

Uitspraken

zaaknummer	200909120/1/R2
datum van uitspraak	woensdag 31 augustus 2011
tegen	het college van gedeputeerde staten van Friesland
proceduresoort	Eerste aanleg - meervoudig
rechtsgebied	Ruimtelijke-ordeningskamer - Natuurbescherming

200909120/1/R2.

Datum uitspraak: 31 augustus 2011

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak in het geding tussen:

de vereniging "Landelijke Vereniging Tot Behoud van de Waddenzee" (hierna: Waddenvereniging), gevestigd te Harlingen, appellante,

en

het college van gedeputeerde staten van Fryslân, verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 13 mei 2009 heeft het college het verzoek afgewezen van de Waddenvereniging om in het kader van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) handhavend op te treden tegen de bouw en het gebruik van een reststoffenenergiecentrale (hierna: de REC) te Harlingen.

Bij besluit van 9 oktober 2009, verzonden op 15 oktober 2009, kenmerk 00854898, heeft het college het door de Waddenvereniging hiertegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard voor zover het betreft de beslissing om niet handhavend op te treden.

Tegen dit besluit heeft de Waddenvereniging bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 25 november 2009, beroep ingesteld. De gronden van het beroep zijn aangevuld bij brief van 18 december 2009.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

De Waddenvereniging heeft nadere stukken ingediend.

De Stichting Advisering BestuursREchtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening heeft desverzocht een deskundigenbericht uitgebracht. De Waddenvereniging, het college en Afvalsturing Friesland B.V. en de Reststoffen Energie Centrale B.V. (hierna tezamen: Omrin) hebben hun zienswijze daarop naar voren gebracht.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 14 maart 2011, waar het college, vertegenwoordigd door mr. M.M. Kaajan en mr. J.C. van Oosten, beiden advocaat te Amsterdam, en vergezeld van H. Denters en D. Spoelstra, beiden werkzaam bij de provincie, is verschenen. Tevens is Omrin als partij gehoord, vertegenwoordigd door mr. H.M. Giezen, advocaat te Amsterdam, en vergezeld van [gemachtigde]. Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend.

De Waddenvereniging, het college en Omrin hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak opnieuw ter zitting behandeld op 5 juli 2011, waar de Waddenvereniging, vertegenwoordigd door [gemachtigde], en het college, vertegenwoordigd door H. Denters, werkzaam bij de provincie, zijn verschenen. Tevens is Omrin als partij gehoord, vertegenwoordigd door mr. H.M. Giezen, advocaat te Amsterdam, en vergezeld van [gemachtigde].

2. Overwegingen

2.1. In geschil is de weigering van het college om handhavend op te treden tegen het bouwen en gebruiken van de REC zonder vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998.

2.2. De REC is bedoeld voor de productie van nuttig toepasbare energie door het gebruik van brandbare afvalstoffen als brandstof. De REC bevindt zich op een afstand van 100 meter van het Natura 2000-gebied de Waddenzee en op een afstand van ongeveer 25 kilometer van de dichtst bij gelegen Natura 2000-gebieden Duinen van Vlieland en Duinen van Terschelling. Bij brief van 22 augustus 2008 heeft het college, desgevraagd, aan de REC medegedeeld dat voor de voorgenomen activiteiten geen vergunning krachtens artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998 is vereist, nu volgens het college de bouw en het gebruik van de centrale geen negatieve effecten zullen veroorzaken op de natuurwaarden van de nabij gelegen Natura 2000-gebieden.

Toetsingskader

2.3. Ingevolge artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998, zoals dit luidde ten tijde van het nemen van het bestreden besluit en voor zover hier van belang, is het verboden om zonder vergunning, of in strijd met aan die vergunning verbonden voorschriften en beperkingen, van gedeputeerde staten projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen de kwaliteit van de natuurlijke habitats en habitats van soorten in een op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Zodanige projecten of handelingen zijn in ieder geval projecten die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten.

Fint

2.4. De Waddenvereniging betoogt dat significant versturende effecten op de vissoort de fint door de heiwerkzaamheden niet zijn uitgesloten. De Waddenvereniging voert hiertoe aan dat het college onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de vraag of de fint voorkomt in het door heien verstoorde gebied.

2.4.1. Het college stelt zich op het standpunt dat significant versturende effecten op de fint door het heien zijn uitgesloten. Het college merkt hierbij op dat de omgeving van de bouwlocatie niet bekend staat als typisch leefgebied van de fint. Bovendien is in de omgeving voldoende alternatief opgroei gebied voorhanden om naar uit te wijken in de beperkte periode van potentiële verstoring.

2.4.2. Het Natura 2000-gebied de Waddenzee is, voor zover hier van belang, aangewezen voor de fint (H1103). Voor deze soort geldt als instandhoudingsdoelstelling het behoud van de omvang en van de kwaliteit van het leefgebied. Voor de fint is de Waddenzee als doortrek- en opgroei gebied van groot belang.

2.4.3. Het college heeft zich bij de beoordeling van het handhavingsverzoek gebaseerd op het rapport 'Natuurbeschermingswet in verband met de aanleg van een reststoffen energie centrale te Harlingen', van Buro Bakker adviesburo voor ecologie B.V. (hierna: de voortoets). In paragraaf 5.3 van de voortoets is ingegaan op de mogelijke effecten op de fint tijdens het heien. In de voortoets staat dat de fint een voor geluid gevoelige vis betreft en dat, nu de trekroute van de fint naar het IJsselmeer waarschijnlijk langs Harlingen loopt, significante effecten zouden kunnen optreden indien geheid wordt tijdens de trekperiode. Voorts staat in de voortoets dat tijdens de wintermaanden jonge finten rond Harlingen kunnen voorkomen. De oppervlakte van het gebied onder water dat verstoord zal worden is volgens de voortoets ongeveer één kilometer van de heilocatie. De voortoets concludeert dat deze jonge finten het gebied tijdelijk zullen gaan mijden.

2.4.4. In de voortoets is uitgegaan van het effect van het heien op de fint buiten de trekperiode. De trekperiode van de fint is blijkens de voortoets van april tot en met juni. Ter zitting is vast komen te staan dat het heien heeft plaatsgevonden in de periode van 19 maart 2009 tot half juni 2009. Blijkens de voortoets waren significante gevolgen tijdens de trekperiode niet uitgesloten. Op basis van de voortoets heeft het college zich dan ook niet op het standpunt kunnen stellen dat de REC in zoverre geen significante verstoring op de fint zou kunnen hebben, mede in het licht van de onzekerheid ten aanzien van de exacte locatie van de trekroute van de fint. Op grond van het door het college bij brief van 30 november 2010 nader ingediende stuk over de migratieroute van de fint, acht de Afdeling echter aannemelijk gemaakt dat ten tijde van het heien de trekroute van de fint zich niet bevond op zodanige afstand van de bouwlocatie dat de fint significante gevolgen ondervonden zou kunnen hebben door het heien.

Scholekster en Steenloper

2.5. De Waddenvereniging voert aan dat niet is uitgesloten dat de exploitatie van de REC een significant versturend effect op de scholekster en steenloper zou kunnen hebben. Het college had hiervan een nadere beoordeling moeten maken omdat de haven van Harlingen een hoogwatervluchtplaats is voor meer dan 1% van de aantallen scholeksters en steenlopers. De Waddenvereniging voert aan dat het college zich met betrekking tot dit onderwerp op onvolledige en verouderde gegevens heeft gebaseerd. Verder betoogt de Waddenvereniging dat nu de bedoelde soorten een verbeterdoelstelling hebben, iedere achteruitgang van de populatie als significant moet worden gezien.

2.5.1. Het college stelt zich op het standpunt dat tijdens de gebruiksfase, gelet op de gering toenemende geluidsbelasting en de maatregelen ter voorkoming van lichthinder, geen effecten te verwachten zijn op de rustplaatsen van de genoemde vogels.

2.5.2. Het Natura 2000-gebied Waddenzee is, voor zover hier van belang, aangewezen voor de steenloper (A169) en de scholekster (A130). Voor de steenloper geldt als instandhoudingsdoelstelling behoud van de omvang en verbetering van de kwaliteit van het leefgebied met een draagkracht voor een populatie van 2300-3000 vogels (seizoensgemiddelde). Voor de scholekster geldt als instandhoudingsdoelstelling behoud van de omvang en verbetering van de kwaliteit van het leefgebied met een draagkracht voor een populatie van 140.000-160.000 (seizoensgemiddelde).

2.5.3. Niet in geschil is dat de hoogwatervluchtplaats haven Harlingen, waar de scholekster en de steenloper gebruik van maken, zelf geen deel uitmaakt van het Natura 2000-gebied. Derhalve doet een verslechtering van een aangewezen Natura 2000-gebied zich niet voor.

Wat betreft mogelijke negatieve effecten op de soorten scholekster en steenloper staat in de voortoets dat het licht van de REC naar beneden gericht moet zijn waardoor geen verstoring door licht zal optreden, aangezien dit niet uitstraalt over de zeedijk. In het deskundigenbericht wordt deze conclusie onderschreven aangezien de inrichting vanuit de Waddenzee gezien achter de vijf meter hoge zeedijk ligt, de verlichting op vier meter hoogte wordt aangebracht en bij de milieuvergunning voorts is bepaald dat de relatieve opwaartse lichtstroom op de lichtvergunningpunten op de dijk en in de Waddenzee 0 dient te bedragen. Voorts is in de voortoets de geluidsbelasting van het industrieterrein "Industriehaven" berekend met en zonder de REC. Volgens het deskundigenbericht kan op basis hiervan worden geconcludeerd dat de toename ter plaatse van de hoogwatervluchtplaats die de scholekster en de steenloper gebruiken, zodanig gering is dat de geluidsemisatie van de REC geen toename van de verstoring tot gevolg heeft.

Gelet op het voorgaande ziet de Afdeling in hetgeen de Waddenvereniging op dit punt heeft aangevoerd geen grond voor het oordeel dat het college er op basis van deze gegevens niet van mocht uitgaan dat het gebruik van de REC geen significant verstorend effect zal kunnen hebben op de scholekster en de steenloper. De vraag of in de voortoets is uitgegaan van een juist aantal aanwezige vogels op de hoogwatervluchtplaats is gelet daarop niet van belang.

Dioxinen

2.6. De Waddenvereniging betoogt dat onvoldoende onderzoek is gedaan naar de gevolgen van de emissie van dioxinen. Zij wijst er in dit verband op dat dioxinen extreemrisicovolle stoffen zijn, die nauwelijks in het milieu afbreken en slecht oplosbaar zijn in water. De Waddenvereniging voert aan dat aan de aanname dat bij normaal gebruik van sprake is van lage emissies zonder gevaar voor het milieu onvoldoende onderzoek ten grondslag ligt en te weinig aandacht is besteed aan een eventuele ophoping van toxische stoffen in de voedselketen. Voorts voert de Waddenvereniging aan dat het college ten onREChte geen onderzoek heeft gedaan naar de gevolgen van emissies van dioxinen bij incidenten en betoogt zij dat het college ten onREChte geen onderzoek heeft gedaan naar de gevolgen van afvalbranden.

2.6.1. Het college stelt dat storingsemisaties zijn meegenomen in de berekeningen in de MER en dat voor gevaar voor het milieu en voor ophoping van toxische stoffen in de voedselketen, die op termijn de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar zouden kunnen brengen, niet behoeft te worden gevreesd. Ten aanzien van ongecontroleerde incidenten stelt het college zich op het standpunt dat hiermee bij de beoordeling van mogelijke effecten op de instandhoudingsdoelen van de nabij gelegen Natura 2000-gebieden geen rekening kan worden

gehouden. Het college merkt hierbij op dat wel is gebleken dat REC voldoende maatregelen heeft genomen om onvoorzienbare voorvallen te voorkomen.

2.6.2. In de voortoets is onderzoek gedaan naar de effecten van de emissie van dioxinen. In de voortoets wordt gesteld dat negatieve effecten niet kunnen worden uitgesloten maar dat zij evenmin worden verwacht. Voorts wordt gesteld dat nu de kennis over de werking van dioxinen en dosiseffectrelatie ontoereikend is, het niet mogelijk zal zijn de toename van dioxinenconcentratie in de omgeving van de REC nader te duiden.

In het door de Waddenvereniging overgelegde deskundigen oordeel van Altenburg en Wymenga van 17 februari 2010 wordt gesteld dat door het ontbreken van informatie over de achtergrondwaarde en het additionele effect van dioxinen, informatie ontbreekt over hoe en in hoeverre eventuele emissies van dioxinen kunnen doorwerken in het ecosysteem.

2.6.3. Uit de genoemde onderzoeken volgt dat onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het effect van dioxinen op de natuurwaarden waarvoor het gebied de Waddenzee is aangewezen. Dit wordt eveneens onderschreven in het deskundigenbericht, waarin wordt gesteld dat dioxinen extreem risicovolle stoffen zijn en dat niet bekend is wat de gevolgen van dioxinen op water zullen zijn. De aan het besluit ten grondslag gelegde voortoets kan dan ook geen basis vormen voor het standpunt van het college dat uitgesloten is dat de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied niet zullen worden aangetast door de emissie van dioxinen. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat het college zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat uitgesloten is dat de emissie van dioxinen enige verslechtering van de habitats of een significante verstoring van de soorten waarvoor het gebied is aangewezen zou kunnen hebben.

Weidsheid

2.7. De Waddenvereniging betoogt dat met de aanwezigheid van de REC de weidsheid van de Waddenzee wordt aangetast. De Waddenvereniging voert hiertoe aan dat REC een wezensvreemd element is in het waddengebied en bovendien vanaf de Waddenzee en Waddeneilanden meestal ruimschoots te zien zal zijn.

2.7.1. Het college stelt zich op het standpunt dat de REC nauwelijks effect heeft op het open en weidse karakter van de Waddenzee en de beleefbaarheid vanuit het Waddengebied, nu de bebouwing ingepast wordt in de bestaande bebouwing op het industrieterrein. Ter zitting heeft het college dit aangevuld door zich op het standpunt te stellen dat geen sprake is van een aantasting van het landschap, nu het gaat om een gebied waar reeds industriële bebouwing aanwezig is.

2.7.2. Bij besluit van 26 februari 2009 is het gebied de Waddenzee aangewezen als gebied als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, van de Nbw 1998. Voorheen was het gebied aangewezen als staatsmonument.

Ingevolge artikel 15a, derde lid, van de Nbw 1998 heeft de instandhoudingsdoelstelling voor het op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied, mede betrekking op de doelstellingen ten aanzien van het behoud, herstel en de ontwikkeling van het natuurschoon of de natuurwetenschappelijke betekenis van het gebied zoals bepaald in het besluit houdende de aanwijzing van het natuurmonument. Deze doelstellingen maken derhalve onderdeel uit van

het toetsingskader van vergunningverlening krachtens artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998.

In de toelichting bij de aanwijzingsbesluiten tot aanwijzing van het staatsnatuurmonument Waddenzee is onder meer opgenomen dat het gebied is aangewezen omdat het Waddenzeegebied wordt ervaren als een gebied van bijzondere landschappelijke schoonheid. Essentieel voor het weidse karakter is dat de invloed van menselijke activiteiten in het niet zinkt bij het stempel dat de natuurlijke elementen op de Waddenzee drukken. Verder is in de toelichting opgenomen dat het landschap zich kenmerkt door een vrijwel ongeschonden en open karakter.

2.7.3. De REC bestaat uit meerdere aan elkaar geschakelde gebouwen van verschillende grootte. Het hoofdgebouw omvat een ontvangsthal met opslagbunker, een oven- en ketelgebouw en een rookgasreinigingsgebouw. Naast het hoofdgebouw bevindt zich een schoorsteen. Het hoofdgebouw is ongeveer 40 meter breed en 160 meter lang. De bunker, het oven- en ketelgebouw, de rookgasreiniging en de schoorsteen zijn respectievelijk 31, 44, 36 en 44 meter hoog. Het gebouw staat haaks op de dijk en is gesitueerd ten noorden van het industrieterrein "Industriehaven".

2.7.4. In de voortoets is ondermeer onderzoek gedaan naar de landschappelijke gevolgen van de REC. In de voortoets wordt geconcludeerd dat de landschappelijke waarden van de Waddenzee niet op onacceptabele wijze worden aangetast. Hierbij wordt opgemerkt dat het niet gaat om een ongerept landschap, maar om een industrieel landschap waarin tussen bestaande bebouwing een nieuw industrieel element wordt toegevoegd. In het in opdracht van het college opgestelde rapport 'Landschappelijke beoordeling Reststoffen Energie Centrale Omrin te Harlingen' van Bosch Slabbers van 10 augustus 2007 staat dat de bebouwing die vanaf de Waddenzee wordt waargenomen in omvang toeneemt en dat de bouw van de REC nauwelijks effect heeft op de kenmerken en de beleefbaarheid van het Waddengebied.

2.7.5. Gelet op de omvang en ligging van de REC acht de Afdeling niet aannemelijk dat geen sprake is van enige afname van de weidsheid van het landschap van de Waddenzee, zoals het college ter zitting heeft gesteld. Zij neemt hierbij in aanmerking dat in de genoemde onderzoeken weliswaar staat dat de aantasting niet onacceptabel is, maar uit deze onderzoeken kan niet worden afgeleid dat van enige aantasting van het open en weidse karakter van het Natura 2000-gebied geen sprake is. De conclusie dat niet kan worden uitgesloten dat de REC het open en weidse karakter van het Waddengebied zal aantasten wordt tevens onderschreven door het deskundigenbericht waarin wordt gesteld dat de aanwezigheid van de REC leidt tot een zekere afname van de weidsheid van het landschap van de Waddenzee.

Voor zover het college zich in het besluit op het standpunt heeft gesteld dat de aantasting van het natuurschoon slechts beperkt en daardoor niet onaanvaardbaar is, heeft het hiermee miskend dat de vraag of de aantasting van het landschap in dit geval aanvaardbaar is, pas aan de orde komt bij de vraag of vergunningverlening als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998 mogelijk is.

Conclusie

2.8. Uit het voorgaande volgt dat nu niet is uitgesloten dat zich bij het in gebruik zijn van de REC een verslechtering van de habitats of een significante verstoring van de betrokken

soorten zal kunnen voordoen, dit gebruik in strijd met artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998 is, nu de vergunning, die op grond van deze bepaling nodig is, niet is verleend.

2.8.1. Gelet op het algemeen belang dat gediend is 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 het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

Niet aannemelijk is gemaakt dat zich bijzondere omstandigheden voordeden op grond waarvan moet worden geoordeeld dat het college heeft mogen weigeren van zijn bevoegdheid handhavend op te treden gebruik te maken. Het beroep is gegrond, zodat het bestreden besluit dient te worden vernietigd.

Uit het verweer en de onderzoeken ter zitting is gebleken dat de warmtekrachtcentrale van het naast de REC gelegen Frisia wordt voorzien van stoom vanuit de REC, waardoor in deze warmtekrachtcentrale niet langer aardgas behoeft te worden ingezet. Volgens het college en Omrin kan dit proces ertoe leiden dat de stikstofdepositie van de REC, in samenhang gezien met de warmtekrachtcentrale van Frisia, op de betrokken Waddeneilanden per saldo niet zal toenemen. Nu voor de exploitatie van de REC een vergunningprocedure zal moeten worden gevolgd, kan dit aspect daarbij aan de orde te komen.

In het licht hiervan behoeft de beroepsgrond van de Waddenvereniging dat het college niet het standpunt heeft mogen innemen dat de toename van de stikstofdepositie van de REC zodanig gering is dat dit niet tot enige verslechtering van de kwaliteit van de duinhabitattypen op de Waddeneilanden zou kunnen leiden, geen bespreking.

Proceskosten

2.9. Van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen, is niet gebleken.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursREchtspraak van de Raad van State

REcht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het beroep gegrond;

II. vernietigt het besluit van het college van gedeputeerde staten van Fryslân van 9 oktober 2009, kenmerk 00854898;

III. gelast dat het college van gedeputeerde staten van Fryslân aan de vereniging Landelijke Vereniging Tot Behoud van de Waddenzee het door haar voor de behandeling van het beroep betaalde griffieREcht ten bedrage van € 297,00 (zegge: tweehonderdzevenennegentig euro) vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen, voorzitter, en mr. G.N. Roes en mr. J. Hoekstra, leden, in tegenwoordigheid van mr. S. Langeveld, ambtenaar van staat.

w.g. Scholten-Hinloopen w.g. Langeveld
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 31 augustus 2011

317-674.