

MEMO

AAN : College van burgemeester en wethouders van de gemeente 's-Hertogenbosch
VAN : [REDACTED]
DATUM : 29 juni 2021
BETREFT : Handhaving asfaltcentrale

1. Inleiding

Algemeen

- 1.1 U heeft op 28 mei 2021 mijn advies gevraagd over het in maart 2021 ingenomen standpunt van het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) om vooralsnog niet over te gaan tot stillegging van de asfaltcentrale aan de Veemarktkade 10 te (5222 AE) 's-Hertogenbosch, die wordt geëxploiteerd door AsfaltNu (hierna: AsfaltNu), vanwege – kort samengevat – het overschrijden van de emissiegrenswaarden voor benzeen. Hierover bericht ik u als volgt.

Aanleiding

- 1.2 De Provincie Noord-Brabant heeft op 6 november 2009 aan "Wegenbouwmaatschappij J. Heijmans B.V." een vergunning verleend voor de asfaltcentrale op grond van (destijds) de Wet milieubeheer. In hoofdstuk 2, onder het kopje "Lucht", van de voorschriften die aan deze vergunning zijn verbonden, staan emissie-eisen opgenomen. Deze emissie-eisen zijn – zo staat in het document met daarin de vraagstelling – conform de normen uit de destijds geldende Bijzondere regeling C5 (Ner-lucht) voor asfaltmenginstallaties. Het relevante vergunningsvoorschrift luidt als volgt¹:

- 2.1.4 De stofconcentraties van droogtrommels en de asfaltmenginstallatie in de gereinigde afgevoerde lucht na een filterende afscheider (doekfilter) moet ten minste voldoen aan de emissie-eis van 5 mg/m₀³.

¹ Er bestaat geen eenduidigheid over het antwoord op de vraag of "benzeen" reeds onder dit vergunningvoorschrift viel (en daarmee onder het overgangsrecht op grond van het Activiteitenbesluit) nu deze stof als zodanig niet expliciet benoemd is. Bovendien is pas sinds 2018 bekend, op basis van toen verricht onderzoek naar asfaltcentrales, dat benzeen bij asfaltcentrales een rol speelt. Het standpunt dat benzeen begrepen moet worden onder "de stofconcentraties van de asfaltmenginstallatie" lijkt echter pleitbaar. Steun voor dat standpunt is te vinden in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 2 april 2020 – waarover hierna meer – over de handhaving van de emissiegrenswaarden van de asfaltcentrale in Bergen op Zoom. In rechtsoverweging 6.3.2 van deze uitspraak heeft de rechtbank met een beroep op de vergunningvoorschriften voor deze centrale en het overgangsrecht van het Abm, het volgende overwogen: "Die emissiegrenswaarde geldt als gevolg van het overgangsrecht pas sinds 1 januari 2019 voor asfaltproducenten".

- 1.3 Met ingang van 1 januari 2016 is het normatieve deel van de Nederlandse Emissierichtlijn Lucht (NeR) ondergebracht in afdeling 2.3 ("Lucht en Geur") van het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm) en geldt ingevolge de bij artikel 2.5 van het Abm behorende tabel een emissiegrenswaarde voor benzeen van 1 mg/Nm³. Dit is dus lager dan de in voornoemd vergunningvoorschrift opgenomen 5 mg/Nm³.

- 1.4 In het overgangsrecht van het Abm is – voor zover relevant – in artikel 6.1, lid 1, het volgende bepaald:

"Voor inrichtingen waarvoor onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van het van toepassing worden van dit besluit of een deel daarvan op een activiteit in die inrichtingen, een vergunning op grond van artikel 8.1 van de Wet milieubeheer dan wel een omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht in werking en onherroepelijk was, worden de voorschriften van die vergunning gedurende drie jaar na het van toepassing worden van dit besluit of een deel daarvan op een activiteit in die inrichtingen, aangemerkt als maatwerkvoorschriften, mits de voorschriften van die vergunning vallen binnen de bevoegdheid van het bevoegd gezag tot het stellen van maatwerkvoorschriften en voor zover dit besluit op de inrichting van toepassing is."

Als gezegd is met ingang van 1 januari 2016 de emissiegrenswaarde voor benzeen opgenomen in artikel 2.5 van het Abm. Ervan uitgaande dat benzeen inderdaad reeds onder het (onder 1.2) opgenomen vergunningvoorschrift viel, geldt de emissiegrenswaarde als gevolg van het voornoemde overgangsrecht dus sinds 1 januari 2019 – en niet sinds 1 januari 2016 – voor asfaltproducenten, waaronder AsfaltNu.

- 1.5 Mede in verband met de laatste zin na de komma van artikel 6.1, lid 1, van het Abm, wijs ik erop dat op grond van artikel 2.4, lid 8, onder a, van het Abm, het bevoegd gezag afwijkende emissiegrenswaarden kan vaststellen. Deze bepaling luidt – voor zover relevant – als volgt:

"Indien de geografische ligging, de plaatselijke milieuomstandigheden of de technische kenmerken van de betrokken installatie daartoe aanleiding geven, kan het bevoegd gezag, als het belang van de bescherming van het milieu en het belang van het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zoveel mogelijk beperken van luchtverontreiniging zich daartegen niet verzetten, bij maatwerkvoorschrift voor de stofcategorie ZZS voor zover het betreft:

- a. een inrichting type C, emissiegrenswaarden vaststellen die afwijken van de emissiewaarden, bedoeld in het vijfde lid, dan wel afwijken van de emissiewaarden in de tabellen 2.5 en 2.6 of de tijdelijk bij ministeriële regeling vastgestelde waarden als bedoeld in artikel 2.5, zesde lid, dan wel andere eisen stellen;"*

- 1.6 In 2016/2017 bracht een onderzoek van de Omgevingsdienst Regio Arnhem

(ODRA) aan het licht dat bij het recyclen van asfalt de emissiegrenswaarden (ingevolge artikel 2.5 van het Abm) voor benzeen overschreden (kunnen) worden. Voor de oorzaak van deze emissie is tot op heden geen eenduidige verklaring te geven. De Rijksoverheid ziet dit als een nationaal probleem. Het tijdelijk stoppen met het hergebruik van asfalt wordt daarbij – gezien het belang van een circulaire economie – niet als gewenste optie beschouwd. Sinds eind november 2018 wordt op landelijk niveau onderzoek gedaan naar mogelijke oplossingen voor het emissieprobleem.² De uitkomsten van dit onderzoek worden halverwege dit jaar verwacht.³

Relevante feiten en omstandigheden

- 1.7 Voor mijn advies ga ik uit van de onderstaande feiten en omstandigheden die ik baseer op de stukken die ik op 28 mei en 3 juni jl. (per e-mail) heb ontvangen, alsmede op informatie die op de gemeentepagina staat.⁴ Het betreft – samengevat – de onderstaande relevante feiten:
- per brief van 21 december 2018 is het college op briefpapier van "Heijmans B.V." – niet duidelijk is of dit "Wegenbouwmaatschappij J. Heijmans B.V." betreft (lees: de vergunninghouder) – verzocht een afwijkende emissiegrenswaarde vast te stellen als bedoeld in artikel 2.4, lid 8, van het Abm (voornoemd), in afwachting van het landelijke onderzoek naar de benzeen-emissie;
 - Heijmans B.V. en AsfaltNu hebben twee emissiemetingen laten doen waarvan de resultaten zijn opgenomen in de onderzoeksrapporten van 28 maart 2019 en 4 februari 2021. Uit beide onderzoeksrapporten blijkt dat – kort gezegd – niet wordt voldaan aan de ingevolge het Abm geldende emissiegrenswaarden voor benzeen en polycyclische aromatische koolwaterstoffen (Pak's). Het betreft een overschrijding van bijna 3 respectievelijk 32 keer de toegestane emissiegrenswaarden ter hoogte van de schoorsteen;⁵
 - uit modelmatige berekeningen blijkt dat de norm voor benzeen op

² Dit onderzoek wordt uitgevoerd door de branchevereniging Vakgroep Bitumineuze Werken (VBW) in samenwerking met het ministerie van Infrastructuur & Waterstaat, Rijkswaterstaat en diverse vertegenwoordigers van regionale omgevingsdiensten.

³ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/05/25/beantwoording-kamervragen-door-het-lid-van-eijs-d66-en-het-lid-von-martels-cda-over-benzeenemissies-bij-asfaltcentrales> (antwoord vraag 6 Staatssecretaris Infrastructuur en Waterstaat).

⁴ <https://www.s-hertogenbosch.nl/actueel/tijdelijke-paginas/asfaltcentrale>

⁵ Uit de resultaten van de emissiemetingen is na correctie van de meetonzekerheid een concentratie benzeen bij de schoorsteen vastgesteld van 2,12 mg/Nm³ met een gemiddelde emissievracht van 0,146 kg/uur (rapport 28 maart 2019) en 2,89 mg/Nm³ met een gemiddelde emissievracht van 0,144 kg/uur (rapport 4 februari 2021). Hiermee wordt niet voldaan aan de emissie-eis van benzeen uit het Abm van 1 mg/Nm³ en 2,5 gram per uur. Tevens is een overschrijding van Pak's gemeten. Bij de productie van asfalt mag de emissiegrenswaarde van Pak's ten hoogste 0,05 mg/Nm³ zijn, als de massastroom van Pak's naar de lucht groter is dan 0,15 gr/uur (Stofklasse MVP). Uit de resultaten van de emissiemetingen is na correctie van de meetonzekerheid een concentratie Pak's vastgesteld van 1,57 mg/Nm³ bij een emissievracht van > 0,15 gr/uur. Hiermee wordt niet voldaan aan de emissie-eis van Pak's.

leefniveau (de zgn. "achtergrondwaarde") niet wordt overschreden. Volgens de GGD is daardoor sprake van een verwaarloosbaar gezondheidsrisico;

- in een overleg tussen AsphaltNu en het college op 8 maart 2021 heeft het college AsphaltNu verzocht de aanvraag om een maatwerkvoorschrift in te trekken. Dit heeft AsphaltNu ook gedaan;
- vanwege de overschrijding van de emissiegrenswaarden heeft het college AsphaltNu per brief van 26 maart 2021 (kenmerk 10896539) verzocht om vóór 1 augustus 2021 een plan van aanpak te overleggen waarin zij aangeeft wanneer zij welke maatregelen treft, zowel op de korte als op de lange termijn, zodat aan de emissiegrenswaarden kan worden voldaan;
- ten behoeve van de raadsvergadering hebben de raadsfracties CDA, D66, GroenLinks en De Bossche Groenen een motie ingediend, getiteld "gezondheid van bewoners en medewerkers bedrijven, boven economisch belang asfaltcentrale".⁶ In de motie wordt – kort gezegd – het college verzocht AsphaltNu te dwingen om vóór 1 juli 2021 de uitstoot van benzeen te reduceren tot de toegestane norm van 1 mg/m³ en om bij het niet voldoen aan deze norm binnen de gestelde termijn een dwangsom op te leggen;
- omwonenden van de asfaltcentrale kunnen zich niet verenigen met de in deze motie voorgestelde termijn en aanpak en hebben in een reactie daarop van 14 april 2021, het college verzocht om onmiddellijke stillegging van de asfaltcentrale;
- op verzoek van de Omgevingsdienst Brabant-Noord (ODBN) en het college, heeft het Team Metingen en Onderzoek (TMO) van de Omgevingsdienst Midden- en West- Brabant (OMWB) op 24 april 2021 een emissieonderzoek gedaan bij de asfaltcentrale. De resultaten van dit onderzoek zijn opgenomen in het onderzoeksrapport van 13 mei 2021. Ook daarin wordt geconcludeerd dat – kort gezegd – niet wordt voldaan aan de emissiegrenswaarden ingevolge artikel 2.5 van het Abm⁷;
- in een brief van 30 april 2021 heeft het college de raad geïnformeerd dat het ter zake de geconstateerde overtreding toepassing zal geven aan het stappenplan dat is opgenomen in de in de "Landelijke handhavingsstrategie" (Lhs) en dat het onmiddellijk stilleggen van de centrale onder toepassing van bestuursdwang niet proportioneel is;
- tijdens de raadsvergadering van 18 mei 2021 heeft de verantwoordelijk wethouder in reactie op de hiervoor genoemde motie, alsmede op het verzoek van de omwonenden, medegedeeld het op dit moment niet proportioneel te achten de asfaltcentrale stil te leggen. Aan omwonenden is toegezegd dat dit standpunt nog juridisch zal worden getoetst;

⁶ <https://shertogenbosch.d66.nl/content/uploads/sites/55/2021/04/Besprekinig-concept-motie-vreemd-Asfaltcentrale-CDA-D66-GL-DBG.pdf>.

⁷ Na correctie van de meetonzekerheid in het voordeel van de inrichtinghouder is een waarde van 4,7 mg/Nm³ gemeten.

NB. De omwonenden verzoeken in de brief van 14 april jl. om directe stillegging van de asfaltcentrale. Tijdens de vergadering "Informereren en Ontmoeten" van 12 april jl. hebben zij verwezen naar een asfaltcentrale in Bergen op Zoom waarbij sprake is van dezelfde problematiek. Aangezien het hetzelfde bedrijf betreft, kan volgens hen versneld worden opgetreden.

- in een brief van het college van 17 mei 2021 is namens het college aan de omwonenden bevestigd dat het verzoek uit de brief van 14 april 2021 om stillegging van de asfaltcentrale wordt behandeld als een verzoek om handhaving.

Adviesvragen

- 1.8 Tegen de achtergrond van het voorgaande – en mede ter uitvoering van de toezegging aan de omwonenden om het standpunt van het college juridisch te laten toetsen – wilt u graag antwoord op de volgende vragen:

- I. kan het standpunt van het college dat toepassing wordt gegeven aan de Lhs en dat om die reden niet direct tot stillegging van de asfaltcentrale wordt overgegaan, de juridische toets doorstaan; en*
- II. mag het college handhavend optreden op basis van informatie die haar door de asfaltcentrale wordt verstrekt, of moet een (volgende) overtreding zelf worden vastgesteld.*

In dit memo zal ik antwoord geven op deze vragen.

2. Juridisch kader

- 2.1 De emissiegrenswaarden voor (o.a.) benzeen en Pak's zijn, zoals gezegd onder 1.3 van dit memo, sinds 2016 opgenomen in het Abm. Gezien al hetgeen hierover reeds in jullie eigen brieven en de onderzoeksrapporten is vermeld, ga ik ervan uit dat dit juridisch kader genoegzaam bekend is.

Beleidsregels fysieke leefomgeving

- 2.2 In de "Beleidsregels vergunningverlening, toezicht en handhaving fysieke leefomgeving 2019-2022"⁸ (hierna: de Beleidsregels) wordt beschreven hoe tegen overtredingen van de fysieke leefomgeving wordt opgetreden. Onder punt 7.3 van de Beleidsregels is de Sanctiestrategie/handhavingsstrategie opgenomen. Deze sanctiestrategie geeft inzicht in het bestuursrechtelijke optreden door het college bij overtredingen. Voor deze sanctiestrategie is onder punt 7.3.2 aansluiting gezocht bij de Lhs, die hierdoor integraal onderdeel uitmaakt van de Beleidsregels.

De Lhs

- 2.3 De Lhs is opgenomen in het document "Een passende interventie bij iedere bevinding" (versie 1.7, 24 april 2014). Op pagina 11 van laatstbedoeld document staat een zogeheten "interventiematrix" waarin het gedrag van de

⁸ <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR656952/1>.

overtreder wordt afgezet tegen de (mogelijke) gevolgen van de overtreding, hetgeen resulteert in een aantal keuzemogelijkheden voor het bevoegde gezag, voor de op te leggen maatregelen of sancties. De Lhs gaat uit van een opbouw in de mate van strengheid van de te treffen maatregelen; in beginsel wordt gestart met een "lichte" interventie, gericht op herstel om vervolgens snel in te zetten op zwaardere maatregelen als naleving uitblijft.

3. Beoordeling

Beginselflicht tot handhaving

- 3.1 Op grond van vaste rechtspraak van Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: "de Afdeling") geldt een beginselflicht tot handhaving. Deze beginselflicht luidt als volgt:

*"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 een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering 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."*⁹

- 3.2 Dat in het onderhavige geval sprake is van een overtreding lijkt geen twijfel. Uit alle meetresultaten blijkt dat sprake is van een (forse) overschrijding van de emissiegrenswaarden voor benzeen. Ter hoogte van de schoorsteen op 41 m(eter) is deze overschrijding bijna 3 keer de toegestane waarde. Zoals gezegd blijkt uit modelmatige berekeningen dat op leefniveau geen overschrijding van de grenswaarden voor benzeen plaatsvindt. Mij is gebleken dat het college AsfaltNu dan ook terecht reeds heeft laten weten – zowel tijdens het gesprek van 8 maart als per brief van 26 maart 2021 – handhavend te zullen optreden tegen deze overtreding.
- 3.3 Uit de informatie die mij nu ter beschikking staat – onder meer de hiervoor genoemde brief en brief aan de raad – leid ik af dat het college AsfaltNu in de gelegenheid heeft gesteld, de geconstateerde overtreding eerst zelf te beëindigen. Daartoe dient zij uiterlijk vóór 1 augustus 2021 een plan van aanpak te overleggen. Na ommekomst van deze termijn zal opnieuw een controle worden uitgevoerd. Als blijkt dat de overtreding nog altijd voortduurt zal het college een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom kenbaar maken aan AsfaltNu.

Stappenplan Lhs toegepast

⁹ O.a. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1752; ABRvS 24 maart 2021 ECLI:NL:RVS:2021:615.

- 3.4 Zoals gezegd onder 2.3 van dit memo treedt het college op grond van zijn Beleidsregels tegen overtredingen op overeenkomstig de Lhs en de daarin opgenomen interventiematrix. Deze interventiematrix ziet er als volgt uit:

DE (MOGELIJKE) GEVOLGEN ZIJN:	Aanzienlijk, dreigend en/of 4 onomkeerbaar	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD Verscherpt toezicht	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD Verscherpt toezicht	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Exploitatieverbod / sluiting, schorsen of intrekken vergunning certificaaf of erkenning Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD	Strafrecht PV Bestuursrecht bestraffend Exploitatieverbod / sluiting, schorsen of intrekken vergunning certificaaf of erkenning Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD
		Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Bestuurlijk gesprek, Waarschuwen	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD Verscherpt toezicht	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD Verscherpt toezicht	Strafrecht PV Bestuursrecht bestraffend Exploitatieverbod / sluiting, schorsen of intrekken vergunning certificaaf of erkenning Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD
	Van belang 3	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Aanspreken / Informeren	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Bestuurlijk gesprek, Waarschuwen	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD Verscherpt toezicht	Strafrecht PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Tijdelijk stilleggen, LOB, LOD
	Beperkt 2	Bestuursrecht herstellend Aanspreken / Informeren	Bestuursrecht herstellend Aanspreken / Informeren	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Bestuurlijk gesprek, Waarschuwen	Strafrecht PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Bestuurlijk gesprek, Waarschuwen
	Vrijwel nihil 1	Bestuursrecht herstellend Aanspreken / Informeren	Bestuursrecht herstellend Aanspreken / Informeren	Strafrecht BSBm / PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Bestuurlijk gesprek, Waarschuwen	Strafrecht PV Bestuursrecht bestraffend Bestuurlijke boete Bestuursrecht herstellend Bestuurlijk gesprek, Waarschuwen
		A Goedwillend:	B Moet kunnen:	C Calculerend:	D Bewust en structureel

- 3.5 In de interventiematrix is de voorgeschreven interventie gekoppeld aan een bepaalde overtreding in een bepaald segment (strafrecht of bestuursrecht) en van een bepaalde ernst. Uit de stukken leid ik af dat de ODBN in dit kader (i) de gevolgen van de bevindingen en (ii) het gedrag van de normadressaat (lees: AsphaltNu) heeft ingedeeld in segment "A3" en dat zij het college hierover heeft geadviseerd. Het college heeft op basis van dit advies gehandeld.

NB. De ODBN is op basis van een aantal afwegingen tot de genoemde

classificatie "A3" gekomen. In het kader van de goedwillendheid heeft de ODBN van belang geacht dat AsfaltNu op verzoek van de gemeente twee onderzoeksrapporten heeft overgelegd, waaruit de overschrijding van de emissiegrenswaarden is gebleken. In aansluiting hierop is er meermaals contact geweest tussen de gemeente, de ODBN en AsfaltNu en hebben zij de situatie in goed overleg met elkaar besproken. Daarnaast was bekend dat elders in het land door het bevoegd gezag afwijkende emissiegrenswaarden waren vastgesteld en was voorts het landelijke onderzoek naar mogelijke oplossingen van het emissieprobleem nog gaande. Ten slotte heeft de ODBN van belang geacht dat ondanks de overschrijding van de Pak's, werd voldaan aan de kwaliteitseisen ingevolge de BRL 9320 (hetgeen getoetst is door een externe, daartoe gecertificeerde instelling).

Tegen vorenstaande achtergrond acht ik het volgende van belang.

(i) Gevolgen overtreding

- 3.6 De emissiegrenswaarden voor benzeen en Pak's zijn ervoor bedoeld de luchtkwaliteit te garanderen. Afhankelijk van de concentratie en het blootstellingsniveau is benzeen een kankerverwekkende stof. In de nabijheid van de asfaltcentrale is een woonwijk gelegen. Het risico dat de bevindingen van de (zowel door AsfaltNu als het college) uitgevoerde controles maatschappelijke onrust zouden geven lag om die reden voor de hand. Dit kan ook gezegd worden over de risico's voor mens, dier en milieu. Gelet daarop acht ik op zichzelf *verdedigbaar* dat de gevolgen van de geconstateerde overtreding in het kader van de interventiematrix gekwalificeerd kan worden als "van belang (3)".

NB. Tegen vorenstaande achtergrond komt gewicht toe aan het handhavingsverzoek van de omwonenden en de daarin geuite zorgen. Dit is een belangrijke aanwijzing dat de maatschappelijke onrust zich inmiddels daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Daardoor zouden de gevolgen van de overtreding thans mogelijk ook als "aanzienlijk, dreigend en/of onomkeerbaar (4)" gekwalificeerd kunnen worden.

(ii) Gedrag overtreder

- 3.7 In verband met de waardering van het gedrag van de normadressaat merk ik het volgende op. Buiten de onderhavige asfaltcentrale exploiteert AsfaltNu tevens een asfaltcentrale in Bergen op Zoom. Ook bij laatstbedoelde asfaltcentrale werden de emissiegrenswaarden overschreden. Het opleggen van een last onder dwangsom door het college van Bergen op Zoom heeft geleid tot technische aanpassingen door AsfaltNu om de uitstoot van benzeen te verminderen.¹⁰ Hieruit leid ik af dat AsfaltNu in principe niet onwelwillend is om de emissie terug te dringen, maar dat dit gelet op forse investeringen en de grote aanpassingen ook niet plotsklaps geregeld is. De afgelopen jaren heeft AsfaltNu (en haar voorganger Heijmans B.V.) voor de asfaltcentrale in 's-Hertogenbosch verschillende emissiemetingen laten

¹⁰ <https://www.trouw.nl/binnenland/eerste-asfaltcentrale-neemt-maatregelen-tegen-de-uitstoot-van-kankerverwekkende-stoffen~b12b9ff4/>

verrichten en ook tijdens het overleg van 8 maart jl. toont zij zich proactief. Zij heeft toegezegd in mei opnieuw een meting te laten doen.¹¹ Gelet hierop acht ik op zichzelf pleitbaar dat het gedrag van AsphaltNu getypeerd wordt als "A-Goedwillend".

NB. Een andere benadering kan zijn dat het gedrag van AsphaltNu juist getypeerd moet worden als "C-Calculerend". Zij is immers al geruime tijd op de hoogte van de problematiek ter zake de (overschrijding) van de emissiegrenswaarden. Zoals hiervoor toegelicht geldt bovendien de strengere norm op grond van het Abm al sinds 1 januari 2019, daarmee bijna 2,5 jaar. De strengere norm als zodanig geldt al sinds 1 januari 2016. AsphaltNu en haar rechtsvoorganger hebben dus al ruim vijf jaar de tijd gehad om onderzoek te verrichten naar de vraag welke maatregelen getroffen kunnen worden om aan die emissiegrenswaarde te kunnen voldoen. Dat is uit eigen beweging niet gebeurd. Een bestuursrechter zou daarom ook kunnen aannemen dat het gedrag van AsphaltNu als "C-Calculerend" moet worden getypeerd. Op grond van de interventiematrix zou alsdan wel een last onder dwangsom of tijdelijke stillegging aangewezen kunnen zijn.

- 3.8 Gezien de combinatie van duiding van de gevolgen van de overtreding enerzijds en het gedrag van de overtreder anderzijds, acht ik ingevolge het onder 2.2 genoemde uitgangspunt van de Lhs, verdedigbaar dat op grond van de interventiematrix de lichtste interventie wordt toegepast, zijnde een bestuurlijk gesprek met of het waarschuwen van de overtreder. Aldus is pleitbaar dat het college er onder de gegeven omstandigheden voor heeft kunnen kiezen AsphaltNu per brief van 26 maart 2021 te "waarschuwen" dat zij op korte termijn de overtreding zelf dient te beëindigen. Daarbij kan het waarschuwende karakter van de brief trouwens worden ontleend aan de aankondiging aan AsphaltNu dat zwaardere maatregelen zullen worden genomen als de overtreding na augustus 2021 nog steeds voortduurt.¹²

NB. Dit behoeft wel de volgende kanttekening. Een eventuele andere kwalificatie (bijvoorbeeld door een bestuursrechter) van ofwel de gevolgen van de overtreding ofwel het gedrag van de overtreder – zoals hiervoor weergegeven in de Nb's bij de punten 3.6 en 3.7 van dit memo – brengt met zich dat in de interventiematrix een andere maatregel moet worden gekozen. Dit kan er concreet toe leiden dat de eerste interventie op grond van de Beleidsregels in beginsel geen waarschuwing mag zijn, maar bijvoorbeeld direct de tijdelijke stillegging van de inrichting moet betekenen of het opleggen van een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang (zonder voorafgaande waarschuwing). Als dan door het college toch gekozen wordt voor de waarschuwing, dan zal dat moeten kunnen worden gemotiveerd op grond van de inherente afwijkingsbevoegdheid (artikel 4:84 van de Awb). Een mogelijk argument daarvoor kan ontleend worden aan het

¹¹ Op het moment van het opstellen van dit advies zijn de uitkomsten van deze meting nog niet bekend.

¹² Zie ook de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, over de op beleidsregels gebaseerde en/of de informele bestuurlijke waarschuwing.

lopende onderzoek vanuit de Rijksoverheid. Ik wijs er echter wel op dat de Rechtbank Zeeland – West-Brabant in de kwestie over de asfaltcentrale in Bergen op Zoom dit onderzoek niet aanvaardde als een bijzondere omstandigheid om van handhaving af te zien (vzr. Rb. Zeeland – West-Brabant van 2 april 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:1728).

Volledige stillegging

- 3.9 Door omwonenden is erop gewezen dat AsfaltNu een tweede asfaltcentrale heeft in Bergen op Zoom waar dezelfde problematiek speelde. Daaraan zou (meteen) een last onder dwangsom zijn opgelegd, hetgeen ertoe heeft geleid dat de betreffende asfaltcentrale maatregelen heeft getroffen.¹³ Volgens hen kan ook in 's-Hertogenbosch versneld handhavend worden opgetreden. Direct handhaven strookt evenwel niet met de uitgangspunten van de Lhs. In dit verband merk ik het volgende op.
- 3.10 Op grond van artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) handelt een bestuursorgaan overeenkomstig een beleidsregel, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Volgens de Afdeling is er niet alleen sprake van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 Awb als het gaat om omstandigheden waarmee bij het vaststellen van de beleidsregel geen rekening is gehouden. Het bestuursorgaan dient alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel gezamenlijk met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb. Ook omstandigheden die geacht moeten worden reeds in de Beleidsregels te zijn verdisconteerd.¹⁴
- 3.11 Tegen deze achtergrond dient concreet beoordeeld te worden of bij de omwonenden bijzondere omstandigheden spelen, die maken dat van de Beleidsregels, meer specifiek de toepassing van de Lhs, in dit specifieke geval moet worden afgeweken. Voor zover ik kan overzien hebben de omwonenden zich in dit kader slechts beroepen op de aanpak van het college Bergen op Zoom en dat die aanpak effectiever zou zijn. Dit levert mijns inziens als zodanig geen bijzondere omstandigheid op. In de eerste plaats niet omdat niet bekend is of de gemeente Bergen op Zoom hetzelfde beleid hanteert – daaronder begrepen de Lhs – als de gemeente 's-Hertogenbosch.¹⁵ In de tweede plaats is – los van het gevoerde beleid – niet bekend welke afweging het college van Bergen op Zoom heeft gemaakt bij het opleggen van de last onder dwangsom. Dat in een andere gemeente ander beleid wordt gevoerd, laat volgens vaste rechtspraak van de Afdeling

¹³ Ik verwijs naar de uitspraak van de voorzieningenrechter in deze kwestie van de Rb. Zeeland – West-Brabant van 2 april 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:1728.

¹⁴ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

¹⁵ Ik heb gezocht naar het handhavingsbeleid van de gemeente Bergen op Zoom, maar dat niet aangetroffen.

de eigen afweging van (in casu) het college of handhaving al dan niet in de rede ligt, onverlet. Ook is er geen gehoudenheid voor het college van 's-Hertogenbosch om zijn beleid af te stemmen op het in andere gemeenten gevolgde beleid.¹⁶

NB. Ik wijs er bovendien op dat ook in Bergen op Zoom de asfaltcentrale niet is stilgelegd. Er is aan de asfaltcentrale "slechts" een last onder dwangsom opgelegd. Het verzoek van omwonenden om een stillegging onder verwijzing naar de aanpak van Bergen op Zoom gaat ook in zoverre niet op.

3.12 In verband met de beoordeling van de bijzondere omstandigheden acht ik tevens relevant, ook met het oog op de waardering van de gevolgen van de overtreding in het kader van de interventiematrix uit de Lhs, dat tot nu toe niet gebleken is van een acute dreiging voor de gezondheid van de omwonenden als gevolg van de benzeenemissie. Uit de berekeningen van zowel AsfaltNu als van de OMWB volgt dat geen sprake is van een overschrijding van de norm (achtergrondwaarden) voor benzeen op leefniveau. Ik begrijp dat dit nog wel nader wordt onderzocht. Het is afhankelijk van de uitkomst van dit nadere onderzoek of hieraan niet alsnog een bijzondere omstandigheid kan worden ontleend, althans het college op grond van de interventiematrix uit de Lhs toch gehouden is om direct handhavend op te treden (zie de matrix linksboven).

3.13 Vooralsnog acht ik verdedigbaar – bij het ontbreken van uitkomsten van het onderzoek naar de eventuele overschrijding van de achtergrondwaarden – dat aan de zijde van de omwonenden geen zodanige bijzondere omstandigheden spelen dat het college daarom zou moeten afwijken van de Beleidsregels door direct over te gaan tot stillegging van de asfaltcentrale. Tot slot kan hierbij worden betrokken dat het college al sinds langere tijd (in ieder geval sinds het ontvangen van de meetresultaten van AsfaltNu) op de hoogte is van de overschrijding van de emissiegrenswaarden, zonder dat hiertegen handhavend is opgetreden. Dit maakt dat het gunnen aan AsfaltNu van enige ruimte om zelf tot een beëindiging van de overtreding over te gaan, redelijk kan worden geacht.

Tussenconclusie

3.14 **Op basis van de voorhanden zijnde informatie acht ik het collegestandpunt van maart 2021 dat AsfaltNu op grond van de Beleidsregels eerst een termijn wordt gegund om de overschrijding van de emissiegrenswaarden zelf te beëindigen, alvorens strengere maatregelen te treffen, pleitbaar.**

Gebruik onderzoeksrapport

3.15 Op 5 mei 2021 is er – in opdracht van AsfaltNu – een nieuwe emissiemeting

¹⁶ ABRvS 6 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8765; ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2695.

verricht. De resultaten van deze metingen zijn het college ten tijde van het opstellen van dit advies nog niet bekend. In een aanvullende e-mail van 3 juni 2021 is mij gevraagd of het college dit laatste rapport en de eerdere onderzoeken van AsfaltNu – die dus niet in opdracht van het college zijn opgesteld – mag gebruiken als hieruit een overschrijding op de Pak's blijkt.

- 3.16 Het antwoord op deze vraag kan in beginsel positief worden beantwoord. In de uitspraak van de Afdeling van 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179¹⁷, heeft de Afdeling verduidelijkt dat er in feite maar één harde eis geldt bij de beantwoording van de vraag of informatie mag worden gebruikt in verband met een handavingsprocedure. Die eis is dat er een deugdelijke en controleerbare vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden mogelijk moet zijn. Daartoe moeten de waarnemingen zijn gedaan door een ter zake deskundig persoon wiens waarnemingen door het bevoegd gezag "voor zijn rekening worden genomen". Niet vereist is dat de ter zake deskundige persoon een medewerker van het bestuursorgaan is. Ook is niet vereist dat de betreffende deskundige is aangewezen als toezichthouder in de zin van artikel 5:11 van de Awb. Het bestuursorgaan heeft de mogelijkheid om achteraf de bevindingen van een ter zake deskundig persoon voor zijn rekening te nemen. De Afdeling acht slechts van belang dat de deskundige op een duidelijke wijze de vastgestelde of waargenomen feiten vastlegt. Dat betekent dat ten minste duidelijk moet zijn waar, wanneer en door wie de feiten en omstandigheden zijn vastgesteld of waargenomen en welke werkwijze daarbij is gehanteerd. Kortom: ook door een derde aangeleverde informatie – zoals onderzoeken (in opdracht) van AsfaltNu – kunnen, mits uitgevoerd door terzake deskundig te achten personen en voldaan wordt aan de andere hiervoor genoemde eisen, worden gebruikt door het college bij het nemen van een handavingsmaatregel.¹⁸
- 3.17 Met zoveel woorden lijkt ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland West-Brabant in de eerder genoemde kwestie van Bergen op Zoom slechts relevant te achten dat de onderzoeken die in het handavingstraject zijn gebruikt zijn uitgevoerd door deskundigen op het gebied van benzeenemissie. Ik wijs op de volgende rechtsoverweging:

"5.3 [...] De metingen en daarop volgende laboratoriumwerkzaamheden zijn uitgevoerd door deskundigen op het gebied van benzeenemissie. Uit het verweerschrift en de rapporten blijkt ook dat de werkzaamheden tijdens de metingen zijn uitgevoerd conform het kwaliteitssysteem van TMO. TMO is voor diverse verrichtingen geaccrediteerd door de Raad voor Accreditatie onder registratienummer I073. Dit wordt bevestigd door de 'scope van accreditatie' die is gepubliceerd op de website van de Raad voor Accreditatie. De laboratoriumwerkzaamheden zijn uitbesteed aan KU Leuven. Dit laboratorium is zoals het college terecht stelt formeel erkend door de

¹⁷ Gst. 2017/169 m.nt. T.J.J. Slegers; M en R 2018/6 m.nt. K.J. de Graaf, L.R.M.A. Beurskens; AB 2017/299, m.nt. T.N. Sanders.

¹⁸ Zie ook ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1594, r.o. 11.2.

Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal overleg en maakt gebruik van geaccrediteerde methoden. [...] In beide rapporten is rekening gehouden met een meetonzekerheid in het voordeel van verzoekster. Gelet op de emissiemetingen die zijn uitgevoerd door deskundig te achten personen en instanties, acht de voorzieningenrechter het niet aannemelijk dat er te weinig data beschikbaar waren om te kunnen beoordelen of de emissiegrenswaarde door de asfaltcentrale wordt overtreden. Dat de asfaltbranche nog onderzoek doet naar de omstandigheden waaronder de emissiegrenswaarde door asfaltcentrales worden overschreden en de wijze waarop dit voorkomen kan worden, is niet relevant voor de vaststelling dat verzoekster de grenswaarden op 25 september 2018 en 28 augustus 2019 heeft overschreden. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is ook niet gebleken dat ten tijde van de metingen geen sprake zou zijn van normale bedrijfsomstandigheden. Verzoekster heeft niet aannemelijk gemaakt dat er sprake was van bijzondere bedrijfsomstandigheden. De asfaltcentrale was op beide meetdagen gewoon in gebruik. Daarnaast is de voorzieningenrechter niet gebleken dat de emissiemetingrapporten zodanige gebreken dan wel leemten in kennis bevatten dat het college in redelijkheid niet van de resultaten heeft mogen uitgaan.”.

(Onderstreping mijnerzijds; FP)

Tussenconclusie

- 3.18 **In principe mag het college gebruik maken van de onderzoeken die zijn uitgevoerd door of in opdracht van AsfaltNu. Het enige criterium dat hiervoor geldt is dat een deugdelijke en controleerbare vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden mogelijk moet zijn en dat de waarnemingen zijn gedaan door een ter zake deskundig persoon. Dat laatste zal moeten blijken uit de te gebruiken onderzoeken.**

4. Beantwoording adviesvragen

- 4.1 **Hieronder herhaal ik de adviesvragen (schuingedrukt) en geef ik daarop meteen mijn antwoord, op basis van de hiervoor gegeven analyse.**

I. Kan het standpunt van het college dat toepassing wordt gegeven aan de Lhs en dat om die reden niet direct tot stillegging van de asfaltcentrale wordt overgegaan, de juridische toets doorstaan.

Ja, dit standpunt acht ik pleitbaar. Allereerst heeft de ODBN vastgesteld – en het college hierover geadviseerd – dat de geconstateerde overtreding in segment “A3” moet worden ingedeeld. Het college heeft dit advies gevolgd. Ten tweede blijkt uit modelmatige berekeningen van de achtergrondwaarde dat op leefniveau geen overschrijding van grenswaarde voor benzeen is geconstateerd en dat de gezondheidsrisico’s verwaarloosbaar zijn.

Ten slotte stelt AsphaltNu zich welwillend en coöperatief op. Dit blijkt er onder meer uit doordat zij uit eigen beweging onderzoeken heeft verstrekt, waarmee de overtreding aanvankelijk is gebleken. Hiertegenover staat wel dat met het oog op de interventiematrix uit de Lhs evengoed een andere waardering kan worden gegeven aan de gevolgen van de overtreding of het gedrag van AsphaltNu. Het college komt terzake weliswaar beleidsruimte toe, maar een bestuursrechter kan die waardering onjuist achten. Dit zou tot het oordeel kunnen leiden dat een andere maatregel had moeten worden getroffen dan het geven van een waarschuwing. Dat nu geen volledige stillegging van de centrale plaatsvindt acht ik onder de gegeven omstandigheden (vooralsnog) verdedigbaar.

II. Mag het college handhavend optreden op basis van informatie die haar door de asphaltcentrale wordt verstrekt, of moet een (volgende) overtreding zelf worden vastgesteld.

Ja, in principe mag het college gebruik maken van de onderzoeken die zijn uitgevoerd door of in opdracht van AsphaltNu. Slechts van belang is dat op basis van deze onderzoeken een deugdelijke en controleerbare vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden mogelijk moet zijn en dat de waarnemingen zijn gedaan door een ter zake deskundig persoon. Dat laatste zal moeten blijken uit de te gebruiken onderzoeken.

5. Slotopmerking

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Desgewenst ben ik uiteraard graag bereid een nadere toelichting te geven op dit memo of eventuele nadere vragen te beantwoorden.

Met vriendelijke groet,


Advocaat