

Gemeente Hollands Kroon
T.a.v.
Postbus 8
1760 AA ANNA PAULOWNA

Datum: 23 januari 2019
Van:
Onderwerp: Advies bevoegd gezag 'stookinstallatie' datacenter
Uw kenmerk:
Kenmerk: 20190166/19-00000535

GEPRIVILEGIEERD EN VERTROUWELIJK

Geachte heer

U heeft mij bij email van 9 januari 2019 advies gevraagd over de vraag of de bevoegdheid tot het vergeven van een oprichtingsvergunning voor een installatie van een datacenter zoals genoemd in het project Nimble, gezien de wijze van energieopwekking noodzakelijk voor het laten draaien van een zodanig installatie, ligt bij de gemeente (in casu Hollands Kroon) of bij Gedeputeerde Staten (GS) van de provincie Noord-Holland.

De vraag vloeit voort uit het feit dat GS op grond van het artikel 2.4 Wabo jo. artikel 3.3. Besluit omgevingsrecht (Bor) bevoegd is te beslissen vergunningaanvragen voor oprichtings-/omgevingsvergunningen voor inrichtingen voor het verstoken van brandstoffen met een thermisch vermogen van 50 MW of meer.

De vragen die bij uw gemeente hieromtrent leven zijn de volgende:

1. Is in dit geval sprake van een IPPC-installatie.
2. Als het antwoord bevestigend luidt is er dan sprake van een IPPC-installatie met een opgesteld thermisch vermogen van meer dan 50MW, waardoor op grond van bijlage 1, onderdeel C, Bor GS bevoegd gezag zijn;

3. Welk orgaan is op grond van de beantwoording van vraag 1 en 2 naar mijn oordeel in deze casus het bevoegd gezag?
4. Mocht de analyse tot het oordeel leiden dat het waarschijnlijker is dat de provincie bevoegd gezag is, kan er een juridische redenering worden opgesteld op grond waarvan het college van B&W zich – houdbaar – op het standpunt kan blijven stellen bevoegd gezag te zijn?

Voor dit advies baseer ik mij op:

- A. Richtlijn 2010/75, artikel 1.1. Wabo, zoals uitgewerkt in artikel 3.3. en bijlage 1 onderdeel C, Bor;
- B. Het advies van Soppe Gundelach Witbreuk advocaten;
- C. De vergunningaanvraag voor het project Nimble van 23 mei 2018;
- D. De omgevingsvergunning zoals deze op 19 december 2018 is verleend (later aangeleverd).

Voor wat de technische informatie betreft baseer ik mij op het advies genoemd onder B.

De tot dusver ingenomen standpunten ten aanzien van de vraagstelling zijn de volgende. De adviseur van de vergunningaanvrager voor het project Nimble heeft zonder juridische motivering geconcludeerd dat er geen sprake is van een IPPC-installatie. Hij baseert dat op twee argumenten, namelijk dat IPPC –installaties grotere industriële bedrijven zijn die onder richtlijn 2010/75 (hierna: RIE) vallen en dat deze richtlijn in bijlage 1 een uitputtende opsomming is gegeven welke installaties worden aangemerkt als IPPC-installatie. Naar de mening van de adviseur worden de activiteiten van het Nimble project niet in bijlage 1 van de RIE vermeld en dus beschikt Nimble niet over een IPPC installatie. Daaraan verbindt de adviseur geen conclusie met betrekking tot het bevoegd gezag.

Soppe Gundelach Witbreuk komen in hun advies op pagina 9 tot de conclusie dat er wel sprake is van een IPPC –installatie, wanneer de noodaggregaten een totaal aan opgesteld thermisch vermogen hebben van meer dan 50 MW of meer. Op basis van artikel 3.3. Bor komen zij tot de conclusie dat in dat geval GS het bevoegd gezag is.

In het onderstaande vindt u een juridische analyse van de geschetste problematiek, waarbij ik opmerk dat met betrekking tot de feitelijke situatie van de installatie uiteraard geen oordeel geef aangezien dat buiten mijn deskundigheid valt. Voordat ik de gestelde vragen beantwoord geef ik eerst een analyse van het juridisch kader.

Proloog: de verhouding tussen RIE, Wabo en Bor.

De vraag of de installatie die in het project Nimble zal worden gebruikt een IPPC-installatie is, vloeit primair voort uit de RIE. De RIE spreekt overigens niet van IPPC-installaties maar van installaties.

Het begrip installatie wordt gedefinieerd in artikel 3.3. RIE gedefinieerd als:

“installatie”: een vaste technische eenheid waarin een of meer van de in bijlage I of in deel 1 van bijlage VII vermelde activiteiten en processen alsmede andere op dezelfde locatie ten uitvoer gebrachte en daarmee rechtstreeks samenhangende activiteiten plaatsvinden die technisch in verband staan met de in die bijlagen vermelde activiteiten en die gevolgen kunnen hebben voor de emissies en de verontreiniging.

Bijlage VII ziet op installaties en activiteiten waarbij organische oplosmiddelen worden gebruikt en is voor dit advies niet relevant.

Vervolgens definieert de richtlijn in artikel 3, 25^e lid, het begrip stookinstallatie als: ‘een technisch toestel waarin brandstoffen worden geoxideerd teneinde de aldus opgewekte warmte te gebruiken’.

In artikel 10 wordt het toepassingsgebied voor hoofdstuk II bepaald, waarbij wordt verwezen naar de in bijlage 1 gespecificeerde activiteiten voor zover zij, indien van toepassing, de in die bijlage gespecificeerde capaciteitsdrempelwaarden bereiken. Bijlage 1 luidt voor zover hier relevant als volgt:

BIJLAGE I

De in artikel 10 bedoelde categorieën van activiteiten

De hieronder genoemde drempelwaarden hebben in het algemeen betrekking op de productiecapaciteit of op het vermogen. Wanneer in dezelfde installatie verscheidene, onder dezelfde beschrijving vallende activiteiten met drempelwaarde, worden uitgeoefend, worden de capaciteiten van de activiteiten bij elkaar opgeteld. Voor afvalbeheeractiviteiten is deze berekeningsmethode van toepassing op de activiteitsniveaus 5.1 en 5.3, onder a) en b).

De Commissie stelt richtsnoeren vast over:

- a) het verband tussen in deze bijlage beschreven afvalbeheeractiviteiten en die welke staan beschreven in de bijlagen I en II bij Richtlijn 2008/98/EG; en
- b) de interpretatie van de term „industriële schaal” met betrekking tot de beschrijving van de in deze bijlage beschreven activiteiten van de chemische industrie.

1. Energie-industrieën

1.1. Het stoken in installaties met een totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van 50 MW of meer;

Uit het bovenstaande zou kunnen worden afgeleid dat weliswaar een installatie met een nominaal thermisch ingangsvermogen per definitie een installatie oplevert waarbij er gevolgen voor emissies en verontreiniging ontstaan, maar nu installatie en stookinstallatie verschillende definities hebben, kan ook worden verdedigd dat het gaat om twee cumulatieve voorwaarden: er moet zowel een verband zijn verband met de activiteiten genoemd in bijlage 1, als gevolgen voor emissies en verontreiniging. Dit wordt ondersteund door de randnummers 2 en 3 van de considerans bij de RIE.

De Wabo verwijst in haar definitie van IPPC-installatie naar bijlage 1 bij de richtlijn in artikel 1.1:

‘*IPPC-installatie*: installatie voor industriële activiteiten als bedoeld in bijlage I van richtlijn nr. 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (PbEU L 334);’

Ook hier wordt nadrukkelijk verwezen naar het industriële karakter van de activiteiten.

Artikel 10 RIE jo. bijlage 1 bij de richtlijn hebben alleen gevolgen voor de toepasselijkheid van hoofdstuk II RIE.

Voor wat betreft het bevoegd gezag betreffende oprichtings-/omgevingsvergunningen is artikel 2.4 Wabo en artikel 3.3. jo. bijlage 1 onderdeel C, Bor leidend. In bijlage I. onderdeel C, Bor is voor wat betreft de installaties in kwestie een andere tekst opgenomen dan in bijlage I van de RIE waarnaar artikel 1.1 Wabo verwijst. In artikel 1.3, bijlage 1, onderdeel C, Bor is bepaald dat GS bevoegd zijn te beslissen op de een aanvraag om een omgevingsvergunning ten aanzien van de inrichtingen bedoeld in het artikel, voor zover het betreft inrichtingen voor het verstoken van brandstoffen met een thermisch vermogen van 50 MW of meer. Dat is, althans kan gelezen worden, als een ander criterium dan het ingangsvermogen, zoals in bijlage 1 RIE is neergelegd en waarnaar de Wabo verwijst. De vraag welke verhouding dit criterium uit de Bor met het criterium van de RIE en de Wabo heeft, in het licht van de implementatie van de RIE.

Als een nationale wettelijke bepaling beoogt een richtlijn(bepaling) om te zetten in nationale wetgeving, dan is die richtlijn(bepaling) uiteindelijk bepalend voor de uitleg die aan de nationale bepaling moet worden gegeven. Dit volgt uit het feit dat richtlijnen verbindend zijn naar resultaat; de vorm en middelen tot omzetting moeten door de lidstaten worden gekozen (artikel 288 VWEU) . Hieruit volgt dat een nationale wettelijke bepaling het resultaat van de richtlijn niet te buiten mag gaan, tenzij dit uitdrukkelijk is toegestaan door de richtlijn. In dat geval heeft dit tot gevolg dat lidstaten verdergaande beschermende maatregelen mogen nemen, mits dat zij verenigbaar zijn met de verdragen. Daarbij is wel vereist dat deze maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn voor het in de richtlijn beoogde doel. Dit betekent dat eventueel verdergaande maatregelen toetsbaar zijn door het Hof van Justitie van de EU.¹ Dit levert de vraag op of artikel 1.3, bijlage 1, Bor als een maatregel kan gelden die een verdergaande bescherming oplevert, dan wel of deze bepaling binnen de kaders van de richtlijn is toegestaan. Daarop wordt hieronder ingegaan.

In de RIE zelf is niet verwezen naar het VWEU op dit punt, maar in de considerans wordt verwezen naar artikel 193 VWEU:

‘Overeenkomstig artikel 193 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is het lidstaten door de onderhavige richtlijn niet verboden verdergaande beschermingsmaatregelen te handhaven of te treffen, bijvoorbeeld eisen ten aanzien van de uitstoot van broeikasgassen, op voorwaarde dat deze maatregelen verenigbaar zijn met de Verdragen en dat de Commissie op de hoogte is gesteld.’

¹ HvJEU zaak C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe, ECLI:EU:C:2005:222.

Vraag 1. Is in dit geval sprake van een IPPC-installatie

Zoals uit het bovenstaande blijkt zijn er twee wegen om te komen tot beantwoording van de vraag of er in dit geval sprake is van een IPPC-installatie als bedoeld in richtlijn en wet.

Soppe Gundelach Witbreuk volgen in hun conclusie dat er wel sprake is van een IPPC-installatie in paragraaf 2 en 3 getrouw de letter van de richtlijn en de uitleg die daaraan door de Afdeling bestuursrechtspraak is gegeven in zaak ABRS 16 maart 2011.² Daarbij moet worden opgemerkt dat die zaak zich ten tijde van het te nemen besluit afspeelde onder de richtlijnen die voorafgingen aan de RIE. Het betreft de IPPC-richtlijn 2008/1 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging en RI. 2001/80 betreffende emissies van bepaalde verontreinigende stoffen van grote stookinstallaties. In deze richtlijnen werden IPPC-installaties in de bijlage bij RI. 2008/1 (met vertaalfout) en stookinstallaties in de definitie op dezelfde wijze gedefinieerd als in de RIE, zij het dat RI. 2001/80 een aantal uitzonderingen bevatte betreffende onder andere installaties die worden aangedreven door diesel, benzine of gasmotoren. Op die uitzondering alsmede op HvJEU zaak C-346/08³ baseren Soppe Gundelach Witbreuk hun zeer voorzichtige conclusie dat mogelijk noodstroomaggregaten niet vallen onder de RIE.

Bij de voorzichtige conclusies van Soppe Gundelach en Witbroek merk ik het volgende op.

De Afdeling baseerde haar uitspraak in bovengenoemde zaak dat er wel sprake van een IPPC-installatie puur op het nominaal thermisch ingangsvermogen van de installatie in kwestie, zonder dat ingegaan werd op het doel van de RIE. De Afdeling oordeelde daarbij dat de aard van het bedrijf waarin de installatie zich bevond (en daarmee dus ook het gebruik van de installatie) niet van belang was. Daarmee gaat de Afdeling mijns inzien volledig voorbij aan het doel van de richtlijn, namelijk het voorkomen en verminderen van verontreiniging door stookinstallaties. Nu de vraag is of de installatie van het Nimble –project gekwalificeerd moet worden als een IPPC-installatie die onder de richtlijn valt, is de definitie van installatie zoals gehanteerd in artikel 3.3. RIE, namelijk of de installatie gevolgen heeft voor de emissies en verontreiniging van belang. Dat onderzoek is niet gebeurd (mogelijk omdat dat in de desbetreffende zaak niet aan de orde was).

Met betrekking tot de tweede zeer voorzichtige conclusie gebaseerd op de uitspraak van het Hof in zaak C-346/08, wordt er aan voorbijgegaan dat het Hof zeer nadrukkelijk oordeelt dat de uitzondering in richtlijn 2001/80 beperkt moet worden uitgelegd. Het Hof overweegt:

‘Een beperkende uitlegging van artikel 2, punt 7, tweede alinea, eerste zin, van richtlijn 2001/80 is te meer noodzakelijk omdat de uitsluiting van bepaalde stookinstallaties van de werkingssfeer van deze richtlijn indruist tegen de doelstelling van deze richtlijn. Zoals uit de punten 4 tot en met 6 van de considerans van deze richtlijn blijkt, heeft deze immers tot doel de verzuring te bestrijden door de emissies van zwaveldioxide en stikstofoxides, waartoe grote stookinstallaties aanzienlijk bijdragen, te beperken’

² ECLI:NL:RVS:2011:BP7775.

³ ECLI:EU:C:2010:213.

De conclusie dat de uitzondering van installaties die worden aangedreven door diesel, benzine of gasmotoren uit richtlijn 2001/80, die in de RIE niet is opgenomen desondanks kan worden toegepast, omdat dit uitgangspunt niet is verlaten, is niet zeker. Wel is het niet opnemen van de uitzondering een extra reden om naar het doel van de RIE te kijken bij het bepalen of er sprake is van een IPPC-installatie die binnen het kader van de richtlijn valt.

Primair concludeer ik dan ook dat op de basis van de tekst en het doel van de RIE en de daarop berustende bepaling in de Wabo aan de hand van de stand van de jurisprudentie niet met zekerheid gesteld kan worden of er al dan niet sprake is van een IPPC-installatie in de zin van de RIE. In paragraaf 4 zal ik aangeven welke argumenten er gebruikt kan worden om tot een redelijke aanname te komen.

Vraag 2. Als het antwoord bevestigend luidt is er dan sprake van een IPPC-installatie met een opgesteld thermisch vermogen van meer dan 50 MW, waardoor op grond van bijlage 1, onderdeel C, Bor GS bevoegd gezag zijn;

Deze vraag begrijp ik aldus, dat het vooral de vraag betreft of, wanneer het totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van de noodaggregaten meer dan 50 MW bedraagt, maar, op grond van de omgevingsvergunning, het totaal ingezette thermisch vermogen bij het testen van de noodstroomvoorzieningen onder de 50 MW blijft, en deze noodaggregaten voor de normale bedrijfsvoering niet gebruikt worden, er dan sprake is van een installatie die buiten de werking van de richtlijn valt.

Met betrekking tot de letter van de RIE en de Wabo, zoals hierboven omschreven kan alleen gesteld worden dat zolang het totaal nominaal ingangsvermogen 50 MW bedraagt deze in beginsel onder de RIE valt en dat afhankelijk van de uitleg van het afwijkende criterium in het Bor, GS de bevoegde instantie is om op de vergunningaanvraag te beslissen. Op deze laatste aanname kom ik bij de beantwoording van vraag 4 terug. Dit geldt in beginsel ook als het totaal ingezette thermisch vermogen op grond van de omgevingsvergunning bij het testen van de noodstroomvoorzieningen onder de 50 MW blijft.

De omgevingsvergunning bevat de redenering dat, nu de noodaggregaten niet gebruikt worden ten behoeve van de bedrijfsvoering maar alleen worden ingezet bij het wegvallen van de primaire stroomtoevoer, ze niet hoeven te worden meegeteld bij de beschouwing van het totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van de aanwezige stroominstallaties. De vraag is of deze redenering zoals hier weergegeven in rechte stand zal houden, mede gezien de redenering van de ABRS in haar uitspraak van 16 maart 2011.

Zoals gezegd naar de letter van de RIE en de wet is dit niet het geval. In het onderstaande zal ik ingaan op de vraag of dit anders kan worden gezien.

Vraag 3: Welk orgaan is op grond van de beantwoording van vraag 1 en 2 naar mijn oordeel in deze casus het bevoegd gezag?

Naar de letter van de RIE, jo. de Wabo in combinatie met de hierboven besproken uitspraak van de ABRS is, afhankelijk van de uitleg van het criterium in het Bor, GS in beginsel het bevoegd gezag. Punt is echter dat de RIE geen invloed of zeggenschap heeft in wie het bevoegd gezag is. Dit is volledig een nationale kwestie. Vandaar dat de uitleg van het afwijkende criterium in het Bor nader moet worden gezien.

In dit verband wijs ik nog op het volgende. Soppe Gundelach Witbroek komen in paragraaf 6 van hun advies tot de conclusie dat GS bevoegd zijn dat, indien er sprake is van een IPPC-installatie én er binnen de inrichting brandstoffen verstoekt worden met een thermisch vermogen van 50 MW of meer GS het bevoegd gezag zijn. Zij baseren zich daarbij op de tekst van artikel 1.3, bijlage 1 onderdeel C, Bor, waarin staat opgenomen dat GS bevoegd zijn voor vergunningen ten aanzien van inrichtingen voor het verstoken van brandstoffen met een thermisch vermogen van 50 MW of meer. Deze tekst lijkt nog gebaseerd te zijn op de oude richtlijn 2001/80, waarvan de ABRS in haar uitspraak van 16 maart 2011 constateerde dat er een vertaalfout in de Nederlandse versie was opgenomen met betrekking tot de definitie⁴, en dat de formule zoals opgenomen in bijlage 1 van de RIE moest worden gevolgd. Echter, die vertaalfout in de Nederlandse versie, had weliswaar consequenties voor de kwalificatie van de installatie in de zaak van de ABRS van 16 maart 2011, maar heeft voor de huidige formulering in het Bor geen gevolgen nu artikel 1.3, bijlage 1, onderdeel C, Bor uitsluitend ziet op de toewijzing van het bevoegd gezag. Ik deel dan ook de conclusie van Soppe Gundelach Witbroek dat het in het Bor, voor zover het de toewijzing van het bevoegd gezag aan GS betreft, dat het moet gaan om een IPPC-installatie met additioneel criterium dat daarin brandstoffen worden *verstoekt* met een thermisch vermogen met een thermisch vermogen van 50 MW, zij het dat ik het hun aanneme dat ook daadwerkelijk 50 MG of meer verstoekt wordt niet deel..

Vraag 4. Mocht de analyse tot het oordeel leiden dan het waarschijnlijker is dat de provincie bevoegd gezag is, kan er een juridische redenering worden opgesteld op grond waarvan het college van B&W zich – houdbaar – op het standpunt kan blijven stellen bevoegd gezag te zijn?

Bij deze vraag merk ik primair het volgende op. Er wordt mij gevraagd om een juridisch 'houdbare' redenering waarmee ik aanneem dat de bedoelde redenering in rechte houdbaar moet zijn. Ik leg deze term uit als een 'verdedigbare' redenering, omdat ik geen enkele garantie kan geven dat een verdedigbare redenering in een procedure ook gehonoreerd wordt en dus 'houdbaar' is.

Voor een verdedigbare juridisch redenering dat het college van B&W het bevoegd gezag is moet vooralsnog worden uitgegaan van het volgende.

- Op grond van de RIE en de uitspraak van de ABRS van 16 maart 2011 moet worden aangenomen dat de vraag of een installatie moet worden aangemerkt als een IPPC-installatie moet worden beantwoord aan de hand van het totaal binnen de inrichting opgestelde nominaal thermisch ingangsvermogen.

⁴ De formulering in bijlage 1 van rl. 2008/1 luidde destijds: 'stookinstallaties et een hoeveelheid vrijkomende warmte van meer dan 50 MW'.

- De tekst van het Bor betreffende vergunningen die moeten worden gegeven voor IPPC-installaties wijkt voor wat betreft de definitie van IPPC-installatie uit de RIE af van de tekst van de RIE.
- RI. 2008/80 voorziet in een uitzondering voor andere installaties die worden aangedreven door diesel, benzine of gasmotoren. Deze uitzondering is niet opgenomen in de RIE.
- Het doel van de RIE is het voorkomen, het verminderen en zoveel mogelijk uitbannen van door industriële activiteiten veroorzaakte verontreiniging. Daartoe voorziet de RIE in een geïntegreerde benadering inzake preventie en beheersing van emissies in de lucht, water en bodem, afvalbeheer energie-efficiëntie en preventie van ongevallen.

Daarnaast zijn de volgende elementen van belang.

- Het doel van de RIE weerspiegelt zich in de definitie van 'installatie' die voorziet in twee cumulatieve voor toepasselijkheid van de richtlijn: er moet zowel een verband zijn verband met de activiteiten genoemd in bijlage 1, als gevolgen voor emissies en verontreiniging. De vraag is of deze definitie voor het begrip 'stookinstallatie' consequenties heeft.
- De Wabo voorziet in een geïntegreerd vergunningsstelsel.
- De vraag of GS dan wel het college van B&W bevoegd is te beslissen over de oprichtings-/omgevingsvergunning van het datacenter hangt af van de interpretatie van bijlage 1, onderdeel c, Bor. De RIE heeft hier als zodanig geen invloed op.

Deze elementen leiden tot twee oplossingsrichtingen die enerzijds gevonden worden in de RIE zelf en anderzijds in de interpretatie van de Wabo jo. het Bor. In het onderstaande worden deze twee oplossingsrichtingen uitgewerkt. Ik wijs erop dat deze elkaar ondersteunen en diensgevolge als een primaire en een subsidiaire redenering in een eventuele rechtszaak kunnen worden gebruikt.

1. Interpretatie IPPC-inrichting binnen het doel van de richtlijn.

Zoals hierboven al gezegd heeft de RIE tot doel het verminderen voorkomen en mogelijk uitbannen van door industriële activiteiten veroorzaakte verontreiniging. De RIE definieert niet wat industriële activiteiten zijn, hetgeen betekent dat niet zonder meer gezegd kan worden dat een bepaalde activiteit, wanneer deze verontreiniging veroorzaakt niet een industriële activiteit zou zijn. Om te bepalen wat een industriële activiteit is, moet worden uitgegaan van het doel én de tekst van de richtlijn.

Het uitgaan van het doel van de richtlijn is het volgen van het leerstuk van het nuttig effect, zoals in vele arresten reeds is vastgelegd. Het leerstuk van het nuttig effect heet tot doel een uitleg van Unierecht, in casu richtlijnen, te bevorderen die er voor zorgt dat het Unierecht zo effectief mogelijk wordt toegepast. Dit heeft er in het verleden toe geleid, dat de letterlijke tekst van richtlijnen niet altijd gevolgd werd en tevens werd opgerekt, als het volgen van die tekst er toe zou leiden dat de

werking van de richtlijn zou worden uitgehold.⁵ Omgekeerd betekent dit in het milieurecht dat activiteiten die bijvoorbeeld door de lidstaten getoetst moeten worden op verontreinigende effecten, een lichtere of meer algemene toetsing kunnen ondergaan, wanneer wetenschappelijk is vastgesteld dat zij geen verontreinigend effect hebben. Die wetenschappelijke vaststelling is overigens wel een voorwaarde.⁶

In het licht van het doel van de richtlijn is uiteraard ook de letterlijke tekst van de richtlijn van belang. In casu bevat de letterlijke tekst drie elementen die een rol spelen. De eerste is artikel 3.3. van de RIE, (hierboven geciteerd) waarin het begrip installatie omschreven wordt. Zoals gezegd bevat het begrip installatie twee voorwaarden: er moet zowel een verband zijn verband met de activiteiten genoemd in bijlage 1, én die activiteiten moeten gevolgen kunnen hebben voor emissies en verontreiniging.

Stookinstallaties worden gedefinieerd als een toestel waarin brandstoffen worden geoxideerd teneinde de opgewekte warmte te gebruiken.

Het is verdedigbaar aan te nemen dat een stookinstallatie in de richtlijn een specificatie inhoudt van het begrip installatie uit artikel 3.3. RIE. Dat betekent dat ook een stookinstallatie moet voldoen aan de twee in artikel 3.3 RIE genoemde voorwaarden, alsmede de in het artikel 3.25 RIE genoemde voorwaarde dat niet alleen brandstoffen worden geoxideerd maar ook met het doel de aldus opgewekte warmte te gebruiken.

Artikel 10 RIE verwijst voor de toepassing van de bepalingen uit hoofdstuk II RIE naar de bijlage 1, waar het gaat om de installaties met inmiddels het bekende ingangsvermogen van 50 MW. Er is geen enkele reden te bedenken waarom de voorwaarden van artikel 3.3 RIE niet op de bijlage van toepassing zouden zijn en dat betekent dus dat een installatie met het ingangsvermogen van 50 MW een installatie verband moet houden met de activiteiten genoemd in bijlage 1 én gevolgen moet hebben voor emissies en verontreiniging. Nu de noodaggregaten in beginsel niet gebruikt worden en alleen het doel hebben te worden ingeschakeld bij storingen (in uitzonderlijke gevallen) kan op grond hiervan betoogd worden, dat weliswaar het ingangsvermogen de in bijlage 1 genoemde drempelwaarde overschrijdt, maar door het zeer sporadische gebruik van de noodaggregaten er geen of, althans in het licht van het normale gebruik van IPPC-installaties, verwaarloosbare gevolgen zijn voor de emissies en de verontreiniging. In dat geval kan betoogd worden dat er geen sprake is van een IPPC-installatie in de zin van de RIE. Dit zou nog ondersteund (maar niet meer dan dat) kunnen worden door het invoeren van de onder richtlijn 2001/80 bestaande uitzondering voor installaties die worden aangedreven door diesel, benzine of gasmotoren. Daarnaast kan ook nog een beroep worden gedaan op de voorwaarde uit artikel 3.25 RIE dat stookinstallaties niet alleen brandstoffen worden geoxideerd maar het doel hebbende aldus opgewekte warmte te gebruiken. Nu

⁵ HvJEU zaak 31/87, ECLI:EU:C:1988:422.

⁶ Zie HvJEU 7 november 2018 gev. zaken C-293/17 en C-294/17,, ECLI:EU:C:2018:882

er in casu slechts in specifieke gevallen brandstoffen worden geoxideerd kan niet zonder meer worden aangenomen dat er van regulier gebruik van de aldus opgewekte warmte sprake is.

Daar valt uiteraard tegen in te brengen dat de ABRS in haar uitspraak van 16 maart 2011 nu juist aannam dat onder de definitie van 2001/80 (die dezelfde is als in de RIE) de ingangswaarde als enige voorwaarde gold voor de kwalificatie het ingangsvermogen van die installatie en dat het gebruik van door dat vermogen opgewekte warmte en de aard van het bedrijf dat de installatie gebruikt niet van belang was. De Afdeling heeft daarbij niet gerefereerd aan het doel van RI. 2001/80, maar ik wijs er op dat dat doel niet veel verschilde van dat van de RIE en op een aantal punten zelfs nog meer uitgesproken was geformuleerd.⁷ Dat betekent dat de bovenstaande redenering op basis van de bestaande jurisprudentie betwistbaar is,, waarbij ik aanteken dat de situatie waarin de kwekerij die in genoemde zaak bij de ABRS verkeerde anders is dan die van het Nimble-project in de onderhavige, en dat dus niet aan te geven valt of argumenten zoals hier boven aangevoerd, gebruikt zijn (dat valt uit de uitspraak van 16 maart 2011 niet af te leiden). Dat is (gezien de casus in de uitspraak) vermoedelijk niet het geval en daar hoefde dus ook niet op te worden beslist.

2. Interpretatie Bor binnen het nationale kader: kan het Bor op basis van de definitie van het verstoken van brandstoffen (als die eigenlijk niet verstookt worden) de bevoegdheid toekennen aan de gemeente?

Zoals hierboven uitvoerig uiteengezet definieert de RIE een IPPC-installatie, kort gezegd, aan de hand van het ingangsvermogen. De Wabo verwijst voor haar definitie van IPPC-installatie naar de

⁷ De relevante overwegingen in de considerans van RI. 2001/80 luiden:

(6) Grote stookinstallaties dragen in belangrijke mate bij tot de emissie van zwaveldioxide en stikstofoxiden in de Gemeenschap en het is nodig deze emissies te beperken; de benadering moet derhalve worden aangepast aan de uiteenlopende kenmerken van de sector grote stookinstallaties in de lidstaten.

(7). In Richtlijn 96/61/EG van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging(6) is een geïntegreerde aanpak van de preventie en bestrijding van verontreiniging opgenomen, waarin alle aspecten van de milieueffecten van een installatie op geïntegreerde wijze worden beschouwd; stookinstallaties met een nominaal thermisch vermogen van meer dan 50 MW vallen binnen het toepassingsgebied van Richtlijn 96/61/EG; de Commissie publiceert om de drie jaar ingevolge artikel 15, lid 3, van die richtlijn een inventaris van de voornaamste verantwoordelijke emissies en bronnen, een en ander op basis van door de lidstaten verstrekte gegevens; de Raad stelt overeenkomstig artikel 18 van die richtlijn, op voorstel van de Commissie, in overeenstemming met de hiertoe in het Verdrag neergelegde procedures, emissiegrenswaarden vast in die gevallen waarin een communautair optreden noodzakelijk is gebleken, zulks met name op basis van de in artikel 16 van die richtlijn bedoelde uitwisseling van informatie.

(8) Naleving van de in de onderhavige richtlijn vastgestelde emissiegrenswaarden dient als een noodzakelijke, maar nog ontoereikende voorwaarde te worden beschouwd om aan de eisen van Richtlijn 96/61/EG inzake het gebruik van de beste beschikbare technieken te voldoen; deze naleving kan strengere emissiegrenswaarden, emissiegrenswaarden voor andere stoffen en andere milieucompartimenten en andere relevante voorwaarden vereisen.

(9) De industrie heeft gedurende vijftien jaar ervaring opgedaan met de invoering van technieken om de emissie van verontreinigende stoffen door grote stookinstallaties te beperken.

definitie in de RIE. Artikel 2.4 Wabo bepaalt dat voor bepaalde typen projecten bij Amvb kan worden bepaald dat GS de op een vergunningaanvraag beslissende autoriteit zijn. Artikel 3.3. Bor bepaalt vervolgens dat GS de bevoegde autoriteit is met betrekking tot vergunningaanvragen voor inrichtingen genoemd in bijlage 1, onder C, genoemde projecten, voor zover het gaat om activiteiten met betrekking tot een inrichting waartoe een IPPC-installatie behoort.

Tot zover niets nieuws. Echter in bijlage C wordt expliciet geformuleerd dat GS bevoegd zijn te beslissen ten aanzien van vergunningsaanvragen van inrichtingen behorende tot deze categorie, voor zover het betreft inrichtingen voor *het verstoken van brandstoffen met een thermisch vermogen van 50 MW of meer*. Dit is een afwijking van de in de RIE geregelde definitie die gekoppeld is aan het ingangsvermogen. Waar het in de RIE (en vervolgens door middel van de verwijzing in de Wabo) gaat om de toepasselijkheid van hoofdstuk II van de RIE op inrichtingen met het genoemde thermisch ingangsvermogen, een potentiële situatie dus, (te weten hoeveel een inrichting *kán* verstoken) kan de bevoegdheidstoekenning in het Bor zo gelezen worden dat het gaat om een feitelijke situatie, namelijk hoeveel MW er verstoekt wordt.⁸ Tot deze conclusie komen Soppe, Gundelach Witbreuk op pagina 13 van hun advies ook. Daarover merk ik op dat deze afwijking geen gevolg is van de in de uitspraak van de ABRS opgemerkte vertaalfout in de IPPC-richtlijn. De laatste wijziging van het Bor dateert van 28 juli 2018, ruim na de invoering van de RIE. Het Bor had toen aan de RIE kunnen worden aangepast.

In casu wijkt de feitelijke situatie in die zin af van de potentiële dat de installatie van het Nimble project weliswaar een ingangsvermogen heeft van meer dan 50 MW, maar dat er daadwerkelijk minder verstoekt wordt omdat de noodaggregaten niet regulier gebruikt worden. Daaruit kan de conclusie getrokken worden dat de installatie van het Nimble-project geen installatie is in de zin van bijlage C, Bor, omdat de installatie feitelijk geen installatie is voor het verstoken van brandstoffen met een thermisch vermogen van minimaal 50 MW. Of de installatie een IPPC-installatie is dan voor de bevoegdheidstoedeling niet meer relevant.

De afwijking van de definitie van de RIE, alsmede de wet, ziet uitsluitend op de bevoegdheidstoedeling ten aanzien van het beslissen op vergunningen. Voor de toepassing van hoofdstuk II van de RIE maakt het niet uit: dat moet, naar mijn mening, gewoon toegepast worden.

Zoals hierboven al gesteld is die bevoegdheidstoedeling uitsluitend een nationale kwestie. Unierechtconforme interpretatie van de afwijking in het Bor, is in zichzelf niet vereist. Dit zou alleen het geval zijn als de afwijking in strijd komt met de RIE of de wet. Is dit niet het geval dan is ze toegestaan.

Die strijd met de RIE zou kunnen ontstaan doordat de definitie in de Bor een maatregel is die een verdergaande bescherming biedt dan de RIE maar niet is toegestaan op grond van het overige Unierecht,⁹ ofwel wanneer de definitie in de Bor in strijd komt met de RIE omdat hij de richtlijn te

⁹ HvJ EU zaak. C-100/08, ECLI:EU:C:2009:537 (*Vogelbescherming*).

buiten gaat, hetgeen betekent dat hij *minder* bescherming zou bieden dan de RIE. Strijd met de Wabo zou kunnen ontstaan doordat de afwijking de Wabo aanvult.

In het kader van de RIE is het primair de vraag of de bevoegdheidstoedeling een verdergaande bescherming zou bieden aan de burgers wanneer GS bevoegd zou zijn te besluiten ten aanzien van de oprichtings-/omgevingsvergunning. Hierbij merk ik primair op dat de Wabo tot doel heeft de diverse vergunningen in verband met ruimtelijk ordening te integreren in één vergunning. Daarbij is de hoofdregel dat het college van B&W bevoegd zijn tot het verlenen van een omgevingsvergunning, tenzij de wet anders bepaalt. GS is alleen bevoegd voor bij AmvB aangewezen projecten die van provinciaal belang zijn. Dat zijn, op grond van het Bor in elk geval (IPPC-)installaties die brandstoffen verstoken met een thermisch vermogen van 50 MW of meer.

Voor het aanwijzen van projecten die het gemeentebelang overschrijden hanteert de artikelgewijze toelichting bij wetsvoorstel Wabo (bij toen nog artikel 2.5) de volgende overweging:

Of een bepaald project op een ander dan gemeentelijk niveau moet worden beoordeeld, zal worden vastgesteld op basis van de effecten die het op de fysieke leefomgeving kan hebben. Die worden onder meer bepaald door de aard of omvang van een project. In het tweede lid beoogt de formule «provinciaal belang» aan te geven dat het om gevallen gaat die vanwege hun complexiteit of de mogelijke gevolgen voor de fysieke leefomgeving niet in aanmerking komen voor beoordeling op gemeentelijk niveau, maar die anderzijds niet op centraal niveau beoordeeld hoeven te worden.

De nota van toelichting bij artikel 3.3. Bor voegt daaraan toe:

De meest voorkomende uitzondering op deze hoofdregel is genoemd in het eerste lid van artikel 3.3 en bestaat uit de aanwijzing van gedeputeerde staten als bevoegd gezag ten aanzien van bepaalde complexere categorieën inrichtingen. Die categorieën zijn specifiek beschreven in bijlage I van dit besluit.

De Nota van Toelichting bevat wat betreft bijlage 1 slechts de opmerking dat in artikel 1 zijn enkele begripsomschrijvingen (eerste lid) en meetvoorschriften (tweede en derde lid) opgenomen.

Eerste lid

Van de in het eerste lid opgenomen begripsomschrijvingen is het merendeel ongewijzigd overgenomen uit artikel 1, eerste lid, van het Bblb. Hierna wordt op een aantal van de begripsomschrijvingen nader ingegaan. Dit betreft met name de nieuwe en gewijzigde begripsomschrijvingen.

In het Bblb was niets geregeld over stookinstallaties.

Nu de toelichtingen bij de RIE, de Wabo en het Bor geen uitsluitel bieden, kan niet gezegd worden dat de afwijking van de definitie van IPPC-installatie in de RIE/Wabo, in bijlage 1 bij het Bor, voor wat betreft de bevoegdheid een verboden grotere bescherming zou bieden dan de richtlijn zelf. Nu immers hoofdstuk II van de RIE als zodanig van toepassing blijft, en dus de kwaliteitsvoorschriften van toepassing moeten blijven ook op een installatie als die in het Nimble-project, maar waarbij vanwege de feitelijke omstandigheid dat er minder wordt verstoekt dan 50 MW, die het Bor eist voor bevoegdheidstoedeling aan GS, niet is in te zien dat de bevoegdheidstoedeling een verboden grotere bescherming biedt dan de RIE.

Ook kan door de blijvende toepasselijkheid van hoofdstuk II RIE niet gezegd worden dat de afwijking van de definitie in het Bor een mindere bescherming biedt. De inrichting blijft vergunningplichtig de kwaliteitseisen van de RIE blijven van toepassing en het zal GS zijn (of de wederpartij in een eventuele rechtszaak) die uiteindelijk moet beargumenteren welke grotere bescherming een besluit van GS zou bieden. Dan zal het toch duidelijk moeten zijn dat er gevolgen zijn voor de fysieke leefomgeving in de provincie (ook weer indachtig het doel van de RIE dat met het verlenen van de vergunning wordt nagestreefd).

Voor wat betreft een verboden aanvulling op de Wabo: daar is geen sprake van nu de inrichting vergunningplichtig blijft en de hoofdregel van artikel 2.4 Wabo van toepassing is in plaats van de uitzondering. Dat zou alleen anders kunnen zijn, als de inrichting fysieke gevolgen voor de provincie heeft en niet alleen voor de gemeente. Of dat zo is kan ik niet beoordelen, maar gezien het gebruik van de noodaggregaten, lijkt mij dat niet waarschijnlijk.

Met inachtneming van het bovenstaande kan dus gesteld worden dat de norm zoals gehanteerd in artikel 1.3 bijlage C van het Bor een binnen de kaders van de richtlijn acceptabele bevoegdheidstoedeling aan de gemeente biedt voor zover installaties feitelijk minder brandstoffen verstoken dan 50 MW, ook al bedraagt het totale nominaal thermisch ingangsvermogen meer dan 50 MW.

NB. Bovenstaande redenering is opgezet aan de hand van het verschil in de teksten van de RIE en bijlage I onder C, Bor. Hoewel ook Soppe Gundelach Witbreuk op pagina 13 tot een gelijklopende conclusie kwamen (letterlijk: 'indien er sprake is van een IPPC-installatie én er binnen de inrichting worden brandstoffen worden verstoekt met een thermisch vermogen van 50 MW of meer, GS het bevoegd gezag zijn'. Soppe Gundelach Witbroek gingen er van uit dat het datacenter 50 MW of meer zou verstoken, terwijl mijn aanname nu juist is dat dit niet het geval is). Niettemin wijs ik er op dat Bijlage 1, onderdeel C, artikel 1 derde lid, ook anders gelezen kan worden, namelijk dat 'inrichtingen (...) voor het verstoken van brandstoffen met een thermisch vermogen van 50 MW of meer' juist ziet op het potentieel van de inrichting en niet op wat er feitelijk gebeurt. Om die reden is de primaire redenering zoals hierboven onder 1 noodzakelijk om de secundaire redenering te ondersteunen en vice versa.

Conclusie

In het bovenstaande heb ik een juridisch-technische exercitie verricht naar de wetgeving betreffende IPPC-installaties en de bevoegdheidstoewijzing tussen de diverse overheden op grond van de Wabo. Ik heb mij daarbij gebaseerd op de in de inleiding genoemde documenten. Ik heb mij bij deze exercitie volledig beperkt tot de bevoegdheidsvraag. Of hoofdstuk II van de RIE op de installatie van toepassing is, is gezien de bovenstaande redenering, waarschijnlijk, maar maakte geen deel uit van dit onderzoek.

Vooraleer mijn conclusies kort samen te vatten wijs ik er op dat in deze zaak geen gemakkelijke uitweg voor de gemeente is. Het enkel aannemen dat geen sprake is van een 'energie-industrie' of het

analoog toepassen van andere richtlijnen is niet zonder meer een oplossing voor het onderhavige geval, zeker niet met de uitspraak van de ABRS van 16 maart 2011 in gedachten. Wel kunnen deze argumenten uiteraard indien nodig in een gerechtelijk procedure worden ingebracht, maar de kans dat deze op zich zelf tot het standpunt zullen leiden dat de bevoegdheidstoedeling aan GS niet van toepassing is, is onwaarschijnlijk.

Mijn primaire conclusie ten aanzien van vraag 1, is dat als strak de letter van de wet gevolgd wordt met betrekking tot de kwalificatie als IPPC-installatie (vraag 1) het, toch gezien het doel van de richtlijn, niet zeker is dat de installatie, waar het, in het onderhavige geval om gaat, als zodanig gekwalificeerd moet worden. Een redenering dat dit niet het geval is, is uitgewerkt in het antwoord op vraag 4, onder 1.

Met betrekking tot het thermisch vermogen (vraag 2) merk ik op dat wanneer de tekst van bijlage 1, onder C Bor, geïnterpreteerd moet worden in het licht van de bepalingen in de RIE en de Wabo dat, de installatie onder de RIE valt, mede gezien de uitspraak van de ABRS van 16 maart 2011. Met betrekking tot de derde vraag zou dan GS het bevoegde gezag zijn (vraag 3).

Niettemin valt op deze wetsinterpretatie gezien het doel van de richtlijn en het beoogde beschermingsniveau van de burger, alsmede de uitleg van de tekst van Bijlage 1 onder C, Bor het één en ander af te dingen, zodat niet uitgesloten is, dat tot een andere verdedigbare conclusie kan worden gekomen. Deze andere verdedigbare conclusie heb ik met zijn tegenargumenten onder vraag 4 uitgewerkt.

Met vriendelijke groeten,

Elies Steyger