

MEMO

VAN: Irma van den Berg

AAN: Gemeente Diemen
T.a.v. de heer M. Cornelissen en
Mevrouw A. Pet

CC:

DATUM	DOSSIER	PAGINA
24 juni 2019	63.470	1/7
ONDERWERP	BETREFT	
Reactie op advies / second opinion	Omgevingsvergunning biomassacentrale	

Geachte heer Cornelissen, mevrouw Pet,

U heeft mij gevraagd te reageren op het advies / de second opinion die op verzoek van de gemeenteraad van Diemen is opgesteld door Höcker Advocaten over de aan de raad gevraagde verklaring van geen bedenkingen (vvgb). Dat doe ik hierbij.

Het advies van Höcker Advocaten is gegoten in de vorm van een brief en een motivering die de raad zou kunnen gebruiken indien de raad de vvgb voor de biomassacentrale zou willen weigeren. In de motivering wordt op drie onderwerpen ingegaan: 1) draagvlak, 2) CO₂-uitstoot en 3) stikstofuitstoot en de PAS-uitspraken van 29 mei 2019. Ik zal hierna eerst mijn conclusie weergeven, en daarna op ieder onderwerp reageren. Ook ga ik op uw verzoek kort in op de mogelijkheden van beroep tegen de te nemen besluiten en op mogelijke schaderisico's.

Conclusie

Höcker Advocaten stelt dat een eventuele weigering van de vvgb vanwege de CO₂- en de stikstofproblematiek het zou moeten 'houden' bij de rechter. Hoewel de raad een ruime

DATUM
24 juni 2019

DOSSIER
63.470

PAGINA
2/7

beleidsruimte heeft¹ en zowel op het punt van de CO2-uitspraken als de stikstofproblematiek veel nog onduidelijk is of ter discussie staat, ben ik daar minder optimistisch over.

In het advies en de motivering is niet inhoudelijk gereageerd op de onderbouwing in de aanvraag van Nuon dat de biomassacentrale – in combinatie met andere maatregelen - een bijdrage kan leveren aan duurzaamheid en het terugdringen van CO2-uitstoot. Ook is de vraag of CO2-uitstoot op zichzelf een ruimtelijk relevant belang is dat de raad in de afweging ter zake van de vvgb mag betrekken. Ik betwijfel dat.

Wat betreft stikstofuitstoot staat voorop dat niet de raad, maar GS het bevoegde gezag is om te beslissen over de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb). In het kader van de ruimtelijke afweging van de raad is slechts de vraag of de Wnb in redelijkheid aan de uitvoerbaarheid van het project in de weg staat.² Vanwege de zogenaamde ‘PAS-uitspraken’ van 29 mei 2019 kan de PAS niet meer aan een Wnb-vergunning ten grondslag worden gelegd. De precieze gevolgen van de PAS-uitspraken zijn nog niet duidelijk. Maar in dit geval is m.i. aannemelijk dat de PAS en de daaraan grondslag liggende passende beoordeling niet nodig zijn om het project mogelijk te maken. De uitvoerbaarheid van het project is dan niet in het geding.

De raad kan de vvgb alleen weigeren in het belang van een goede ruimtelijke ordening.³ Als de raad de vvgb weigert op andere dan ruimtelijke of op ondeugdelijke gronden, dan bestaat het risico dat dit besluit door een rechter wordt vernietigd en dat de gemeente (mede) schadeplichtig wordt. Gelet op het voorgaande is een dergelijk scenario in dit geval bij weigering van de vvgb m.i. niet uit te sluiten.

Reactie

Draagvlak

1. In de door Höcker Advocaten opgestelde motivering is verwezen naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 3 april 2019, waaruit blijkt dat er geen wettelijke regel is die bepaalt dat een nieuwe ruimtelijke ontwikkeling alleen mogelijk mag worden gemaakt als daarvoor voldoende draagvlak bestaat bij bewoners, ondernemers, en belangenorganisaties in het gebied. Zoals ook in de motivering vermeld, betekent dit echter niet dat draagvlak geen enkele rol speelt in de besluitvorming. Het is een aspect dat zich vertaalt in de afweging tussen de nationale, provinciale en gemeentelijke belangen bij een duurzame energievoorziening en onder meer de belangen van omwonenden.⁴ Dit moeten dan

¹ Vgl. ABR 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2189, MenR 2018/102.

² Zie mijn advies van 21 december 2018, punt 42 e.v.

³ Artikel 2.27 lid 3 Wabo in samenhang met artikel 6.5 lid 2 Besluit omgevingsrecht (Bor).

⁴ ABR 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, r.o. 24.1. Zie ook ABR 19 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1947, r.o. 29.

DATUM
24 juni 2019

DOSSIER
63.470

PAGINA
3/7

belangen zijn waarin omwonenden direct worden geraakt, bijvoorbeeld lucht en geluid.

2. De kern van de uitspraak van de Afdeling is dat het al dan niet bestaan van draagvlak niet beslissend is voor de rechtmatigheid van het ruimtelijke besluit. Het niet bestaan van draagvlak kan dan ook niet aan de afgifte van vvgb in de weg staan. In de motivering wordt dit ook niet gesteld, en dat lijkt mij juist.

CO2-uitstoot

3. In de motivering van Höcker Advocaten wordt uitvoerig en met kracht van argumenten betoogd dat een goede ruimtelijke ordening zich verzet tegen het verlenen van planologische medewerking aan de aangevraagde oprichting en in bedrijf nemen van de nieuwe biomassacentrale. Reden hiervoor is dat de CO2-uitstoot van biomassa per eenheid opgewekte energie volgens onder meer de EASAC groter is dan die van de fossiele brandstoffen, en de herplant van bomen dit effect onvoldoende wegneemt. In de motivering wordt gesteld dat de biomassacentrale aanzienlijk ongunstiger effecten zal hebben op de omgeving, met name op de atmosfeer, dan de bestaande vormen van gasgestookte energieopwekking in de NUON-centrale.
4. Uit de EASAC-documenten blijkt inderdaad dat biomassa ten opzichte van de fossiele brandstoffen de CO2-uitstoot vergroot. In het meest recente document wordt daarom gewezen op het grote en urgente belang om het gebruik van biomassa aan wetenschappelijk onderbouwde standaarden te binden.⁵
5. De Nederlandse regering stelde zich op 21 mei 2019 op het standpunt dat zij biomassa beschouwt als duurzaam, mits aan een aantal strikte voorwaarden wordt voldaan.⁶ Ook in de Memorie van Toelichting op de het wetsvoorstel ‘Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie’ wordt op deze optie ingegaan.⁷ Ik wijs er op dat Nuon in de onderbouwing van de aanvraag heeft betoogd en met diverse documenten heeft onderbouwd dat de biomassacentrale aan strikte voorwaarden voldoet en een positieve bijdrage aan de afname van CO2-uitstoot kan leveren, vooruitlopend op en naast andere groene warmtebronnen.⁸ Op deze documenten wordt in het advies en de motivering niet inhoudelijk gereageerd.

⁵ EASAC, ‘Forest bioenergy, carbon capture and storage, and carbon dioxide removal: an update’, (pag 1), February 2019, <https://easac.eu/publications/details/forest-bioenergy-carbon-capture-and-storage-and-carbon-dioxide-removal-an-update/>

⁶ Brief minister Wiebes aan de Tweede Kamer van 21 mei 2019, DGKE-K/19118886; zie specifiek de antwoorden op vragen 5 en 10.

⁷ Tweede Kamer, 2018-2019, 35 167, nr. 3 , pag. 10.

⁸ Zie de notitie ‘Duurzaamheid biomassa’, ‘Beoordeelde alternatieven duurzame stadswarmte’ en de ‘Wabo-aanvraag biomassaketel Nuon.’

DATUM
24 juni 2019

DOSSIER
63.470

PAGINA
4/7

6. Daarnaast is de vraag of de CO₂-problematiek een rol kan spelen in de ruimtelijke afweging die de raad moet maken. Höcker Advocaten stelt terecht dat dit nog niet is uitgekristalliseerd. Volgens Höcker Advocaten is het effect van CO₂-uitstoot op de atmosfeer ruimtelijk relevant. Daarop valt m.i. het nodige af te dingen. Hoe belangrijk het terugdringen van CO₂-uitstoot ook is, het effect van CO₂-uitstoot op de atmosfeer heeft geen direct en specifiek effect op de gemeente Diemen en haar inwoners. Anders dan bijvoorbeeld het ruimtebeslag van de productielocatie van biomassa, of de toename van transportbewegingen, geur of geluid als gevolg van deze productie, denk ik voornamelijk dat het effect op de atmosfeer niet ruimtelijk relevant is.⁹ Voor de volledigheid wijs ik op de antwoorden van de verantwoordelijk minister op kamervragen over de biomassacentrale te Diemen. Hij stelde dat, wanneer aan de toepasselijke wet- en regelgeving is voldaan, de vergunning niet geweigerd kan worden.¹⁰
7. Daarnaast wijs ik er voor de zekerheid nogmaals op dat het gegeven dat eventuele alternatieven / andere wijzen van energieopwekking in de ogen van de raad wellicht meer gewenst zijn dan biomassa in beginsel geen rol kan spelen in de te maken afweging. De raad heeft te oordelen over de aanvraag zoals deze voorligt; ik verwijs naar punt 40 van mijn advies van 21 december 2018.
8. Gelet op het voorgaande ben ik er niet van overtuigd dat een afwijzing van de vvgb op basis van de motivering van Höcker Advocaten op dit punt stevig genoeg is en dat een weigering op dit punt het bij de rechter zal 'houden'.

Stikstofuitstoot

9. Met verwijzing naar de PAS-uitspraken van 29 mei 2019¹¹ (hierna: de PAS-uitspraken) wordt door Höcker Advocaten in de motivering gesteld dat, nu het ontwerpbesluit voor de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) de PAS en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling als basis heeft gebruikt, de gevraagde Wnb-vergunning niet kan worden verleend. Dat zou betekenen dat de vvgb geweigerd zou moeten worden, omdat de uitvoerbaarheid van het project niet vaststaat.
10. Hoewel de PAS-uitspraken ingrijpend zijn en de precieze gevolgen ervan nog niet duidelijk, denk ik dat deze redenering in dit geval te ver gaat.

⁹ Zie ook:

https://www.rvo.nl/sites/default/files/2018/03/180221_Ruimtelijke_verkenning_Energie_en_Klimaat_LQ.pdf, pag. 40: daar wordt een aantal ruimtelijke effecten van het gebruik van biomassa genoemd; het effect op de atmosfeer staat daar niet tussen.

¹⁰ Brief 21 mei 2019 aan de Tweede Kamer, DGKE-K/19114870 en antwoorden van 19 juni 2019, AH 3096 2019Z08979.

¹¹ ECLI:NL:RVS:2019:1603, ECLI:NL:RVS:2019:1604 e.a.

DATUM
24 juni 2019

DOSSIER
63.470

PAGINA
5/7

11. Van belang is in de eerste plaats het ruimtelijk toetsingskader met betrekking tot de Wnb. Uitgangspunt is dat niet de raad maar GS het bevoegde gezag is om over de Wnb-vergunning te beslissen. In het kader van de ruimtelijke afweging is slechts de vraag of de Wnb in redelijkheid aan de uitvoerbaarheid van het project in de weg staat.¹² De rol van de raad is, anders dan Höcker Advocaten in punt 45 beschrijft, dus beperkt.
12. Van belang is in de tweede plaats het toetsingskader voor een Wnb-vergunning. Een dergelijke vergunning is, voor zover hier van belang, nodig voor projecten die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen.¹³ Indien een vergunning nodig is, moet ook een passende beoordeling worden gemaakt. Indien op voorhand kan worden uitgesloten dat een project significant verstorende effecten heeft, is geen vergunning nodig en evenmin een passende beoordeling.¹⁴
13. Uit de PAS-uitspraken volgt dat, indien een Wnb-vergunning nodig is, de PAS en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling daaraan niet langer ten grondslag kunnen worden gelegd. Het ontwerpbesluit tot verlening van de Wnb-vergunning voor de biomassacentrale in Diemen, waarin nog wel naar de PAS en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling is verwezen, is daarom niet houdbaar.
14. Maar de vraag is of Nuon de PAS en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling nodig heeft om het beoogde project uit te voeren. Op basis van de nu beschikbare informatie, waaronder de reactie van GS op de door de gemeente ingediende zienswijze tegen het ontwerpbesluit tot verlening van de Wnb-vergunning, denk ik dat dit niet het geval is.
15. Nuon beschikt over – niet op de PAS gebaseerde - Nbwet¹⁵-vergunningen voor de DM33-eenheid en de DM34-eenheid in de Nuon-elektriciteitscentrale. Nuon heeft nu vergunning gevraagd voor een uitbreiding van de centrale met de biomassacentrale, voor een wijziging van het emissieplafond van de aardgasgestookte centrale DM33 en voor de vermindering van het aantal draaiuren van de vijf Hulpwarmtecentrales van de inrichting van 8760 (volcontinu) naar 5600 per jaar. De biomassacentrale neemt een deel van de werkzaamheden over.¹⁶

¹² Handboek Bouwen op weg naar de Omgevingswet, 2017, hoofdstuk 6.2.32. Zie ook bijvoorbeeld ABRS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3198, r.o. 5.

¹³ Artikel 2.7 lid 2 Wnb.

¹⁴ Artikel 2.7 lid 3 en 2.8 Wnb.

¹⁵ Vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 (oud), welke wet van kracht was tot 1 januari 2017.

¹⁶ Zie het ontwerpbesluit tot verlening van de Wnb-vergunning van februari 2019.

DATUM
24 juni 2019

DOSSIER
63.470

PAGINA
6/7

16. Als gevolg van deze activiteit daalt volgens GS de emissie van stikstof vanuit de gehele inrichting ten opzichte van de eerder vergunde situatie (dit wordt ook wel interne saldering genoemd). Dat zou betekenen dat significante gevolgen uitgesloten zijn, zodat geen passende beoordeling nodig is; dus ook niet de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het PAS. In deze omstandigheden denk ik dat de Wnb in redelijkheid niet aan de uitvoerbaarheid van het project zal staan, zeker wanneer GS hun standpunt naar aanleiding van de PAS-uitspraken nog eens zouden bevestigen en bovendien duidelijk zouden maken hoe wordt geborgd dat de stikstofuitstoot daadwerkelijk afneemt. De afname moet buiten twijfel zijn.
17. Ik wijs er nog op dat de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit in een brief van 11 juni 2019 over de gevolgen van de PAS-uitspraken heeft opgemerkt dat ook zij interne saldering ziet als een situatie waarin ook na de PAS-uitspraken toestemming voor activiteiten kan worden verleend.¹⁷
18. Gelet op het voorgaande denk ik dat er een reëel risico is dat een weigering van de vvgb op de grond dat de uitvoerbaarheid van het project in het geding is, het niet zal 'houden' bij een rechter.

Beroepsmogelijkheden / schade

19. U heeft gevraagd naar de mogelijkheden van milieuorganisaties of andere belanghebbenden om tegen de verlening van de gevraagde vergunningen op te komen. Ook heeft u gevraagd naar mogelijke schaderisico's.

Beroepsmogelijkheden

20. Als de raad besluit een vvgb te verlenen en GS besluiten om de gevraagde omgevingsvergunning te verlenen, dan kunnen milieuorganisaties en andere belanghebbenden tegen het besluit van GS in beroep – mits zij tijdig een zienswijze hebben ingediend tegen het ontwerpbesluit en/of de ontwerp verklaring van geen bedenkingen. Zij kunnen in dat beroep de in het advies en de motivering van Höcker Advocaten besproken punten aan de orde stellen.
21. Ook tegen een besluit over de Wnb-vergunning staat beroep open voor milieuorganisaties en belanghebbenden die een zienswijze hebben ingediend tegen het ontwerpbesluit.¹⁸ In dat beroep kunnen zij onder meer de PAS-uitspraken aan de orde stellen.

¹⁷ Brief 11 juni 2019, DGNVLG-NP/19140219, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/06/11/kamerbrief-met-reactie-op-uitspraak-raad-van-state-over-programma-aanpak-stikstof>

¹⁸ Als geen vergunning nodig blijkt te zijn, gaat het om een procedure tegen een bestuurlijk rechtsoordeel.

DATUM
24 juni 2019

DOSSIER
63.470

PAGINA
7/7

Schade

22. Als de raad zou besluiten de vvgb te weigeren, moeten GS de omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan weigeren (artikel 2.27 Wabo). Als Nuon tegen het besluit tot weigering van de omgevingsvergunning in beroep gaat en het besluit wordt door de rechtbank of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vernietigd, dan staat de onrechtmatigheid van dit besluit vast. Dat deze zaak een gevoelige en ingewikkelde kwestie betreft, doet daar in beginsel niet aan af. In een dergelijk geval is een risico dat Nuon vertragingsschade lijdt en kan claimen als gevolg van het onrechtmatige besluit.
23. Nu GS het bevoegd gezag zijn voor afgifte van de omgevingsvergunning, wordt de onrechtmatigheid van de weigering van de omgevingsvergunning primair aan de provincie toegerekend. Maar de provincie zou de gemeente voor deze schade aansprakelijk kunnen stellen als deze het gevolg is van een onrechtmatige weigering van de vvgb. GS kunnen, als enige, ook zelfstandig beroep instellen tegen de weigering van de vvgb door de raad, en na een eventuele vernietiging van het weigeringsbesluit de door haar als gevolg daarvan geleden schade claimen bij de gemeente.¹⁹
24. Gelet op het voorgaande is er m.i. dus een schaderisico indien de raad ten onrechte de vvgb zou weigeren.

o0o

¹⁹ Artikel 8:5 Awb in combinatie met Bijlage 2 bij de Awb, artikel 1, onder het kopje Wabo en onder a.