

9. Voor appellant is de maat kennelijk nog niet vol, hij wil nog steeds bij het OM werken. Met deze uitspraak is voor betrokkene nog geen glanzende carrière gegarandeerd. 'Voor alle duidelijkheid' merkt de Raad op 'dat deze benoeming door de Raad geen beletsel vormt voor het treffen van rechtspositionele maatregelen door verweerder, indien gebreken in functioneren, houding of gedrag van appellant daartoe alsnog aanleiding zouden geven.' Het kan dus een Pyrrusoverwinning blijken te zijn. Aannemelijk is wel dat de minister dan bij een beroep op de Raad met een veel sterker dossier te voorschijn zal moeten komen. L.J.A. Damen

AB 2014/44

RECHTBANK DEN HAAG

16 augustus 2013, nr. AWB-13_6094
(Mr. J.L. Verbeek)
m.nt. A. van Rossem

Art. 5:20, 5:31d e.v. Awb; art. 2.1, 2.3 Wabo

Kluwer Omgevingsrecht 2013/20936
ECLI:NL:RBDHA:2013:10469

Schorsing last onder dwangsom. De bewijslast van een overtreding ligt bij het bestuursorgaan.

Het is verweerder er om te doen dat Odjfell geen opslagtanks gebruikt waarvan niet kan worden vastgesteld of deze aan de integriteitseisen voldoen.

Op grond van de geldende vergunningvoorschriften kan dat echter niet op de manier die verweerder nu toepast, namelijk Odjfell verbieden al haar tanks te gebruiken, tenzij Odjfell aantoont dat deze integer zijn.

Volgens de geldende bewijsregels in het bestuursrecht is het precies andersom. Verweerder mag Odjfell alleen verplichten, onder oplegging van een last onder dwangsom dan wel een last onder bestuursdwang, om een opslagtank niet te gebruiken, als verweerder aantoont dat die tank niet integer is, in de zin van de voorschriften genoemd in overweging 2.6.5 over de integriteitseisen van de tanks. De bewijslast van een overtreding ligt immers bij het bevoegde bestuursorgaan. Op dit moment heeft verweerder dat van geen enkele tank aangetoond.

Uitspraak van de enkelvoudige kamer van 16 augustus 2013 op het verzoek om een voorlopige voorziening van

* Advocaat bij Legaltree.

Odjfell Terminals (Rotterdam) B.V., te Rotterdam, verzoekster, verder: Odjfell (gemachtigde: mr. M.G.J. Maas-Coymans, advocaat te Rotterdam), tegen
gedeputeerde staten van Zuid-Holland, verweerder (gemachtigde: mr. S. Bartel, werkzaam bij de DCMR Milieudienst Rijnmond).

Procesverloop

Bij besluit van 16 juli 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder Odjfell gelast na 1 september 2013 in haar inrichting aan de Oude Maasweg 6 te Rotterdam-Botlek geen tanks in gebruik te hebben waarvan Odjfell niet kan aantonen of heeft aangetoond dat zij voldoen aan het Risk Based Inspection (RBI-)systeem, met uitzondering van de in bijlage 1 bij dit besluit genoemde tanks. Indien na die datum wordt geconstateerd dat Odjfell hieraan geen gevolg heeft gegeven verbeurt Odjfell (eenmaal per twee weken) een dwangsom van € 250.000 per tank, tot een maximum van € 20.000.000. Voorts heeft verweerder het gestelde onder punt 6 (inzake het aantonen van de integriteit van de 'overige tanks') van het besluit van 18 juni 2012 ingetrokken op het moment dat de onderhavige last van kracht wordt.

Tegen dit besluit heeft verzoekster bij brief van 26 juli 2013, bezwaar gemaakt. De gronden zijn daarna aangevuld. Bij brief van dezelfde datum heeft verzoekster de voorzieningenrechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Het verzoek is op 9 augustus 2013 ter zitting behandeld. Namens Odjfell is verschenen A, manager engineering, bijgestaan door gemachtigde Maas en B, werkzaam bij Inventure Technology. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door gemachtigde Bartel, ing. M.G. van der Hoek en D, toezichthouder, allen werkzaam bij de DCMR.

Overwegingen

1. De voorzieningenrechter kan, indien tegen een besluit voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank bezwaar is gemaakt, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Het oordeel van de voorzieningenrechter is niet bindend voor een beslissing in beroep.
2. De voorzieningenrechter gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.
 - 2.1. Odjfell is een groot opslagbedrijf voor (gevaarlijke) (afval)stoffen. Zij exploiteert onder

meer de Odfjell Terminals Rotterdam (OTR), het voormalige Paktank (verder: de terminal), gelegen in het Botlekgebied in Rotterdam-Rijnmond. De terminal bestaat onder meer uit opslagtanks voor diverse klassen vloeistoffen.

2.2.1 Bij besluit van 18 juni 2012 is Odfjell een last onder dwangsom opgelegd met een begunstigingstermijn tot 1 januari 2013, waarbij Odfjell onder meer is gelast per tank de meetresultaten te overleggen van de toetsingen dan wel keuringen op de (nader in het besluit omschreven) geïdentificeerde degradatiecircuits genoemd in bijlage 2 van het RBI-handboek van Odfjell en deze resultaten te toetsen aan de beginwaarden en de afkeurcriteria en daaruit te concluderen of de integriteit van deze tanks nog voldoende is. Per tank dient Odfjell nader in het besluit omschreven (relevante delen van de) rapportages bij verweer in te dienen en bewijzen van goedkeuring door een door het bevoegd gezag aanvaarde keuringsinstantie.

2.2.2. Voor de meest risicovolle tanks is bij dat besluit tevens besloten een last onder bestuursdwang op te leggen. Deze tanks zijn opgesomd in bijlage 1 bij het thans bestreden besluit en van de werking van dit besluit uitgezonderd.

2.2.3. Dat besluit is inmiddels onherroepelijk geworden. Inmiddels zijn alle dwangsommen verbeurd en zijn twee invorderingsbeslissingen genomen (ter hoogte van € 800.000 en € 550.000).

2.3.1 Op 27 juli 2012 zijn 236 tanks voor K1- en K2-stoffen uit bedrijf genomen, omdat de veiligheid daarvan niet kon worden aangetoond ('safety shutdown').

2.3.2. Op 1 augustus 2012 zijn tussen verweerder en Odfjell afspraken gemaakt over het gebruik van opslagtanks, vastgelegd in een protocol (het Opstartprotocol). In de kern is afgesproken dat de tanks op het A- en B-deel van de terminal (de oudste tanks) helemaal uit bedrijf zullen worden genomen. De overige tanks, op het C- en D-deel van de terminal, worden weer in gebruik genomen onder specifiek in het Opstartprotocol vastgelegde voorwaarden. Onderdeel daarvan is dat de integriteit van een weer in gebruik te nemen tank is aangetoond. Het Opstartprotocol heeft betrekking op tanks waarin K-1 en K-2 vloeistoffen worden opgeslagen.

2.3.3. Een aantal K1 en K2 tanks is na 27 juli 2012 weer in gebruik genomen, nadat is aangetoond dat deze integer zijn.

2.4.1. Odfjell heeft op 30 juli 2012 verweerder verzocht de omgevingsvergunning voor de terminal te wijzigen in die zin dat de verwijzing naar het RBI-handboek 2002, wordt gewijzigd in RBI-handboek 2012, waarvan Odfjell inmiddels gebruik is gaan maken.

2.4.2. Op 7 juni 2013 is een ontwerpbesluit gepubliceerd, waarin op deze aanvraag positief wordt beslist. Tevens voorziet dit ontwerpbesluit in het ambtshalve aanvullen van de geldende vergunning met een nieuw voorschriftenhoofdstuk 25 over inspecties en onderhoud aan tanks.

2.5.1. Thans heeft Odfjell ook 27 K3-tanks weer in gebruik genomen.

2.5.2. Odfjell heeft op 5 juli 2013 de in het besluit van 18 juni 2012 bedoelde gegevens bij verweer ingediend van 27 K3-tanks.

2.5.3. Op 16 juli 2013 heeft R. Hummell, toezichthouder van de DCMR, gerapporteerd dat de 27 dossiers niet aantoonbaar zijn beoordeeld door een aanvaarde keuringsinstantie (AKI) en geen conclusie bevatten tot wanneer een tank geschikt voor gebruik is. Ter zitting heeft hij hieraan toegevoegd dat van de 27 dossiers er twee betrekking hebben op niet in gebruik genomen tanks, zodat van twee wel in gebruik genomen tanks geen gegevens zijn ingediend.

2.6. Odfjell heeft voor de terminal een omgevingsvergunning, verleend bij besluit van 21 december 2004 als vergunning krachtens de Wet milieubeheer en gewijzigd bij besluit van 19 september 2006 (verder: de omgevingsvergunning).

2.6.1. Voorschrift 19.11 van omgevingsvergunning zoals gewijzigd bij besluit van 19 september 2006 luidt als volgt:

"Binnen drie maanden na het van kracht worden van deze vergunning dient vergunninghouder een inspectieplan aan het bevoegd gezag te overleggen, waarin vermeld de inspectietermijnen en de wijze waarop inspecties plaats vinden met betrekking tot alle tanks in het gedeelte van de inrichting, waarvoor vergunning is aangevraagd. De inspectietermijn van een tank mag niet meer bedragen dan vijf jaar. Voor roestvrijstalen tanks en tanks in de A-status geldt conform de Richtlijn Bodembescherming atmosferische bovengrondse opslagtanks (Infomil, 2000) een inspectietermijn van tien jaar. Inspecties van tanks dienen volgens het goedgekeurde inspectieplan plaats te vinden."

2.6.2. Voorschrift 19.13 van de omgevingsvergunning luidt:

"Indien vergunninghouder invulling wil geven aan voorschrift 19.11 door middel van inspectie op basis van risico (risk based inspection (RBI)), dan dient vergunninghouder te handelen volgens het handboek RBI dat op 10 januari 2002 door het bevoegd gezag is goedgekeurd. De inspectietermijn van een tank mag, indien RBI wordt toegepast meer bedragen dan 5 jaar, doch niet meer dan 20 jaar."

2.6.3. Ingevolge voorschrift 14.2 van de omgevingsvergunning dient, voor zover relevant, in de

inrichting een registratiesysteem aanwezig te zijn waarin alle opslagtanks, de planning in de tijd waarop controle en/of onderhoud moet plaatsvinden en de data waarop controle en/of onderhoud is uitgevoerd, moeten zijn opgenomen en dient in de inrichting een archiefsysteem aanwezig te zijn waarin de meetresultaten, reparaties, beproevingen en de beoordelingen moeten zijn opgenomen.

2.6.4. Ingevolge voorschrift 19.12 van de omgevingsvergunning moeten periodieke inspecties aan verticale bovengrondse opslagtanks door een door de vergunninghouder (Odfjell) aangewezen en door het bevoegd gezag aanvaarde keuringsinstantie ('AKI') worden uitgevoerd. Ingevolge de laatste volzin van dit voorschrift mogen de opslagtanks vervolgens niet eerder in bedrijf worden gesteld dan nadat zij, eventueel na uitvoering van de door de keuringsinstantie noodzakelijk geachte reparaties, zijn goedgekeurd.

2.6.5. De voorschriften 19.1 tot en met 19.9, respectievelijk 19.15 tot en met 19.17 en 19.18 van de omgevingsvergunning bevatten de eisen waaraan de opslagtanks dienen te voldoen en verwijzen onder meer naar de eisen die zijn gesteld in de richtlijnen CPR-9.3 en 9-6 en PGS-29.

3.1. In het bestreden besluit is overwogen dat op basis van een op 3 juli 2013 gehouden administratieve controle wederom is geconstateerd dat 11 andere tanks op enig moment in gebruik zijn geweest [dan] waarvoor recent invordering (van verbeurde dwangsommen op grond van het besluit van 18 juni 2012) heeft plaatsgevonden. Odfjell voldoet daarmee volgens verweerder nog steeds niet aan voorschrift 19.13 in samenhang gelezen met voorschrift 19.11, omdat zij nog steeds de (bij besluit van 18 juni 2012) gevraagde gegevens niet heeft overgelegd en de tankintegriteit van deze tanks dus niet heeft aangetoond.

3.2. De opgelegde last houdt in dat Odfjell alle tanks (behoudens de tanks die genoemd zijn in bijlage 1 van dit besluit) waarvan zij niet kan aantonen of heeft aangetoond dat zij voldoen aan het RBI-systeem buiten gebruik dient te stellen en te houden.

De tanks mogen weer in gebruik genomen worden indien aan het volgende wordt voldaan: Met betrekking tot het RBI-systeem dient Odfjell per tank op een overzichtelijke wijze de meetresultaten te overleggen van de toetsingen dan wel keuringen op de geïdentificeerde degradatiecircuits genoemd in bijlage 2 van het RBI-handboek (goedgekeurd op 10 februari 2002) en deze resultaten te toetsen aan de beginwaarden en de afkeurcriteria en daaruit te concluderen – bij voorkeur op basis van EEMUA 159 – of de integriteit van deze tanks nog voldoende is. Ter onderbouwing van bovengenoemde gegevens,

dient Odfjell per tank (de relevante delen van) de meetrapporten, de beoordelingsrapporten, de rapportages van eventueel uitgevoerd onderhoud, de herbeoordelingsrapporten en bewijs van goedkeuring door een door het bevoegd gezag aanvaarde keuringsinstantie (AKI) toe te zenden. Tevens dient Odfjell voor bedoelde tanks een overzicht van de vorige inspectiedata en de nieuwe inspectiedata toe te zenden.

3.3. Odfjell heeft gesteld dat de voorschriften 19.11 en 19.13 geen verplichting bevatten om inspectieresultaten en dergelijke te overleggen. Het niet indienen van tankdossiers is geen overtreding van de voorschriften 19.11 en 19.13. Verder heeft Odfjell aangevoerd dat uit de voorschriften 19.11 en 19.13 geen verplichting voortvloeit tot het inschakelen van een AKI.

3.4. De opgelegde last strekt volgens Odfjell bovendien verder dan het ongedaan maken van de overtreding, als daar al sprake van is. De koppeling tussen het buiten gebruik, leeg en gereinigd moeten zijn van opslagtanks enerzijds en het handelen conform het RBI-handboek anderzijds is in de voorschriften niet gemaakt, zodat die koppeling in de last geen stand kan houden, aldus Odfjell.

3.5. In het verweerschrift heeft verweerder aangevoerd dat het doel van voorschrift 19.13 (en 19.11) is dat alle tanks op het terrein van Odfjell tijdig geïnspecteerd worden en indien noodzakelijk gerepareerd, om te borgen dat er alleen tanks in gebruik zijn waarvan de integriteit aangetoond is en dus veilig gebruikt kunnen worden. In het huidige dictum van het bestreden besluit staan ten onrechte dat voor alle onder de last vallende tanks een AKI moet worden ingeschakeld, terwijl dit slechts voor de K3-tanks geldt. Verweerder zal deze omissie herstellen in het besluit op bezwaar en voor dit onderdeel geen invorderingsbesluiten verzenden.

4. De voorzieningenrechter komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Om te kunnen toetsen of de door verweerder gestelde feiten tot overtreding van de voorschriften 19.11 en 19.13 van de omgevingsvergunning leiden, moet worden vastgesteld welke verplichtingen voor Odfjell uit de omgevingsvergunning voortvloeien en op grond van welke vergunningvoorschriften.

4.1.1. De voorschriften 19.11 en 19.13, in onderlinge samenhang gelezen, bevatten de verplichting een inspectieplan zoals bedoeld in de eerste volzin van voorschrift 19.11 te overleggen. De daarop volgende volzinnen van dit voorschrift en voorschrift 19.13 bevatten de eisen waaraan dit inspectieplan moet voldoen, waaronder toepassing van het RBI-handboek 2002. De laatste volzin van voorschrift 19.11 moet zo worden

opgevat dat Odfjell, wanneer zij inspecties uitvoert, verplicht is die volgens dit goedgekeurde inspectieplan uit te voeren. Deze volzin vat de voorzieningenrechter niet op als inhoudende een verplichting tot het daadwerkelijk uitvoeren van periodieke inspecties, zoals verweerder doet. Daarbij betreft de voorzieningenrechter dat een dergelijke verplichting wel in voorschrift 19.12, dat niet aan het bestreden besluit ten grondslag is gelegd, kan worden gelezen, al is ook deze bepaling niet ondubbelzinnig op dit punt.

4.1.2. Evenmin bevatten de voorschriften 19.11 en 19.13 een verplichting inspecties door een AKI te laten uitvoeren dan wel goedkeuren. De verwijzing naar het gestelde in de derde alinea op pagina 11 van het RBI-handboek 2012, die verweerder ter zitting heeft gemaakt, maakt dat niet anders, omdat daar niet uitdrukkelijk naar een AKI wordt verwezen en een handboek geen verplichtingen kan scheppen zonder grondslag in de wetgeving of de vergunningvoorschriften. Bovendien is ook de verplichting tot inschakeling van een AKI wel uitdrukkelijk in voorschrift 19.12 vermeld.

4.1.3. Deze twee voorschriften bevatten evenmin een verplichting de gegevens van uitgevoerde inspecties bij verweerder in te dienen.

4.1.4. Ter zitting is duidelijk geworden dat verweerder evenals Odfjell thans uitgaat van de versie 2012 van het RBI-handboek. Zoals reeds ter zitting aan partijen aangegeven gaat ook de voorzieningenrechter er van uit dat voorschrift 19.13 zo moet worden gelezen dat daarmee op de meest recente versie van het RBI-handboek wordt gedoeld, dus versie 2012. Het gebruik van deze versie is dus geen overtreding, ondanks de letterlijke tekst van voorschrift 19.13.

4.1.5. Voorschrift 14.2 van de vergunningvoorschriften verplicht Odfjell alle relevante inspectiegegevens van de opslagtanks te registreren en archiveren. Een verplichting die gegevens aan het bevoegd gezag te verstrekken ontbreekt in de vergunningvoorschriften.

4.1.6. Verweerder kan desgewenst wel met toepassing van artikel 5.20 van de Awb inzage in, dan wel overlegging van, deze gegevens van Odfjell verlangen. Odfjell behoort die gegevens immers in haar registratie- en archiefsysteem, bedoeld in vergunningvoorschrift 14.2, paraat te hebben.

4.1.7. Odfjell heeft terecht aangevoerd dat uit de voorschriften 19.11 en 19.13 niet volgt dat tanks niet mogen worden gebruikt als geen inspecties hebben plaatsgevonden, of als daarvan geen gegevens zijn overgelegd. Dat volgt ook niet uit andere vergunningvoorschriften. In voorschrift 19.12 is nu alleen iets bepaald over het *na inspectie* ('vervolgens weer') weer in gebruik ne-

men van een geïnspecteerde tank, maar verbiedt het gebruiken van een niet-geïnspecteerde tank niet. De ontwerpvergunning die nu in procedure is introduceert wel een uitdrukkelijke koppeling tussen het periodiek inspecteren en het mogen gebruiken van een tank (voorschrift 25.7). Verweerder heeft nog niet over deze vergunning beslist zodat deze voorschriften nog niet gelden.

4.1.8. Wel geldt de algemene regel op grond van (thans) artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en artikel 2.3, aanhef en onder a, Wabo, dat het verboden is een inrichting (zoals de terminal van Odfjell) in werking te hebben zonder of in strijd met een geldige omgevingsvergunning en de daaraan verbonden voorschriften, die ook is neergelegd in voorschrift 2.1 van de omgevingsvergunning. Daaruit volgt dat Odfjell geen tanks in gebruik mag hebben die niet voldoen aan de in overweging 2.6.5. genoemde integriteitseisen. Deze regel kan niet zo worden uitgelegd dat het niet op orde hebben van het registratie- en administratiesysteem, respectievelijk niet uitvoeren van deugdelijke inspecties aan tanks, betekent dat het gebruik van tanks verboden mag worden.

4.2. De bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom mag alleen worden gebruikt als sprake is van een overtreding van de voor een inrichting geldende regels.

4.2.1. In dit geval bestaat de overtreding volgens verweerder uit het overtreden van de vergunningvoorschriften 19.11 en 19.13 door het gebruiken van 11 tanks (inmiddels opgelopen tot 27 tanks) voor K-3 vloeistoffen, waarvan Odfjell geen gegevens heeft overgelegd waaruit blijkt dat deze tanks zijn geïnspecteerd en integer geoordeeld door een AKI.

4.2.2. Zoals blijkt uit de overwegingen onder 4.1. van deze uitspraak leveren deze feiten geen overtreding op van de voorschriften 19.11 en 19.13.

4.2.3. In zoverre ontbeert het bestreden besluit dus een deugdelijke grondslag en kan het bij beslissing op bezwaar niet, in ieder geval niet ongewijzigd, in stand blijven.

4.3. Voor zover Odfjell geen inspecties heeft uitgevoerd die aan de vergunningvoorschriften voldoen, wat volgens Odfjell zelf in de periode 2009 tot en met 2011 het geval is geweest, kan dat een overtreding van voorschrift 19.12 opleveren. Voor zover Odfjell het registratie- en archiefsysteem niet op orde heeft, kan dat een overtreding van voorschrift 14.2 opleveren. Voor dat laatste is Odfjell al bij het besluit van 18 juni 2012 een last onder dwangsom opgelegd, die nog steeds van kracht is.

4.4. Dan nog kunnen die feiten niet als grondslag dienen voor het opleggen van een last tot het

niet gebruiken of weer buiten gebruik stellen van tanks, omdat de vergunningvoorschriften die koppeling niet maken. Dat betekent dat de bij het bestreden besluit opgelegde last in bezwaar ook in zoverre niet, in ieder geval niet ongewijzigd, in stand kan blijven.

4.5. Het is verweerder er om te doen dat Odfjell geen opslagtanks gebruikt waarvan niet kan worden vastgesteld of deze aan de integriteitseisen voldoen.

4.5.1. Op grond van de geldende vergunningvoorschriften kan dat echter niet op de manier die verweerder nu toepast, namelijk Odfjell verbieden al haar tanks te gebruiken, tenzij Odfjell aantoont dat deze integer zijn.

4.5.2. Volgens de geldende bewijsregels in het bestuursrecht is het precies andersom. Verweerder mag Odfjell alleen verplichten, onder oplegging van een last onder dwangsom dan wel een last onder bestuursdwang, om een opslagtank niet te gebruiken, als verweerder aantoont dat die tank niet integer is, in de zin van de voorschriften genoemd in overweging 2.6.5 over de integriteitseisen van de tanks. De bewijslast van een overtreding ligt immers bij het bevoegde bestuursorgaan. Op dit moment heeft verweerder dat van geen enkele tank aangetoond.

4.5.3. Als Odfjell een tank in gebruik heeft, maar desgevraagd geen gegevens uit het systeem van voorschrift 14.2 kan laten zien aan verweerder, waaruit blijkt dat de tank overeenkomstig de voorschriften 19.11 tot en met 19.13 is geïnspecteerd, mag verweerder daaraan wel een bewijsvermoeden ontlenen dat de bewuste tank niet aan de integriteitseisen voldoet. Dan nog kan verweerder Odfjell niet gelasten de tank buiten gebruik te stellen alvorens Odfjell in de gelegenheid te hebben gesteld alsnog de integriteit van de tank genoegzaam aannemelijk te maken, conform de vergunningvoorschriften dan wel anderszins. Dat vergt een ander besluitvormingsstraject dan thans is gevolgd.

4.5.4. Met betrekking tot de 27 tanks die Odfjell nu buiten de in het Opstartprotocol afgesproken procedure om in gebruik heeft genomen, geldt feitelijk dat Odfjell inspectiegegevens van in ieder geval 25 tanks op 5 juli 2013 ter beschikking heeft gesteld aan verweerder. Volgens verweerder heeft Odfjell ook van twee tanks die niet in gebruik zijn de gegevens ingediend en van twee wel in gebruik genomen tanks niet. Ter zitting is gebleken dat dit (kennelijke) misverstand voor 1 september 2013 kan zijn opgehelderd. Ook is ter zitting gebleken dat naar verwachting Odfjell ook de keuring door een AKI op 1 september 2013 van de inspecties van deze tanks uitgevoerd kan hebben. Het is dan ook zeer twijfelachtig of ten tijde van de door verweerder te nemen beslissing

op bezwaar zal blijken dat Odfjell tanks gebruikt waarvan moet worden aangenomen dat zij niet integer zijn.

4.5.5. Voor zover verweerder Odfjell wil verbieden tanks die niet in gebruik zijn, in gebruik te nemen, staat verweerder op grond van de thans geldende vergunningvoorschriften alleen de oplegging van een preventieve last ter beschikking, die aan de daarvoor in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geformuleerde criteria dient te voldoen. Dat wil zeggen dat verweerder dan moet aantonen dat Odfjell een tank in gebruik gaat nemen waarvan moet worden aangenomen dat die niet integer is. Ook in dat geval kan dat alleen tot een lastgeving leiden om die bewuste tank(s) buiten gebruik te stellen. 5.1. Dit alles maakt het zeer twijfelachtig of het bestreden besluit bij de te nemen beslissing op bezwaar gehandhaafd kan worden, zelfs in gewijzigde vorm. Voor de afweging van belangen als bedoeld in artikel 8:81 Awb is van betekenis dat naar alle waarschijnlijkheid Odfjell van de 27 tanks die zij nu in gebruik heeft genomen voor 1 september aanstaande zal kunnen aantonen dat die integer zijn. Voor de overige tanks die Odfjell in gebruik zou willen nemen gelden de afspraken van het Opstartprotocol als het om tanks voor K1 en K2 vloeistoffen (de hoogste risicocategorie) gaat. Een spoedeisend belang bij de last tot het buiten werking stellen of buiten werking houden van deze tanks is daarom niet aanwezig. Voor de tanks die niet onder het Opstartprotocol vallen kan verweerder het traject volgen zoals in deze uitspraak beschreven. Daarom dient het bestreden besluit te worden geschorst.

5.2. De intrekking bij het bestreden besluit van onderdeel 6 van het besluit van 18 juni 2012 wordt niet getroffen door deze schorsing. Dit onderdeel van het bestreden besluit is immers in het verzoekschrift van Odfjell noch in het onderliggende bezwaarschrift aangevochten, zodat het op grond van artikel 8:69, eerste lid, Awb, in samenhang met 7:11 Awb en 8:84, vierde lid, Awb, buiten het geding valt.

6.1. Omdat de rechtbank een voorlopige voorziening treft, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan Odfjell het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

6.2. Verweerder wordt in de door Odfjell gemaakte proceskosten veroordeeld, waarbij met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht het gewicht van de zaak is bepaald op 1 (gemiddeld) en voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (het indienen van een verzoekschrift en het verschijnen ter zitting) 2 punten worden toegekend.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de rechtbank:

- treft de voorlopige voorziening dat het bestreden besluit wordt geschorst voor zover daarbij aan Odjfell een last onder dwangsom is opgelegd;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 318 aan Odjfell te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 944, te betalen aan Odjfell.

Noot

1. Het tankopslagbedrijf Odjfell ligt al enige jaren in de clinch met Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland over de naleving van de vigerende omgevingsvergunning milieu. Vergunningverlening, toezicht en handhaving worden namens GS door de DCMR Milieudienst Rijnmond (DCMR) uitgevoerd. Een deel van de opslagtanks van de tankterminal in het Botlekgebied zou onveilig zijn, blusvoorzieningen zouden tekortschieten en incidenten zouden niet gemeld worden. Begin 2012 klapte een klokkenluider uit de school en in de media werd uitgebreid bericht over vermoede misstanden. Mede daardoor voelde de DCMR zich kennelijk genoodzaakt om op te treden. Er werd (onaangekondigd) geïnspecteerd en in 2012 werd een eerste last onder dwangsom aan Odjfell opgelegd, in de zomer van 2013 gevolgd door een nieuwe last. Deze laatste last onder dwangsom wordt door de onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag geschorst; het bevoegd gezag heeft bij het opleggen van de last onder dwangsom de bewijslast voor de vraag of wordt voldaan aan de vergunningsvoorwaarden ten onrechte bij Odjfell gelegd.

2. De Algemene wet bestuursrecht bevat (vrijwel) geen regels van materieel bewijsrecht en dus ook geen regeling van de bewijslastverdeling (zie o.m. Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context', *NTB* 2004/1 en Y. Muggen & G.H. Schoorl, 'Materieel bewijsrecht in het bestuursrecht', *PB* 2012/8 en de daar aan gehaalde literatuur). Aan bewijsrechtregels zou volgens de wetgever niet of nauwelijks behoefte bestaan; de rechter zou de bewijslast naar redelijkheid en billijkheid over de partijen moeten verdelen, afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten (vrij-bewijsleer). In de praktijk ontleent de rechter toch handvatten voor de bewijslastverdeling aan de normen van de Awb. Te weten enerzijds aan de onderzoekplicht van het bestuur (art. 3:2 Awb), anderzijds aan de verplichting van een aanvrager om de gegevens en bescheiden te verschaffen die voor de

beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen (art. 4:2 Awb). Hieraan kan nog toegevoegd worden de motiveringsplicht van het bestuur (art. 3:46 Awb). Dit lijkt te impliceren dat de bewijslast bij ambtshalve besluiten in beginsel op het bestuur rust, bij besluiten op aanvraag in beginsel op de aanvrager. Daar komt bij dat de bewijslast bij ingrijpende besluiten veelal eveneens bij het bevoegd gezag ligt. Zo vrij is de 'vrij-bewijsleer' dus niet.

3. Ter illustratie wijs ik op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 augustus 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:792, *NJB* 2013/1980). De Afdeling overweegt dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat 'het bij de intrekking van een exploitatievergunning aan de burgemeester is om aan te tonen dat aan de voorwaarden voor uitoefening van zijn bevoegdheid tot intrekking is voldaan'. De burgemeester dient hiervoor de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. De last om voldoende feiten te stellen en waar nodig te bewijzen ligt bij de burgemeester. De feiten en omstandigheden die aan de intrekking van de exploitatievergunning ten grondslag liggen moeten bovendien voldoende concreet, objectief en verifieerbaar zijn'. Hiervan was geen sprake omdat de intrekking op anonieme verklaringen en verklaringen 'van horen zeggen' was gebaseerd.

4. In een andere zaak was de burgemeester ambtshalve overgegaan tot intrekking van een ontheffing voor verlengde openingstijden en had hieraan onder meer een rapportage ten grondslag gelegd met bevindingen van een toezichthouder. Hieruit bleek dat in strijd met de eisen slechts één portier aanwezig was. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak was het door appellant geleverde tegenbewijs onvoldoende om de inhoud van de rapportage onjuist te achten (ABRVS 13 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW8180, *AB* 2012/307, m.nt. A.T. Marseille). Volgens de annotator past dit keurig in de 'vrij-bewijsleer', maar valt de aanpak van de Afdeling minder te rijmen met een systematische benadering van de feiten- vaststelling anno 2012.

5. Terug naar Odjfell. In de vergunning zijn eisen opgenomen waaraan de opslagtanks moeten voldoen, de zogenaamde integriteitseisen. Ook moet vergunninghouder over een inspectieplan beschikken, waarin worden vermeld de inspectietermijnen en de wijze waarop inspecties plaatsvinden. Inspecties moeten volgens het goedgekeurde inspectieplan plaatsvinden. Inspecties moeten door een door het bevoegd gezag aanvaarde keuringsinstantie (AKI) worden uitgevoerd. De opslagtanks mogen vervolgens (kennelijk: na een inspectie) niet eerder in be-

drijf worden gesteld dan nadat zij, eventueel na noodzakelijke reparaties, door de AKI zijn goedgekeurd. Er bestaat geen verplichting om de inspectieresultaten (ongevraagd) aan DCMR te verstrekken.

6. In casu heeft DCMR Odjfell bij besluit van 16 juli 2013 gelast om na 1 september 2013 geen tanks in gebruik te hebben waarvan zij niet kan aantonen of heeft aangetoond dat zij voldoen aan – kort gezegd – de integriteitseisen. Een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 250.000 per tank per twee weken tot een maximum van € 20 miljoen. DCMR verwijt Odjfell dat zij bepaalde tanks in gebruik heeft (genomen) zonder dat zij de 'tankintegriteit' heeft aangetoond. De Voorzieningenrechter overweegt dat Odjfell terecht heeft aangevoerd dat uit de voorschriften niet volgt dat tanks niet mogen worden gebruikt als geen inspecties hebben plaatsgevonden, of als daarvan geen gegevens zijn overgelegd. Het gebruiken van een niet-geïnspecteerde tank is niet verboden. In een nieuwe ontwerpvergunning wordt blijkens de uitspraak nota bene wel een uitdrukkelijke koppeling gemaakt tussen het periodiek inspecteren en het mogen gebruiken van een tank.

7. Dit neemt niet weg dat Odjfell ingevolge de vergunning geen tanks in gebruik mag hebben die niet aan de integriteitseisen voldoen. Echter, DCMR mag Odjfell alleen verplichten, onder oplegging van een herstelsanctie, om een opslagtank niet te gebruiken, als DCMR aantoont dat die tank niet aan de integriteitseisen voldoet. De bewijslast ligt namelijk bij het bevoegd gezag, aldus de Voorzieningenrechter. Op dit moment (augustus 2013) heeft DCMR dat van geen enkele tank aangetoond. Wel biedt de rechter DCMR nog een 'escape'. Als Odjfell een tank in gebruik heeft, maar desgevraagd geen gegevens aan DCMR kan laten zien, waaruit blijkt dat de tank conform de voorschriften is geïnspecteerd, dan mag DCMR daaraan wel een bewijsvermoeden ontfienen dat de bewuste tank niet aan de eisen voldoet. Echter, dan nog kan DCMR Odjfell niet gelasten de tank buiten gebruik te stellen alvorens Odjfell in de gelegenheid te hebben gesteld alsnog de integriteit van de tank genoegzaam aannemelijk te maken (r.o. 4.5.3).

8. Mede gelet hierop wordt het bestreden besluit geschorst, waarbij de Voorzieningenrechter in het kader van de vereiste belangenafweging van betekenis acht dat Odjfell naar alle waarschijnlijkheid van de 27 tanks die zij op dat moment in gebruik had genomen, tijdig zal kunnen aantonen dat zij integer zijn. Een spoedsend belang wordt dan ook niet aanwezig geacht. Opmerkelijk is dat Odjfell reeds op 5 juli 2013 (dus ruim een week voor het bestreden besluit)

inspectiegegevens als bedoeld in de last onder dwangsom uit 2012 van in ieder geval 25 tanks bij DCMR had ingediend, maar die waren nog niet goedgekeurd door een AKI. Kennelijk ging het DCMR allemaal niet snel genoeg en was de nieuwe last onder dwangsom (mede) bedoeld als stok achter de deur.

9. Ik ga er vanuit dat Odjfell – ondanks de schorsing – inmiddels alle door DCMR gewenste tankgegevens heeft verstrekt en daarmee heeft aangetoond dat de betrokken tanks aan de integriteitseisen voldoen. Je zou dus kunnen zeggen dat DCMR het beoogde resultaat heeft bereikt. De manier waarop verdient echter geen schooneispraken. Feitelijk heeft DCMR immers getracht de door haar gewenste, maar in de vigerende vergunning ontbrekende, koppeling tussen periodieke tankinspecties en het mogen gebruiken van de tanks, vooruitlopend op wijziging van de vergunning, aan Odjfell op te leggen. Bovendien was DCMR mede debet aan het gebrek aan naleving doordat zij zelf kennelijk jarenlang onvoldoende invulling heeft gegeven aan toezicht en handhaving (zie het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Veiligheid Odjfell Terminals Rotterdam, periode 2000-2012*, d.d. juni 2013). Ik zou derhalve menen dat Odjfell deze slag terecht heeft 'gewonnen'. Ondertussen zou het mij niet verbazen indien DCMR de vergunningen van andere opslagterminals nog eens kritisch tegen het daglicht houdt.

10. De uitspraak is eveneens verschenen in JAF 2013/343, m.nt. Van der Meijden.

A. van Rossem