbouwen in hoeverre het handhavingsverzoek moet worden afgewezen op basis van toepassing van het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en/of het vertrouwensbeginsel.

Het vorenstaande geeft de commissie aanleiding Gedeputeerde Staten van Noord-Holland met betrekking tot het bezwaarschrift van Vereniging Leefmilieu te Nijmegen d.d. 20 oktober 2020 te adviseren bezwaarde in haar bezwaren te ontvangen, het bestreden besluit in stand te laten en een nadere motivering te geven in de hiervoor bedoelde zin.


Alleen indien het bevoegd gezag op basis van de heroverweging van het primaire besluit tot het oordeel zou komen dat geen sprake is van een concreet zicht op legalisatie en dat handhavend optreden niet zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat daarvan in dit geval behoort te worden afgezien, dient het primaire besluit naar het oordeel van de Commissie te worden herroepen.

Hoor- en adviescommissie

1510957/1535847

Haarlem, donderdag 3 december 2020

de Hoor- en adviescommissie,
Kamer II



fungerend secretaris



mr. G.E. Creijghton-Sluijk,

voorzitter