

ANNOTATIE

Hans Paul Nijhoff

*Annotatie bij Raad van State, 25-04-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3940
(OGR-2012-0079)*

1. Volgens de onderhavige uitspraak geldt als regel dat ervan uit mag worden gegaan dat de maatregelen die in de BREF's als beste beschikbare techniek (BBT) worden aangemerkt ook kosteneffectief zijn voor de installaties die onder de IPPC-richtlijn vallen. Een afweging van de kosteneffectiviteit van de in de BREF genoemde maatregelen is dan niet meer nodig. In de Nederlandse Emissierichtlijnen Lucht (NeR) en het hier van toepassing zijnde BREF Aardolie- en aardgasraffinaderijen (hierna: het BREF) worden hierop enkele uitzonderingen gemaakt. Een van deze uitzonderingen is de situatie dat zich bij een bestaande installatie 'bijzondere omstandigheden' voordoet. In dat geval kan een afweging van de kosteneffectiviteit van de BBT-maatregelen alsnog bij de beoordeling worden betrokken (lees rechtsoverwegingen 2.11.4 en 2.11.5).

Vervolgens overweegt de Afdeling dat hetgeen appellanten hebben aangevoerd, geen grond geeft voor het oordeel dat het college zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de genoemde uitzondering zich hier voordoet. Een nadere beoordeling van de kosteneffectiviteit van de maatregel die nodig is om de emissie van SO₂ verder terug te dringen, leidt tot de conclusie dat deze maatregel niet kosteneffectief is, zodat het college in redelijkheid heeft kunnen afzien van het voorschrijven van deze maatregel (r.o. 2.11.7).

Wat allereerst opvalt, is dat nergens in de uitspraak wordt vermeld wat precies door appellanten is aangevoerd om aan te tonen dat de uitzondering zich niet voordoet. Tevens rijst de vraag waarom appellanten moeten aantonen dat de uitzondering zich niet voordoet. Het lijkt mij eerder tot de bewijslast van het bevoegd gezag te behoren om te onderbouwen dat de uitzondering zich wel voordoet. En verder blijft in de uitspraak ongewis wat nu precies de 'bijzondere omstandigheden' zijn die de uitzondering rechtvaardigen. Dit in tegenstelling tot de uitspraak van de Afdeling van 9 mei 2012 (200904322/T1/A4) waarin wordt overwogen dat

deze omstandigheid bestond uit het ontbreken van voldoende ruimte om de (BBT-)installatie op de daarvoor meest in aanmerking komende plaatsen te kunnen bouwen. Deze omstandigheid sluit aan bij het voorbehoud dat in hoofdstuk 5 van het BREF wordt genoemd ('Existing installations may have factors such as space or height limitations that prevent full adoption of some of those techniques'; zie r.o. 2.11.5).

2. De Afdeling beroept zich op de uitzonderingen als genoemd in NeR (paragraaf 2.1.5) en de hiervoor genoemde passage uit het BREF om in dit geval - op basis van het aspect kosteneffectiviteit - af te zien van het voorschrijven van maatregelen op BBT-niveau. Bij dit oordeel van de Afdeling zijn kanttekeningen te plaatsen.

In de eerste plaats is onduidelijk waarop de uitzonderingen zijn gebaseerd. In ieder geval niet op de IPPC-richtlijn en de Wet milieubeheer (thans Wabo) die zonder enig voorbehoud verplichten tot het toepassen van ten minste de voor de inrichting in aanmerking komende BBT (zie redactie artikel 9, vierde lid en artikel 10 IPPC-richtlijn, artikel 8.11, derde lid, Wm (oud), thans artikel 2.14, eerste lid, onder c10 van de Wabo en artikel 5.3 Besluit omgevingsrecht). Voorts kunnen de uitzonderingen ook niet zijn gebaseerd op de wetsgeschiedenis die in dit opzicht volstrekt helder is. In de nota van toelichting bij artikel 5a.1 van het voormalige Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer (thans artikel 5.4 Besluit omgevingsrecht) wordt over 'het bepalen van de beste beschikbare technieken' namelijk opgemerkt dat 'de kosteneffectiviteit van maatregelen die in een BREF of in een andere bij ministeriële regeling aangewezen richtlijn als BBT zijn aangemerkt, bij een bedrijf uit de betrokken bedrijfstak niet meer ter discussie staat. De kosteneffectiviteit van maatregelen is pas relevant voor zover het maatregelen betreft die (nog) niet in een BREF of andere aangewezen richtlijn als BBT zijn aangemerkt. Verder zal nog wel in een concreet geval, wanneer verschillende BBT met een gelijkwaardige milieuopbrengst in aanmerking komen, bij de uiteindelijke keuze van BBT voor het etrokken bedrijf de kosteneffectiviteit van de te kiezen BBT relevant kunnen zijn' (zie nota van toelichting bij Besluit van 8 oktober 2005, wijziging Ivb i.v.m. implementatie IPPC-richtlijn; Stb 2005, 527, pagina's 15 en 16).

De uitzonderingen waarop de Afdeling haar uitspraak baseert, vallen dus niet onder de - voor kosteneffectiviteit relevante - gevallen die in de nota van toelichting worden genoemd.

Concluderend is het dus toegestaan om op basis van de NeR en het BREF af te wijken van of zelfs in strijd te handelen met Europese (IPPC-richtlijn) en Nederlandse regelgeving (Wabo) zonder dat deze regelgeving dan wel de bijbehorende wetsgeschiedenis daarvoor een grondslag of aanknopingspunt biedt. De NeR is geen wet maar een richtlijn. De juridische

status van een BREF is niet heel anders dan die van de NeR. Zowel de NeR als het BREF is een referentiedocument waarmee op grond van artikel 5.4, tweede lid, onder a, van het Besluit omgevingsrecht en bijlage 1 van de Regeling omgevingsrecht (voorheen: de Regeling aanwijzing BBT-documenten) rekening moet worden gehouden bij het bepalen van BBT. Maar geeft dat deze documenten de juridische status om af te wijken van de wettelijke verplichting om ten minste BBT toe te passen?

Wat betreft de (BBT-)emissienorm van 99,5% nog het volgende. Een ontzwavelingsrendement van 99,5% was reeds in 1992 voor Nederland te beschouwen als 'stand der techniek' voor (destijds) nieuwe installaties. Bij het verlenen van de milieuvergunning van 2007 was het college van gedeputeerde staten nog van mening dat het rendement van de zwavelterugwinningsinstallaties minimaal 99,5% zou moeten bedragen. Door in het onderhavige besluit een rendement van 99% voor te schrijven, is het college daar dus van teruggekomen. In de praktijk betekent dit dat een aanzienlijk aantal tonnen aan extra SO₂ wordt uitgestoten. Het toepassen van de in geding zijnde BBT-voorziening zou gepaard gaan met ruimtelijke en technische consequenties. Er was echter een alternatief denkbaar, namelijk extra aardgasinzet waarmee het rendement van 99,5% ook zou kunnen worden bereikt. In het bedrijf werd al voor 75% met aardgas gestookt en bovendien was deze vorm van compensatie al eerder toegepast bij de vergunningen van 1999 en 2007.

3. Afgezien van dit concrete geval kan in zijn algemeenheid worden gesteld dat het BBT-vereiste dat met de wijziging van de Wm en de Wvo op 1 december 2005 in de Nederlandse wetgeving is geïntroduceerd (Stb 2005, 432), van meet af aan nogal is gemarginaliseerd. Dat geldt dan niet voor de regelgeving omdat de IPPC-richtlijn op correcte wijze in (in elk geval) de Wm en thans de Wabo is geïmplementeerd, maar voor de toepassing in de praktijk. Deze stelling kan worden toegelicht aan de hand van enkele voorbeelden. In de IPPC-richtlijn (2008/1/EG) wordt onder meer gesteld dat een hoog beschermingsniveau voor het milieu moet worden nagestreefd (zie overwegingen richtlijn onder 9, 10, 17, 18 en artikel 9, eerste lid) en dat het begrip BBT een dynamisch begrip is dat moet beantwoorden aan de stand der techniek (richtlijn, overweging 21 en artikel 11) en moet leiden tot het geregeld actualiseren van de vergunningsvoorwaarden (richtlijn, overweging 23 en artikel 13). Al deze punten zijn overgenomen in de Nederlandse wetgeving (zie artikel 8.11, derde lid, Wm (oud), thans artikel 5.3 Besluit omgevingsrecht en artikel 8.22 Wm (oud), thans artikel 2.31, eerste lid, onder b van de Wabo). De praktijk is eerder tegengesteld. Aan de hand van de hiernavolgende voorbeelden zou kunnen worden gesteld dat 'ten minste BBT in de praktijk neerkomt op 'ten hoogste BBT ... en liefst nog wat minder'.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het bevoegd gezag op grond van het uitgangspunt 'het bereiken van een hoog beschermingsniveau voor het milieu' verplicht is om steeds die keuzes te maken die de grootst mogelijke bescherming van het milieu bieden (zie Kamerstukken II 2003/04, 29 711, nr. 3, p. 11 en Kamerstukken II 2004/05, 29 711,

nr. 6, p. 5; zie ook de toelichting bij het Besluit implementatie IPPC-richtlijn en EG-inspraakrichtlijn, Stb 2005, 527, p.9). Verschillende BREF's kennen een prestatierange, dat wil zeggen een bandbreedte in emissiegrenswaarden waardoor een keuze kan worden gemaakt tussen een meer of minder vergaand beschermingsniveau. In de praktijk kiezen de betrokken bestuursorganen vrijwel altijd voor de bovengrens van de prestatierange, dus voor het minst vergaande beschermingsniveau. De Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel dat deze keuze behoort tot de beoordelingsvrijheid van het bevoegd gezag. De Afdeling gaat nog iets verder. Indien in het BREF emissiegrenswaarden zijn gesteld (voor bijv. stof) met een halfuursgemiddelde en een daggemiddelde, wordt aan het BBT-vereiste voldaan indien één van de twee grenswaarden binnen de (bovengrens van de) prestatierange van het BREF valt (o.a. 200705503/1 en 200707551/1).

Ook van het actualiseren van vergunningen komt in de praktijk weinig terecht. In 2007 was nog maar 25% van de vergunningen voor bedrijven met IPPC-installaties geactualiseerd (zie brief minister Vrom aan Tweede Kamer, 'Achterstand implementatie IPPC-richtlijn', kenmerk DGM/SB2007046125). Er zijn bij mijn weten geen concrete aanwijzingen waaruit zou blijken dat dit percentage anno 2012 veel hoger uitvalt.

De verantwoordelijke bestuursorganen zijn dus niet heel erg actief op dit gebied.

Een bijkomende factor die het actualiseren bemoeilijkt, is de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak die ertoe strekt dat het actualiseren van de vergunning naar BBT-niveau niet mogelijk is als daarmee de grondslag van de (oorspronkelijke) vergunningaanvraag wordt verlaten (o.a. 201008091/1/M2 en 201011891/1/A4).

Het is nooit helemaal duidelijk geworden welke criteria daarbij worden gehanteerd. Wellicht meer relevant is dat deze rechtspraak belemmerend is voor het flexibel omgaan met bestaande rechten waardoor industriële ontwikkelingen worden geblokkeerd. Immers, door het aanscherpen van vergunningen van bedrijven die niet voldoen aan het BBT-niveau kan weer ruimte worden gecreëerd voor de vestiging of uitbreiding van andere bedrijven. De wetgever gaat hier overigens in voorzien door het opnemen van een nieuw artikel in de Wabo (artikel 2.31a) waardoor het bevoegd gezag een omgevingsvergunning kan wijzigen zonder dat het gebonden is aan de grondslag van de oorspronkelijke vergunning. Naar verwachting treedt het artikel op 1 januari 2013 in werking.

Een laatste punt dat ik hier noem, is de wijze waarop met BBT-documenten (bijv. de BREF's) wordt omgegaan. Zoals gezegd zijn deze documenten bestemd als referentiedocument, dat wil zeggen dat ze een indicatie vormen bij het bepalen van het BBT-niveau. In Nederland worden ze in de praktijk meestal gehanteerd als het enige en uitsluitende referentiekader. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat in artikel 5a.1 van het voormalige Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer (thans artikel 5.4 Besluit omgevingsrecht) meer aspecten worden genoemd die bij het bepalen van BBT moeten worden betrokken, zoals bijvoorbeeld de vooruitgang van de techniek.

Uit de IPPC-richtlijn volgt dat BBT een dynamisch begrip is dat de 'stand der techniek' moet representeren. De BREF's representeren niet (meer) altijd de stand der techniek. Aanvankelijk was het de bedoeling om de BREF's om de drie jaar te actualiseren. Dit voornemen is echter nooit gerealiseerd. Een aantal BREF's is (zeer) gedateerd (soms meer dan tien jaar oud). Op grond van de in 2011 in werking getreden Richtlijn industriële emissies (RIE) moet de Europese Commissie er thans naar streven de BREF's uiterlijk acht jaar na de publicatie van de vorige versie te hebben geactualiseerd. In een periode van acht jaar kan sprake zijn van aanzienlijke wijzigingen (ontwikkelingen) in de stand der techniek. Dat pleit ervoor om bij het bepalen van BBT niet uitsluitend en alleen af te gaan op de BREF's (of andere BBT-documenten), maar ook daarbuiten alert te zijn op ontwikkelingen in de stand der techniek (lees artikel 5.4 Besluit omgevingsrecht).

Een bijkomend argument is dat men zich moet realiseren dat de BREF's het resultaat zijn van onderhandelingen waarbij alle EU-landen (thans 27) zijn betrokken. De BREF's worden voorbereid in een technische werkgroep. Iedere technische werkgroep bestaat uit technische experts van lidstaten, bedrijfstakken, niet-gouvernementele organisaties die zich inzetten voor milieubescherming (vertegenwoordigd door European Environmental Bureau) en de Europese Commissie. De leden van de technische werkgroep worden door de lidstaten en de industrie voorgedragen. Het uiteindelijke resultaat is dus een 'compromis' dat mede is bepaald door belangengroepen en landen met zeer uiteenlopende ambities op het gebied van het milieu.

De maatregelen die in BREF's worden genoemd, zijn dan ook niet zelden technieken die decennia geleden al in Nederland en in andere landen met een (meer) moderne industrie werden toegepast. De term 'best beschikbare technieken' moet dan ook met enige reserve worden beschouwd.

Toch wordt de prominente rol van de BREF's en/of andere BBT-documenten telkens in de jurisprudentie bevestigd. Daarbij is opmerkelijk dat niet is vereist dat dit de nieuwste versies van deze documenten zijn. Zo oordeelt de Afdeling dat ondanks de beschikbaarheid van een

nieuwere versie van een BBT-document (i.c. niet een BREF maar de NeR) het bevoegd gezag terecht aansluiting heeft gezocht bij de (oude) versie die (nog) wordt genoemd in de Regeling aanwijzing BBT-documenten (thans bijlage 1 van de Regeling omgevingsrecht). Ten tijde van het besluit tot vergunningverlening was de nieuwe versie van het BBT-document al van kracht, maar omdat de nieuwe versie nog niet was opgenomen in de (gedateerde) Regeling aanwijzing BBT-documenten kon het bevoegd gezag nog steeds aansluiting zoeken bij de oude versie (ABRvS 11 mei 2011, nr. 201002353/1/M2, opgenomen in StAB 3-2001, nr. 11-85 m. nt. Valérie van 't Lam). Aldus wordt het statische karakter van BBT-documenten door jurisprudentie gelegitimeerd.

Met de onderhavige uitspraak van de Afdeling van 25 april 2012 wordt toegestaan om op basis van kosteneffectiviteit een geringer beschermingsniveau voor te schrijven dan het (veronderstelde) BBT-niveau in de BREF's. Dat roept de vraag op of de absolute ondergrens zo langzamerhand niet is bereikt. Het vaststellen van BBT vindt niet voor niets plaats op het niveau van de desbetreffende sector of bedrijfstak (lees de definitie van BBT in artikel 1.1 van de Wabo). De gedachte hierachter is dat soortgelijke bedrijven met soortgelijke maatregelen moeten worden geconfronteerd waardoor concurrentievervalsing wordt voorkomen. Door telkens de individuele (bedrijfs)uitzondering op te zoeken, ontstaat het risico dat dit uitgangspunt wordt doorkruist. Het is dan ook twijfelachtig of de desbetreffende bedrijfstak als geheel hiermee een dienst wordt bewezen.

In plaats van uitsluitend op BBT-documenten te focussen, zouden bestuursorganen zo nu en dan ook andere in artikel 5.4 van het Besluit omgevingsrecht genoemde aspecten bij hun beoordeling kunnen betrekken (de grondslag voor de BREF's ligt vast in het tweede lid, onder a van deze bepaling). Niet voor niets wordt in de Mededeling over de tenuitvoerlegging van de IPPC-richtlijn over het begrip BBT het volgende opgemerkt: 'De definitie van beste beschikbare technieken vereist dat de ontwikkeling van de techniek plaatsheeft op een schaal die implementatie in de sector mogelijk maakt. De doorslag voor ondersteuning van een techniek als beste beschikbare techniek kan komen van één of meerdere installaties die de techniek ergens ter wereld toepassen.' De neerslag van deze mededeling is terug te vinden in o.a. artikel 5.4, eerste lid, onder d, van het Besluit omgevingsrecht waarin wordt vermeld dat vergelijkbare processen, apparaten of wijzen van bedrijfsvoering die in de praktijk zijn beproefd bij de bepaling van BBT moeten worden betrokken. Bij het bepalen van BBT is het dus ook wenselijk om te kijken naar technieken die (al) in de praktijk gangbaar zijn. Daarbij kan het gaan om installaties in dezelfde bedrijfstak, maar ook om installaties uit andere bedrijfstakken met vergelijkbare processen.

Op grond van artikel 5.4, eerste lid, onder e van het Besluit omgevingsrecht dient onder andere de vooruitgang van de techniek bij het bepalen van BBT te worden betrokken. In de nota van

toelichting bij deze bepaling staat vermeld dat in het kader van een vergunningprocedure het bedrijf en het bevoegd gezag alert moeten zijn op ontwikkelingen met betrekking tot BBT die nog niet in de BREF's of in andere richtlijnen zijn gedocumenteerd (Stb. 2005, 527, p. 16).

Het voorgaande illustreert dat tevens moet worden gekeken naar wat in de praktijk gebeurt. Daarmee zou meer recht worden gedaan aan het dynamische karakter van het begrip BBT zoals dat door de IPPC-richtlijn en door de Nederlandse wetgever is beoogd.

4. Op 6 januari 2011 is de Richtlijn Industriële Emissies (2010/75/EU, RIE, of Industrial Emissions Directive, IED) in werking getreden. Deze richtlijn omvat een integratie van de IPPC-richtlijn met de Richtlijn grote stookinstallaties, de Afvalverbrandingsrichtlijn, de Oplosmiddelenrichtlijn en drie Richtlijnen voor de titaandioxide-industrie. De EU-lidstaten hebben twee jaar om de richtlijn te implementeren in de nationale wet- en regelgeving.

Met het RIE wordt onder meer beoogd om het gebruik van de BREF documenten in de lidstaten van de EU te verduidelijken en te intensiveren. De verduidelijking geschiedt onder andere door te bepalen dat de BBT-conclusies (de belangrijkste en meest concrete bestanddelen van de BREF-documenten) de referentie vormen voor het vaststellen van de vergunningsvoorwaarden (artikel 14, derde lid, RIE). Bij het verschijnen van nieuwe BBT-conclusies moet de vergunning worden getoetst en - indien noodzakelijk - binnen vier jaar worden geactualiseerd (artikel 21, derde lid, RIE). Op deze wijze wil de richtlijn waarborgen dat met het oog op de technische ontwikkelingen zowel de BREF-documenten als de vergunningen actueel blijven. Van de bevoegde autoriteiten (bestuursorganen) wordt dus een meer alerte en actieve opstelling verwacht ten aanzien van de ontwikkelingen op het gebied van BBT en de actualisering van vergunningen.

Nieuw ten opzichte van de huidige IPPC-richtlijn is de in het vierde lid van artikel 15 van het RIE opgenomen mogelijkheid om in specifieke gevallen en onder bepaalde voorwaarden emissiegrenswaarden te stellen die minder streng zijn dan de met toepassing van BBT geassocieerde emissieniveaus. Daarmee is in het RIE - in tegenstelling tot de IPPC-richtlijn - een grondslag gecreëerd voor het stellen van eisen die niet overeenkomen met het BBT-niveau. Overigens blijft ook de mogelijkheid in stand om strengere voorwaarden te stellen (artikel 14, vierde lid en artikel 18 RIE).

De reden van de verzwaring van de status van de BREF-documenten is dat uit analyse is gebleken dat de implementatie van BBT te wensen overlaat. Daardoor worden bepaalde milieudoelstellingen op EU-niveau niet gerealiseerd en blijft de concurrentievervalsing binnen de EU-landen aanzienlijk. Deze ontwikkeling zal eerder te maken hebben met de

opstelling van andere EU-lidstaten dan Nederland ten aanzien van de toepassing van BBT. Desalniettemin onderstreept het RIE de noodzaak van het actueel houden van vergunningen en het alert blijven op het bestaan van nieuwe inzichten en betere technieken.

Het RIE zal leiden tot aanpassingen in de Nederlandse wetgeving, onder andere artikel 5.4 van het Besluit omgevingsrecht. De wijziging brengt mee dat de volgorde van de oorspronkelijke twee leden van artikel 5.4 is omgekeerd. In het eerste lid van artikel 5.4 Besluit omgevingsrecht komt nu als hoofdregel te staan dat het bevoegd gezag rekening moet houden met BBT-conclusies en met de bij ministeriële regeling aangewezen BBT-documenten. Als er vanuit de Europese Commissie BBT-conclusies worden gepubliceerd bij een specifieke BREF, dan zal de betreffende BREF en de bijbehorende oplegnotitie uit bijlage 1 bij de Regeling omgevingsrecht worden verwijderd. De nieuwe BBT-conclusies hoeven niet meer apart te worden aangewezen als BBT-document.

Verder zijn de thans in het eerste lid van artikel 5.4 genoemde aspecten in het gewijzigde artikel opgenomen in het derde lid. Dit onderdeel zegt dat bij het vaststellen van BBT in ieder geval met deze aspecten rekening moet worden gehouden.

Ten slotte wordt aan artikel 5.10 Besluit omgevingsrecht ('Actualisatieplicht') een lid toegevoegd waarin komt te staan dat het bevoegd gezag binnen vier jaar na publicatie van de BBT-conclusies voor de hoofdactiviteit van de betreffende IPPC-installatie, de vergunning:

- moet toetsen aan de nieuwe BBT-conclusies,;
- indien nodig de voorschriften moet actualiseren,;
- moet controleren dat de inrichting na aanpassing van de vergunningvoorschriften aan de nieuwe voorschriften voldoet.