Raad van State

ECLI	ECLI:NL:RVS:2023:848
Datum uitspraak	1 maart 2023
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 28 mei 2021 heeft het college van gedeputeerde staten van Fryslân [appellante] onder oplegging van een dwangsom gelast om per direct te voldoen aan artikel 10.38, gelezen in samenhang met artikel 10.39 van de Wet milieubeheer en artikel 10, tweede lid, van het Besluit melden bedrijfsafvalstoffen en gevaarlijke afvalstoffen. [appellante] is een afvalverwerkingsbedrijf dat gevestigd is aan de [locatie] in Heerenveen en zich bezighoudt met het exporteren van asfaltgranulaat. Teer bevat polycyclische aromatische koolwaterstoffen. Teerhoudend asfaltafval wordt bij bepaalde concentraties PAK als een gevaarlijke afvalstof beschouwd, omdat het kankerverwekkende eigenschappen bezit als bedoeld in bijlage III bij de Richtlijn 2008/98/EG. Op 16 april 2021 hebben toezichthouders van de Fryske Utfieringstsjinst Miljeu en Omjouwing een controle uitgevoerd in de inrichting van [appellante]. Daarbij hebben toezichthouders geconstateerd dat OBA Bulk Terminal Amsterdam een op 11 maart 2021 van [appellante] afkomstige scheepsvracht teerhoudend asfalt, met Euralcode 17.03.01* uit de Europese afvalstoffenlijst, heeft geweigerd in ontvangst te nemen.

Volledige tekst

202201196/1/R4.
Datum uitspraak: 1 maart 2023

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak in het geding tussen:

[appellante A] en [appellante B] (hierna samen en in enkelvoud: [appellante]), gevestigd te [plaats],

appellanten,

en

het college van gedeputeerde staten van Fryslân (hierna: het college),

verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 28 mei 2021 heeft het college [appellante] onder oplegging van een dwangsom gelast om per direct te voldoen aan artikel 10.38, gelezen in samenhang met artikel 10.39 van de Wet milieubeheer (hierna: de Wm) en artikel 10, tweede lid, van het Besluit melden bedrijfsafvalstoffen en gevaarlijke afvalstoffen (hierna: het Besluit).

Bij besluit van 9 november 2021 heeft het college het door [appellante] hiertegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen het besluit van 9 november 2021 heeft [appellante] beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 9 november 2022, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. R.G.J. Laan, advocaat te Hoorn, en ing. J.A. Hoeflaken en het college, vertegenwoordigd door mr. C. Hibma, mr. J. Ponsen en J. Stoker, zijn verschenen.

Per brief van 6 februari 2023 heeft de Afdeling partijen geïnformeerd over de gewijzigde samenstelling van de meervoudige kamer en hen de gelegenheid geboden om uiterlijk 20 februari 2023 schriftelijk aan te geven of zij opnieuw ter zitting wensen te worden gehoord. De Afdeling heeft geen reactie ontvangen. Vervolgens heeft de Afdeling het onderzoek opnieuw gesloten.

Overwegingen

Inleiding

1. [appellante] is een afvalverwerkingsbedrijf dat gevestigd is aan de [locatie] in Heerenveen en zich bezighoudt met het exporteren van asfaltgranulaat. Teer bevat polycyclische aromatische koolwaterstoffen (hierna: PAK). Teerhoudend asfaltafval wordt bij bepaalde concentraties PAK als een gevaarlijke afvalstof beschouwd, omdat het kankerverwekkende eigenschappen bezit als bedoeld in bijlage III bij de Richtlijn 2008/98/EG (hierna: de Kaderrichtlijn).

Op 16 april 2021 hebben toezichthouders van de Fryske Utfieringstsjinst Miljeu en Omjouwing (hierna: de FUMO) een controle uitgevoerd in de inrichting van [appellante]. Daarbij hebben toezichthouders geconstateerd dat OBA Bulk Terminal Amsterdam (hierna: OBA) een op 11 maart 2021 van [appellante] afkomstige scheepsvracht teerhoudend asfalt, met Euralcode 17.03.01* uit de Europese afvalstoffenlijst (hierna: de Eural), heeft geweigerd in ontvangst te nemen. Die Euralcode wordt gebruikt voor bitumineuze mengsels die koolteer bevatten en duidt op de aanwezigheid van gevaarlijk afval.

De daarna naar OBA afgevoerde vrachten bestonden volgens de begeleidingsformulieren uit asfalt met Euralcode 17.03.02, welke code wordt gebruikt voor bitumineuze mengsels die

niet onder 17.03.01* vallen. Op grond van de in opdracht van [appellante] opgestelde analyserapporten van die vrachten heeft de toezichthouder van de FUMO zich op het standpunt gesteld dat bij meer dan één van die vrachten het gehalte aan PAK10 hoger was dan 250 mg/kg, waarbij PAK10 de som is van tien soorten PAK. Gelet daarop was sprake van gevaarlijk afval waarop Euralcode 17.03.01* van toepassing is en heeft [appellante] in strijd met artikel 10.38 gelezen in samenhang met artikel 10.39 van de Wm en artikel 10, tweede lid, van het Besluit, Euralcode 17.03.02 aan die vrachten toegekend, aldus het college.
2. Artikel 10.38 van de Wm luidt:

"1. Degene die zich van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen ontdoet door deze af te geven aan een persoon als bedoeld in artikel 10.37, tweede lid, onder a tot en met f, registreert met betrekking tot zodanige afgifte:

a. de datum van afgifte;

b. de naam en het adres van degene aan wie de afvalstoffen worden afgegeven;

c. de gebruikelijke benaming en de hoeveelheid van die afvalstoffen;

d. de plaats waar en de wijze waarop de afvalstoffen worden afgegeven;

e. de voorgenomen wijze van beheer van de afvalstoffen;

f. ingeval de afgifte geschiedt door tussenkomst van een ander die opdracht heeft de afvalstoffen te vervoeren naar degene voor wie deze zijn bestemd: diens naam en adres en de naam en het adres van degene in wiens opdracht het vervoer geschiedt.

2. De geregistreerde gegevens worden ten minste vijf jaar bewaard en gedurende die periode door de afvalstoffenhouder ter beschikking gehouden van degenen die zijn belast met het toezicht of de douanecontrole op de naleving van de wet en van voorgaande afvalstoffenhouders.

3. Een persoon als bedoeld in artikel 10.37, tweede lid, onder a of b, die zich van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen ontdoet door deze af te geven aan een andere zodanige persoon, meldt met betrekking tot een zodanige afgifte de in het eerste lid bedoelde gegevens aan een door Onze Minister aan te wijzen instantie."

Artikel 10.39 luidt:

"1. Degene die zich van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen ontdoet door afgifte aan een persoon als bedoeld in artikel 10.37, tweede lid, onder a tot en met e, verstrekt:

a. aan deze persoon een omschrijving van aard, eigenschappen en samenstelling van die afvalstoffen;

b. aan degene die opdracht heeft de afvalstoffen naar die persoon te vervoeren, een begeleidingsbrief.

2. De begeleidingsbrief bevat ten minste de in het eerste lid, onder a, en de in artikel 10.38, eerste lid, bedoelde gegevens."

Artikel 10 van het Besluit luidt:

[…];

"2. Degene die een omschrijving als bedoeld in artikel 10.39, eerste lid, onder a, van de wet verstrekt, vermeldt daarbij de van toepassing zijnde code van de afvalstoffenlijst."

3. Het college heeft bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een overtreding gebruik gemaakt van de Handreiking Eural van augustus 2019 (hierna: de Handreiking), opgesteld door Rijkswaterstaat, waarin volgens het college beleidsregels, dan wel vaste gedragslijnen zijn vervat. Het college heeft de Handreiking toegepast om het door [appellante] afgegeven afval te classificeren. In paragraaf 6.1.1 van de Handreiking staat hoe met koolteer in afvalstoffen moet worden omgegaan. Daar wordt toegelicht dat er geen analysemethode bestaat waarbij koolteer als zodanig direct en voldoende betrouwbaar kan worden gemeten. In Nederland wordt voor de aanwezigheid van koolteer een selectie van de PAK, omschreven als PAK10, aangemerkt als kritische parameter. Het gehalte aan PAK10 kan worden onderzocht met een zogenoemde PAK-marker. Als bij gebruik van een PAK-marker een positieve uitslag zichtbaar is, dan is het gehalte aan PAK10 in ieder geval boven de 250 mg/kg. Bij de aanwezigheid van 250 mg/kg PAK10 wordt er vanuit gegaan dat de concentratie koolteer hoger is dan 1.000 mg/kg en is de afvalstof volgens de Eural gevaarlijk zodat transport moet plaatsvinden onder vermelding van Euralcode 17.03.01*.

4. Bij besluit van 28 mei 2021 heeft het college [appellante] onder oplegging van een dwangsom gelast om per direct te voldoen aan artikel 10.38 gelezen in samenhang met artikel 10.39 van de Wm en artikel 10, tweede lid, van het Besluit. In dit besluit is bepaald dat bij iedere overtreding [appellante] een dwangsom van € 60.000,00 met een maximum van € 4.000.000,00 verbeurt. Het college wil hiermee voorkomen dat [appellante] voormelde bepalingen uit de Wm en het Besluit nogmaals overtreedt.

5. Bij besluit van 23 juli 2021 heeft het college met toepassing van artikel 5:34, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht de last opgeheven omdat het terrein van [appellante] inmiddels leeg is en [appellante] het terrein heeft verkocht.

Omvang van het geding en procesbelang

6. Het geschil spitst zich toe op de vraag of ten tijde van het besluit van 28 mei 2021 terecht een overtreding is geconstateerd doordat [appellante] onder de onjuiste Euralcode 17.03.02 teerhoudend asfaltafval heeft vervoerd, terwijl dit Euralcode 17.03.01* had moeten zijn. Hoewel de opgelegde last van 28 mei 2021 inmiddels is opgeheven, heeft [appellante] belang bij een oordeel over de rechtmatigheid van de aan hem opgelegde last onder dwangsom omdat [appellante], naar hij stelt, schade heeft geleden in de periode tussen het nemen van het besluit van 28 mei 2021 en 23 juli 2021, doordat [appellante] in deze periode heeft moeten afzien van transport van teerhoudend afval naar OBA in Amsterdam en heeft moeten uitwijken naar Rotterdam. Dit heeft geleid tot extra (opslag)kosten bij [appellante]. Naar het oordeel van de Afdeling heeft [appellante] aannemelijk gemaakt dat hij schade heeft geleden in de bovenvermelde periode en is procesbelang dus aanwezig.

Weliswaar was ten tijde van het besluit op bezwaar van 10 november 2021 sprake van een wijziging van de Activiteitenregeling milieubeheer op grond waarvan teerhoudend asfaltafval de classificatie van gevaarlijk afval met Euralcode 17.03.01* krijgt wanneer het gehalte PAK10 boven de 75 mg/kg ligt, maar omdat deze wetswijziging niet gold ten tijde van het besluit op 28 mei 2021 zal de Afdeling deze wetswijziging voor de beantwoording van de vraag of ten tijde van het besluit van 28 mei 2021 sprake was van een overtreding buiten beschouwing laten.

Overtreding?

7. [appellante] betoogt dat het college ten onrechte een last onder dwangsom heeft opgelegd, omdat geen sprake is van een overtreding.

In dit kader voert [appellante] allereerst aan dat het college niet op grond van de Handreiking had mogen vaststellen dat sprake is van een overtreding. De Handreiking is geen beleidsregel en geldt ook niet als vaste gedragslijn op basis waarvan geoordeeld kan worden of sprake is van een gevaarlijke stof. Volgens [appellante] volgt rechtstreeks uit de Kaderrichtlijn of iets een gevaarlijke afvalstof is of niet.

Verder betoogt [appellante] dat de door het college gebruikte grenswaarde van 250 mg/kg PAK10 onjuist is, omdat het college hiermee ten onrechte voorbij is gegaan aan het stroomschema dat is opgenomen in bijlage 5 van de Handreiking. Volgens [appellante] is de door het college gehanteerde grenswaarde van 250 mg/kg PAK10 te streng en had het aansluiting moeten zoeken bij de Eural. Uit de Eural volgt dat teerhoudend asfalt als gevaarlijk afval wordt aangemerkt, als het koolteergehalte groter is of gelijk is aan 0,1%, oftewel groter is dan of gelijk is aan 1.000 mg/kg. De aanname in de Handreiking dat het koolteergehalte in asfalt groter is of gelijk is aan die norm, indien het gehalte aan PAK10 groter is dan of gelijk is aan 250 mg/kg, is niet toegelicht en onjuist, aldus [appellante]. Daartoe verwijst [appellante] naar een in opdracht van Rijkswaterstaat uitgevoerd validatie-onderzoek waaruit blijkt dat de PAK-marker tot ca. 20% aan vals-positieve uitslagen kan opleveren. Door de Handreiking ten grondslag te leggen aan het handhavend optreden gaat het college bovendien voorbij aan Europese regelgeving en het Landelijk Afvalbeheerplan (hierna: LAP3). Op grond van de Kaderrichtlijn vindt classificatie van afvalstoffen als gevaarlijk of niet-gevaarlijk namelijk plaats door gebruik te maken van het toetsingskader dat is opgenomen in bijlage III van de Kaderrichtlijn. Dit toetsingskader, dat ook in het LAP3, onderdeel D5 wordt beschreven, heeft het college ten onrechte niet gebruikt.

Tot slot wijst [appellante] naar een door de Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied aan OBA afgegeven omgevingsvergunning, waarin is opgenomen dat afval met een gehalte tot 1.000 mg/kg koolteer onder Euralcode 17.03.02 valt. Volgens [appellante] moet het college mede gelet op die vergunning uitgaan van een voor [appellante] meest gunstige toepassing van de Euralcodes 17.03.01* en 17.03.02.

7.1. De Afdeling stelt vast - en dat is ook niet tussen partijen in geschil - dat op grond van de Eural, bijlage III van de Kaderrichtlijn, en de CLP-verordening (Verordening 1272/2008) in samenhang bezien volgt dat bij een gehalte van 1.000 mg/kg koolteer of hoger sprake is van een gevaarlijke afvalstof waarvoor Euralcode 17.03.01* geldt.

7.2. De Afdeling stelt daarnaast vast dat geen eenduidige meetmethode voorhanden is om vast te stellen wanneer sprake is van 1.000 mg/kg koolteer. Vanwege het ontbreken van een eenduidige meetmethode heeft het college aansluiting gezocht bij de Handreiking. Ter zitting heeft het college toegelicht dat naast de Handreiking geen ander gebruiksdocument aanwezig is om vast te stellen welke Euralcode geldt. Juist omdat de concentratie van koolteer in afval lastig is vast te stellen, heeft Rijkswaterstaat, in samenwerking met de branche, de Handreiking opgesteld die de ontdoener van afval moet helpen de juiste Euralcode voor afval vast te stellen. Daarbij is de Handreiking gebaseerd op wat volgt uit onder meer de Kaderrichtlijn en de daaronder vallende regelgeving, zo stelt het college. Weliswaar vormt de Handreiking, zoals [appellante] terecht stelt, geen beleidsregel, maar het college heeft de Handreiking, gelet op wat hiervoor is overwogen, wel mogen gebruiken bij het vaststellen of het door [appellante] vervoerde asfaltafval is aan te merken als gevaarlijke afvalstof.

In beginsel heeft het college, bij gebreke van concrete aanwijzingen dat die meetmethode onjuistheden bevat, naar het oordeel van de Afdeling mogen uitgaan van de in de Handreiking

opgenomen meetmethode bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gevaarlijke afvalstof. Over het betoog [appellante] ter zitting dat het college ten onrechte niet het stroomschema uit bijlage 5 van de Handreiking heeft gebruikt als meetmethode om vast te stellen of sprake is van een overschrijding van 1.000 mg/kg koolteer overweegt de Afdeling dat het stroomschema op zichzelf geen meetmethode inhoudt waarmee het gehalte aan koolteer kan worden bepaald, maar slechts dient als een overzicht van de stappen die genomen moeten worden om te komen tot een juiste Euralcode. Daarbij komt dat, zoals het college ook ter zitting heeft toegelicht, voor het invullen van het stroomschema de gegevens van andere lastig meetbare koolteerverbindingen nodig zijn. Juist het feit dat de andere koolteerverbindingen die in het stroomschema moeten worden ingevuld moeilijk te meten zijn, maakt het hanteren van het stroomschema tot een lastig en moeilijk toe te passen methode om een juiste Euralcode te bepalen. Gelet hierop is naar het oordeel van de Afdeling niet gebleken dat het door [appellante] voorgedragen alternatief om alle koolteerverbindingen te meten tot een betere en nauwkeurigere uitkomst zou leiden. De Afdeling ziet om die reden geen grond voor het oordeel dat het college de meetmethode uit de Handreiking ten onrechte heeft gebruikt.
Voor zover [appellante] stelt dat het college door toepassing van de Handreiking voorbij is gegaan aan het LAP3, is de Afdeling van oordeel dat deze stelling onjuist is omdat in onderdeel D5.3 van het LAP3 verwezen wordt naar de Handreiking.

Dat de Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied aan OBA een vergunning heeft verleend voor het ontvangen van afval met een gehalte tot 1.000 mg/kg koolteer zonder de Euralcode 17.03.01* maakt niet dat in dit geval ten onrechte een overtreding is geconstateerd op grond waarvan [appellante] deze code had moeten vermelden. In deze vergunning wordt immers een zelfde norm gehanteerd van 1.000 mg/kg en, zelfs al was dat niet het geval, in die vergunning wordt evenmin een meetmethode voorgeschreven.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat [appellante] voorafgaand aan het opleggen van de last onder dwangsom een overtreding heeft begaan. Gelet hierop was het college bevoegd om handhavend op te treden jegens [appellante].

Het betoog slaagt niet.

Conclusie

8. Het beroep is ongegrond.

9. Het college hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. J.E.M. Polak, mr. H.C.P. Venema en mr. J.H. van Breda, leden, in tegenwoordigheid van mr. S. Vermeulen, griffier.

w.g. Polak
voorzitter

w.g. Vermeulen
griffier

Uitgesproken in het openbaar op 1 maart 2023