

ECLI:NL:RBAMS:2014:8109

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	02-12-2014
Datum publicatie	03-12-2014
Zaaknummer	AMS 31-3632
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Tussenuitspraak bestuurlijke lus
Inhoudsindicatie	Was verweerder bevoegd om op grond van artikel 2.15, eerste lid, van het Activiteitenbesluit handhavend op te treden tegen zeven Aldi-filialen in Amsterdam die geen permanente afdekking van verticale koelmeubelen hebben? Daarvoor is bepalend of die energiebesparende maatregel binnen vijf jaar kan worden terugverdiend. Hoe deze terugverdientijd moet worden berekend hangt af van welke benadering wordt gekozen een branchebrede of een meer individuele en de daarmee samenhangende gegevens. De rechtbank is van oordeel dat verweerder branchebrede gegevens als hulpmiddel en vertrekpunt mag hanteren. Het voert echter te ver om een individuele drijver van een inrichting elke mogelijkheid te ontzeggen om te betwisten dat hij een overtreding begaat, uitsluitend op basis van informatie die grotendeels is gebaseerd op voor de hele branche geldende bandbreedtes en gemiddelden. Die ondernemer moet in de gelegenheid moet worden gesteld aan te tonen dat de maatregel in zijn geval niet binnen vijf jaar is terug te verdienen. De rechtbank is van oordeel dat verweerder zijn bevoegdheid tot handhaving heeft gebaseerd op een onjuiste uitleg van het toetsingskader. Daarmee staat verweerders bevoegdheid om over te gaan tot handhaving onvoldoende vast.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK AMSTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummer: AMS 13/3632

tussenuitspraak van de meervoudige kamer van 2 december 2014 in de zaak tussen

de besloten vennootschap Aldi Zaandam B.V., te Zaandam, eiseres

(gemachtigde: mr. P.M.L. Schilder Spel),

en

het algemeen bestuur van de bestuurscommissie van het stadsdeel Nieuw-West van de gemeente Amsterdam (voorheen: het dagelijks bestuur van het stadsdeel Nieuw-West van de gemeente Amsterdam), verweerder

(gemachtigde: mr. A.B. Blomberg).

Procesverloop

Bij besluit van 18 juli 2012 (het primaire besluit) heeft verweerder eiseres een last onder dwangsom opgelegd.

Bij besluit van 28 mei 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Bij besluit van 17 september 2013 heeft verweerder de verbeurde dwangsom van 7.000 ingevorderd. Voorts heeft verweerder bij datzelfde besluit uitstel van betaling verleend van het verbeurde bedrag tot 12 weken na de einduitspraak van de rechtbank.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 9 september 2014.

Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Tevens zijn namens eiseres verschenen mr. F. Mulder (kantoorgenoot van gemachtigde), [betrokkene] (Aldi Zaandam B.V.), [betrokkene 1] (Aldi Zaandam B.V.), [betrokkene 2] (voormalig deskundige TNO), en [betrokkene 3] (TNO). Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Tevens zijn namens verweerder verschenen [naam] (Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied), [naam 1] (Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied), en [naam 2] (EnergyGO).

Overwegingen

Besluitvorming en standpunten

1. Op 11 juni 2012 heeft verweerder tijdens een controle geconstateerd dat in het filiaal van eiseres gelegen aan de [adres] te Amsterdam (het filiaal) een aantal energiebesparende maatregelen zijn getroffen, maar dat geen doelmatige permanente afdekking is toegepast op de verticale koelmeubelen. Daaraan voorafgaand, op 11 oktober 2010, had verweerder eiseres er schriftelijk op gewezen dat eiseres in het filiaal niet alle energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder heeft getroffen en dat eiseres daarmee artikel 2.15 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (Activiteitenbesluit) overtreedt.

2. Bij brief van 20 juni 2012 heeft verweerder het voornemen aan eiseres kenbaar gemaakt over te gaan tot handhavend optreden. Bij brief van 3 juli 2012 heeft eiseres een zienswijze kenbaar gemaakt ten aanzien van het voornemen van verweerder. Eiseres heeft onder andere een aantal rapporten van TNO

(van 1 juni 2011, 30 mei 2011 en december 2011) bij haar zienswijze gevoegd betreffende onderzoek naar de toepassing van dagafdekking binnen de Aldi-winkelformule, dat onder meer ziet op de terugverdientijd van de maatregel voor het filiaal.

3. Bij het primaire besluit heeft verweerder eiseres gelast binnen twaalf weken na de verzenddatum van dit besluit een einde te maken aan de overtreding van artikel 2.15, eerste lid, van het Activiteitenbesluit door permanente afdekking aan te brengen op de verticale koelmeubelen in het filiaal, op straffe van een dwangsom van 7.000 ineens. Verweerder vindt steun voor de bevoegdheid tot handhaving in het rapport van adviesbureau EnergyGO Dagafdekking voor koelmeubelen, herziene versie van mei 2012. Ter onderbouwing van het primaire besluit heeft verweerder dit adviesbureau opdracht gegeven een actueel overzicht op te stellen van de terugverdientijd van het aanbrengen van permanente afdekking op verticale koelmeubelen. EnergyGO heeft de terugverdientijd onderzocht aan de hand van verifieerbare informatie, waarbij een beeld is gegeven van de bandbreedte waarbinnen de terugverdientijd voor de supermarktbranche ligt, aldus verweerder. Uit het rapport is volgens verweerder af te leiden dat voor het aanbrengen van doelmatige permanente afdekking op verticale koelmeubelen de terugverdientijd voor de branche op basis van actuele gegevens minder dan vijf jaar is. Gelet daarop is eiseres verplicht deze maatregel te treffen. Er zijn in dit geval geen niet-financiële redenen waardoor de maatregel voor eiseres niet inpasbaar is in de bedrijfsvoering, aldus verweerder.

4. Eiseres heeft bezwaar gemaakt en bij haar bezwaarschrift een aantal rapporten overgelegd, waaronder een rapport van TNO van 7 november 2012, dat onder meer nader ingaat op de terugverdientijd van de maatregel voor het filiaal.

5. Bij het bestreden besluit heeft verweerder het primaire besluit gehandhaafd. Verweerder heeft daarbij verwezen naar het advies van de algemene bezwaarschriftencommissie en is daarnaast ingegaan op het door eiseres in bezwaar overgelegde aanvullende rapport van TNO van 7 februari 2013 en het advies van de Stichting Advisering bestuursrechtspraak (StAB) van 22 maart 2013 over het opleggen van een last onder dwangsom aan een aantal filialen van Lidl in Amsterdam en Utrecht. Het laatstgenoemde advies ondersteunt volgens verweerder de algemene uitgangspunten waar in het primaire besluit vanuit is gegaan en onderschrijft de conclusie dat de terugverdientijd van de maatregel van permanente afdekking van verticale koelmeubelen vijf jaar of minder is.

5.1. Verweerder stelt zich op het standpunt dat op grond van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit de verplichting bestaat tot het nemen van alle in de bedrijfstak bekende maatregelen die binnen vijf jaar zijn terug te verdienen. Permanente afdekking van verticale koelmeubelen is een van die maatregelen. De terugverdientijd dient volgens verweerder op brancheniveau berekend te worden, waarbij hij verwijst naar de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 17 december 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BG7181) en van 12 september 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BB3435 en ECLI:NL:RVS:2007:BB3430), alsmede naar de Nota van Toelichting (NvT) bij het Activiteitenbesluit. Binnen de supermarktbranche wordt bij het verplicht stellen van maatregelen geen onderscheid gemaakt tussen full-servicesupermarkten en hard-discountsupermarkten, aldus verweerder. Het onderzoek van EnergyGo, dat een branchebrede berekening heeft gemaakt, mocht dan ook aan de besluitvorming ten grondslag worden gelegd. Het rapport is uitgegaan van verifieerbare bronnen, zoals de Euroventdatabase, waarbij de gegevens uit de database zijn gecorrigeerd voor Nederlandse winkelomstandigheden. Deze database is een goede bron van objectieve informatie over energiegebruik van koelmeubelen die in de branche beschikbaar zijn. Op basis van het rapport mocht dus worden uitgegaan van 43% energiebesparing bij deuren met enkelglas. Verweerder komt op basis van de branchebrede cijfers op een terugverdientijd van minder dan vijf jaar. Ook is de optie van strokengordijnen terecht als alternatief gepresenteerd. In reactie op de bezwaargronden van eiseres heeft verweerder over de prijs van de deuren gesteld dat rekening is gehouden met gemiddelde prijzen voor een supermarktketen en dat dit een redelijk uitgangspunt is, nu duidelijk is dat sprake is van schaafeffect in de prijs, en inkoop op ketenniveau als representatief kan worden gezien voor de supermarktbranche. Verder merkt verweerder op dat koelmeubelen niet bedoeld en niet geschikt zijn voor het regelen van klimaatbeheersing in een winkelruimte en dus geen

goed alternatief voor airconditioning vormen. Volgens verweerder is er geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van supermarkten die bij het convenant Energiebesparing bij supermarkten (het convenant) zijn aangesloten en die dagafdekking op verticale koelmeubelen gefaseerd mogen invoeren. De voortgang van de invoering van dagafdekking bij deze supermarkten wordt in de gaten gehouden en als die onvoldoende blijkt, zal ook handhavend worden opgetreden. Eiseres betoogt weliswaar dat de maatregel niet binnen vijf jaar is terug te verdienen, maar heeft die conclusie gebaseerd op een berekening die is gebaseerd op cijfers die specifiek betrekking hebben op het filiaal. Verweerder meent dat de ruimte voor een ondernemer om te onderbouwen dat in zijn specifieke, individuele geval de maatregel niet rendabel is, maar zeer beperkt is en dat dan sprake moet zijn van een heel specifiek, afwijkend geval, waarin sprake is van een hele andere manier van bedrijfsvoering. Ter zitting heeft verweerder nog nader toegelicht dat de branchegerichte benadering ook rechtstreeks volgt uit de systematiek van het milieurecht, omdat bij de vaststelling van alle algemeen verbindende voorschriften op grond van de Wet milieubeheer, dus ook bij het Activiteitenbesluit, de beste beschikbare technieken (bbt) in acht moeten worden genomen. Het Activiteitenbesluit is dus branchegericht, en verschilt in die zin ook niet van het voorheen geldende Besluit Detam. Het is nu enkel anders gerubriceerd dan dat besluit. Bovendien staat de maatregel op de lijsten van Infomil, waarmee deze is opgenomen als bekende energiebesparende maatregel met een terugverdientijd van minder dan vijf jaar. Als een ondernemer een dergelijke maatregel toepast wordt aan artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit voldaan. Ook zonder het onderzoek van EnergyGO, dat slechts ter actualisering van oudere branchegegevens is uitgevoerd, bestond volgens verweerder dus de bevoegdheid om handhavend op te treden. Er is voorts bij eiseres geen sprake van een situatie waardoor de maatregel niet inpasbaar is in de bedrijfsvoering. Dat eiseres minder energie zou verbruiken dan andere supermarkten laat onverlet dat in beginsel alle maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder moeten worden getroffen. Tot slot heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat de begunstigingstermijn en de hoogte van de dwangsom redelijk zijn, nu de maatregel binnen de gegunde termijn kan worden bewerkstelligd en de hoogte van de dwangsom is afgestemd op de kosten die gemoeid zijn met een marktconforme maatregel, namelijk het plaatsen van deuren met enkelglas.

5.2. Ter zitting heeft verweerder verder nog toegelicht dat het van belang is een gelijk speelveld te creëren voor bedrijven ten aanzien van energiebesparing en dat voor eiseres, juist met het oog op dit gelijke speelveld, geen uitzondering kan worden gemaakt.

6. Eiseres voert samengevat weergegeven aan dat geen sprake is van overtreding van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit. De terugverdientijd voor permanente afdekking van verticale koelmeubelen ligt voor het filiaal van eiseres ruim boven de vijf jaar, zo blijkt uit onderzoek verricht door TNO. Eiseres is dus niet verplicht de maatregel toe te passen.

6.1. Primair heeft eiseres aangevoerd dat er geen grond bestaat voor de door verweerder gehanteerde branchegerichte benadering van het Activiteitenbesluit en de branchebrede berekening van de terugverdientijd. Artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit richt zich expliciet tot de drijver van een inrichting. Eiseres verwijst naar de NvT bij het Activiteitenbesluit. Het Activiteitenbesluit bevat doelvoorschriften die een maximale vrijheid bieden bij keuze van de maatregelen om aan het doelvoorschrift te voldoen. De drijver van een inrichting kan ook andere maatregelen kiezen dan die in het rijtje van bekende maatregelen voorkomen, zonder voorafgaande toestemming. Het Activiteitenbesluit bevat op het punt van energiebesparing geen verplichte maatregelen, en artikel 2.15 bepaalt dan ook niet dat de maatregel van dagafdekking doorgevoerd moet worden. In de NvT bij artikel 2.15 staat weliswaar dat er als hulpmiddel informatiebladen worden uitgegeven, namelijk de lijsten van Infomil, maar die hebben geen verbindend karakter en geven slechts een indicatie van mogelijk te nemen maatregelen. Verweerder kan volgens eiseres niet uitgaan van de lijsten van Infomil indien de ondernemer met berekeningen aantoont dat een bepaalde energiebesparende maatregel in zijn specifieke geval een terugverdientijd heeft van meer dan vijf jaar. Dit blijkt onder meer uit de NvT en de website van Infomil. Eiseres heeft ter zitting benadrukt dat de lijsten van Infomil bedoeld zijn als hulpmiddel maar dat de maatregel niet verplicht is in het geval een

ondernemer aantoonde dat deze voor hem niet rendabel is. Er moet dus rekening worden gehouden met individuele omstandigheden. Dat volgt volgens eiseres ook uit de uitspraken van de Afdeling van 12 september 2007. Verweerder heeft die individuele afweging volgens haar ten onrechte niet gemaakt.

Zelfs als de terugverdientijd in beginsel per branche berekend zou moeten worden heeft de ondernemer van de wetgever de mogelijkheid gekregen om met berekeningen voor zijn specifieke situatie aan te tonen dat het voor hem geen verplichte maatregel is. Met de rapporten van TNO die in de primaire en bezwaarfase zijn overgelegd, is onderbouwd dat de terugverdientijd van dagafdekking voor het filiaal ruim boven de vijf jaar ligt. Verweerder heeft verzuimd daar een expliciete reactie op te geven, dus het bestreden besluit is onvoldoende gemotiveerd, aldus eiseres. De Afdelingsuitspraken uit 2007 en 2008, waarnaar verweerder verwijst, dateren van vóór de inwerkingtreding van het Activiteitenbesluit. Destijds gold nog het Besluit Detailhandel en ambachtsbedrijven (Besluit Detam), dat een branchegerichte aanpak voorstond. Bovendien heeft de Afdeling nooit expliciet ingestemd met een berekening van de terugverdientijd per branche. De benadering per branche gaat daarnaast niet op, omdat de onderlinge verschillen tussen de diverse supermarkten te groot zijn. Aldi is een discountsupermarkt, die is gericht op het zo efficiënt mogelijk gebruik maken van bronnen en middelen, en heeft in vergelijking met full-servicesupermarkten een zeer gering aantal meters koelmeubelen.

6.2. Subsidiar heeft eiseres aangevoerd dat als de terugverdientijd wel per branche berekend zou dienen te worden de berekeningen van verweerder op een aantal punten niet juist zijn. Zo zou er gerekend moeten worden met cijfers van de discountbranche, waarbij sprake is van een hoge omloopsnelheid en een lage kostenstructuur. De berekeningen van EnergyGo zijn onjuist en het rapport heeft een te algemene conclusie. Bovendien wordt er uitgegaan van onzekere, in de toekomst gelegen ontwikkelingen, zoals een daling van de prijzen van deuren en van energie. Er staan volgens eiseres veel onjuistheden in het rapport (onjuiste investering I, te hoog verbruik V, te hoog besparingspercentage C voor zowel de enkelglas situatie als de situatie bij gebruik van strokengordijnen, en een onjuist percentage nachtafdekking). Eiseres heeft daarbij verwezen naar het in beroep overgelegde rapport van TNO van maart 2014. Voorts is het door verweerder aangehaalde rapport van de StAB van 22 maart 2013, wat betreft de bepaling van parameters van de terugverdientijd, niet constructief, niet transparant, noch controleerbaar. Het rapport is dan ook niet bruikbaar in deze procedure, aldus eiseres.

6.3. Meer subsidiar voert eiseres aan dat indien wel sprake zou zijn van overtreding van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit, verweerder een uitzondering zou moeten maken op de beginselplicht tot handhaving. Er is immers sprake van bijzondere omstandigheden. Ten eerste is de huidige situatie bij Aldi, zonder airconditioning, met open verticale koelmeubelen, het meest energiezuinige alternatief voor klimaatbeheersing van de winkelruimte. Het plaatsen van dagafdekking heeft een directe versturende werking op die klimaatbeheersing. De airconditioning die dan geplaatst zou moeten worden, zou weer meer energie verbruiken. Per saldo zal het energieverbruik dan toenemen. Het milieu wordt in de huidige situatie niet of nauwelijks belast, terwijl juist door het invoeren van dagafdekking het milieu negatief zal worden beïnvloed. Handhavend optreden zou onevenredig zijn, te meer daar de hele bedrijfsvoering ingrijpend gewijzigd zou moeten worden. Ten tweede is er strijd met het gelijkheidsbeginsel door eiseres te verplichten alles af te dekken, maar de supermarkten die bij het convenant zijn aangesloten en nog niet voldoen aan de afspraken, met rust te laten, althans voorlopig ten aanzien van deze supermarkten niet te handhaven. Dat geldt ook voor die supermarkten die onafgedekte semi-verticale koelmeubelen gebruiken.

6.4. Tot slot heeft eiseres aangevoerd dat de dwangsom onredelijk hoog is en niet in verhouding staat tot de zwaarte van de vermeende overtreding. Het energieverbruik van eiseres is al heel laag en door invoering van de maatregel zal het energieverbruik omhoog gaan. Bovendien is de begunstigingstermijn te kort. Het invoeren van dagafdekking op de bestaande verticale koelmeubelen is een zeer ingrijpende operatie, omdat het bedrijfsconcept drastisch moet worden aangepast. De winkel moet tijdelijk gesloten worden en het winkelklimaat zal ernstig verstoord raken. De temperatuur in de winkel zal omhoog gaan en daardoor zullen er, ten behoeve van de koeling van

artikelen die normaal gesproken buiten de koeling worden aangeboden, zoals boter en kaas, meer meters koeling of airconditioning in de winkel moeten worden gerealiseerd.

6.5. Eiseres heeft tevens gronden aangevoerd tegen het invorderingsbesluit.

Regelgeving

7. Ingevolge artikel 2.15, eerste lid, van het Activiteitenbesluit, neemt degene die de inrichting drijft alle energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder of alle energiebesparende maatregelen die een positieve netto contante waarde hebben bij een interne rentevoet van 15%.

Ingevolge het tweede lid kan het bevoegd gezag, indien aannemelijk is dat niet wordt voldaan aan het eerste lid, degene die de inrichting drijft waarvan het energieverbruik in enig kalenderjaar groter is dan 200.000 kilowatt uur aan elektriciteit of groter is dan 75.000 kubieke meter aardgasequivalenten aan brandstoffen, verplichten om binnen een door het bevoegd gezag te bepalen termijn, onderzoek te verrichten of te laten verrichten waaruit blijkt of aan het eerste lid wordt voldaan.

Ingevolge het derde lid neemt degene die de inrichting drijft, indien uit het onderzoek, bedoeld in het tweede lid, blijkt dat niet wordt voldaan aan het eerste lid, de in het eerste lid bedoelde maatregelen binnen een door het bevoegd gezag te bepalen redelijke termijn.

Ingevolge het vierde lid is het eerste lid niet van toepassing indien het energiegebruik in de inrichting in enig kalenderjaar kleiner is dan 50.000 kilowatt uur aan elektriciteit en kleiner is dan 25.000 kubieke meter aardgasequivalenten aan brandstoffen.

Ingevolge het vijfde lid is het eerste lid niet van toepassing op een inrichting waarop de verboden, bedoeld in artikel 16.5, eerste lid, van de wet, betrekking hebben en op een inrichting als bedoeld in artikel 15.51, eerste lid, van de wet.

Beoordeling

8. Tussen partijen is niet in geschil dat het filiaal wat betreft energieverbruik is aan te merken als een middelgrote gebruiker, en dat het dus een inrichting betreft die onder de reikwijdte van artikel 2.15, eerste lid, van het Activiteitenbesluit valt.

9. In geschil is of verweerder bevoegd is om handhavend op te treden. Om die vraag te beantwoorden moet de rechtbank beoordelen of sprake is van overtreding van artikel 2.15, eerste lid, van het Activiteitenbesluit. Daartoe is doorslaggevend of de maatregel van permanente afdekking van verticale koelmeubelen (de maatregel) binnen de in dat artikel voorgeschreven periode van vijf jaar kan worden terugverdiend. Partijen zijn verdeeld over de wijze waarop de terugverdientijd van de maatregel dient te worden berekend, zodat de rechtbank daarover allereerst zal oordelen.

10. De rechtbank overweegt ten eerste dat uit de bewoordingen van het eerste en het vierde lid van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit kan worden afgeleid dat het artikel zich richt tot de exploitant van een individuele inrichting. Zo wordt in het vierde lid bepaald dat per inrichting het energieverbruik moet worden vastgesteld om te kunnen beoordelen of de verplichting in het eerste lid van toepassing is. Verder overweegt de rechtbank dat haar niet is gebleken dat met de invoering van het Activiteitenbesluit het beschermingsniveau voor het milieu dat onder het Besluit Detam gold, is gewijzigd. Wel is de systematiek van een branchegerichte indeling uit het Besluit Detam in het Activiteitenbesluit losgelaten, nu de voorschriften daar per activiteit en niet meer per categorie of branche zijn gerubriceerd.

Het eerste lid van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit schrijft weliswaar dwingend voor dat alle energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder moeten worden genomen, maar somt die maatregelen zelf niet op. De bekende rendabele maatregelen zijn opgenomen in de lijsten van Infomil, de zogenaamde informatiebladen genoemd in de toelichting bij

het Activiteitenbesluit. Deze lijsten geven branchebrede cijfers over de terugverdientijd van de maatregelen. Een vergelijkbare lijst bestond ook al ten tijde van het Besluit Detam. Uit de toelichting bij het Activiteitenbesluit volgt dat het feit dat die maatregelen representatief zijn voor de branche niet is gewijzigd en dat de maatregelen grotendeels hetzelfde zijn als voorheen, omdat het beschermingsniveau zoals ook hiervoor is overwogen niet gewijzigd is met de invoering van het Activiteitenbesluit. Als algemeen uitgangspunt zijn de lijsten daarom goed bruikbaar. Dat sluit aan bij het oordeel van de Afdeling in de eerdergenoemde uitspraken van 2007 en 2008, dat kon worden uitgegaan van de door verweerders gehanteerde representatieve gegevens en aannames op brancheniveau bij het bepalen van de terugverdientijd. Daarbij past wel de kanttekening dat in die uitspraken ook is ingegaan op de individuele omstandigheden van de betreffende inrichtingen.

11. Verweerder stelt dat de branchebrede gegevens in de lijsten van Infomil verplichtend zijn voor een ieder die tot die branche behoort, ongeacht of de genoemde terugverdientijd voor een individuele inrichting realiseerbaar is. Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou er enige ruimte zijn de maatregelen niet dwingend voor te schrijven aan de drijver van een individuele inrichting.

De rechtbank volgt verweerder niet in deze strikte uitleg. Handhavend optreden heeft een belastend karakter. Verweerder dient voldoende concreet te maken dat een individuele partij verantwoordelijk kan worden gehouden voor een concrete overtreding van voorschriften. Dit uitgangspunt is naar het oordeel van de rechtbank niet anders in het geval van gestelde overtreding van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit. De rechtbank begrijpt dat verweerder bij het benoemen van de vereiste energiebesparende maatregelen, bedoeld in dat artikel, een branchebreed en algemener kader hanteert. Immers, het type maatregelen zal binnen de branche in beginsel steeds gelijk zijn. Ook is niet onbegrijpelijk dat verweerder zich voor het beoordelen van het afdwingbare karakter van die maatregelen in beginsel baseert op de in de Infomillijsten vermelde bandbreedtes voor terugverdientijden. In die zin bieden de lijsten van Infomil een helder en praktisch hulpmiddel bij de controle op de naleving van het Activiteitenbesluit. De rechtbank is verder van oordeel dat het hanteren van een dergelijke branchebrede lijst van maatregelen ook niet conflicteert met het anders rubriceren van voorschriften in het Activiteitenbesluit ten opzichte van het Besluit Detam. Immers, het beschermingsniveau dat met de maatregelen wordt beoogd is evenmin gewijzigd.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder die branchebrede gegevens als hulpmiddel en vertrekpunt mag hanteren, zelfs als een duidelijke indicatie dat een maatregel dwingend kan worden opgelegd, gelet op de in de Infomillijst genoemde terugverdientijd. Het voert echter te ver om een individuele drijver van een inrichting elke mogelijkheid te ontzeggen om te betwisten dat hij een overtreding begaat, uitsluitend op basis van informatie die grotendeels is gebaseerd op voor de hele branche geldende bandbreedtes en gemiddelden.

Ook in de toelichting bij het Activiteitenbesluit is aangegeven dat de drijver van een individuele inrichting in de gelegenheid moet worden gesteld aan te tonen dat de energiebesparende maatregel in zijn geval niet binnen vijf jaar is terug te verdienen. Alleen op die manier kan hij immers gemotiveerd betwisten dat hij in zijn individuele geval de verplichting van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit overtreedt. Ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit biedt geen aanknopingspunt voor een rigide lezing zoals verweerder voorstaat. Er staat immers niet dat er geen ruimte meer is om naar een individueel geval te kijken wanneer op brancheniveau is bepaald dat een maatregel binnen vijf jaar is terug te verdienen. De uitleg van verweerder strookt aldus niet met wat er in de toelichting staat. Overigens staat ook in de informatie op de website van Infomil zelf uitdrukkelijk dat de daar genoemde getallen de noodzaak wegnemen om een berekening van de terugverdientijd te verrichten, maar wordt er ook op gewezen dat zon individuele berekening wel is aangewezen wanneer een ondernemer betwist dat de terugverdientijd voor hem ook geldt.

Met dit oordeel is niet beoogd te betogen dat elk individueel geval tot in detail door verweerder bekeken en berekend moet worden, maar wel dat er ruimte moet worden geboden aan een individuele drijver van een inrichting om de gestelde overtreding te kunnen betwisten. In het onderhavige geval heeft eiseres voor het hier centraal staande filiaal gemotiveerd betoogd dat de terugverdientijd de vijf jaren overschrijdt. Dit is ook met verschillende rapporten van deskundige derden onderbouwd. De rechtbank stelt vast dat verweerder noch in het bestreden besluit, noch in het verweerschrift is

ingegaan op de concrete en gedetailleerde betwisting door eiseres van de terugverdientijd van de maatregel voor het filiaal. Verweerder is alleen ingegaan op de punten die eiseres ten aanzien van de algemene branchebrede berekeningen en argumenten heeft aangevoerd. Daarbij heeft verweerder steeds terugverwezen naar de algemene informatie over de branche en is niet ingegaan op specifieke cijfers en argumenten met betrekking tot het filiaal. De rechtbank overweegt dat indien deze handelwijze van verweerder zou worden gevolgd, een potentiële individuele overtreder daadwerkelijk wordt afgerekend op het niet invoeren van de maatregel die voor hem individueel aantoonbaar niet rendabel is, maar die in de branche wel gangbaar is. Artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit is echter een algemene regel, waarbij de wettelijk voorgeschreven concrete maatregelen niet zijn ingevuld. De Infomillijsten kunnen niet als een dergelijke algemeen verplichtende lijst van maatregelen worden aangemerkt. Ter zitting heeft verweerder er nog op gewezen dat er plannen zijn de lijsten van Infomil in een bijlage bij de Activiteitenregeling op te nemen, waarna de maatregelen op die lijsten als zogenaamde erkende maatregelen gaan gelden. De rechtbank wijst erop dat dit zowel ten tijde van de besluitvorming als ten tijde van deze uitspraak een voornemen is dat nog niet heeft geleid tot geldende regelgeving. Overigens staat de supermarktbranche niet vermeld in de conceptbijlage die thans beschikbaar is. Verder zal ook dan, gelet op de toelichting van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 6 augustus 2014 (Kamerstukken II 2013-2014, 30196, nr. 253), ruimte worden geboden voor individuele afwijkingen.

Conclusie

12. De rechtbank is van oordeel dat verweerder zijn bevoegdheid tot handhaving heeft gebaseerd op een onjuiste uitleg van het toetsingskader. Daarbij laat de rechtbank in het midden of verweerder die bevoegdheid in dit specifieke geval toekwam. Om te kunnen beoordelen of hij bevoegd was, had verweerder moeten overgaan tot een concrete inhoudelijke bespreking en eventueel weerlegging van de concrete standpunten van eiseres ten aanzien van de terugverdientijd van de maatregel voor dit filiaal. Pas daarna zou verweerder kunnen concluderen of hij bevoegd was tot handhavend optreden. De enkele constatering dat een in de branche gangbare maatregel niet is geïmplementeerd is daartoe onvoldoende. De bevoegdheid van verweerder om in dit concrete geval over te gaan tot handhaving staat aldus onvoldoende vast. De besluitvorming is daarmee niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand gekomen, zodat sprake is van strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

13. De rechtbank ziet aanleiding om verweerder met toepassing van artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb, in de gelegenheid te stellen om, met inachtneming van deze uitspraak, het gebrek in de totstandkoming van de besluitvorming te herstellen. De rechtbank zal daartoe het vooronderzoek heropenen. Het herstel kan door middel van het aanvullen van de motivering van het bestreden besluit, dan wel door het nemen van een nieuw besluit op bezwaar, na of tegelijkertijd met intrekking van het nu bestreden besluit. Om het gebrek te herstellen dient verweerder alsnog in te gaan op de aangevoerde argumenten die betrekking hebben op de voor dit filiaal specifieke uitgevoerde berekeningen door TNO, en aan de hand daarvan en waar nodig middels nader onderzoek een eigen berekening van de terugverdientijd uit te voeren, om te kunnen beoordelen of wordt vastgehouden aan het standpunt dat de maatregel voor dit filiaal binnen vijf jaar is terug te verdienen. De rechtbank geeft verweerder in dat verband nog in overweging een onderzoek uit te (laten) voeren dat vergelijkbaar is met het onderzoek van CE Delft voor filialen van eiseres in Den Bosch, waarvan het rapport (Afdekken koelmeubelen Aldi Den Bosch, 2nd opinion op berekening terugverdientijd van februari 2014) door verweerder in het verweerschrift is aangehaald en vervolgens in deze procedure is overgelegd.

13.1. In het kader van een eventueel door verweerder uit te voeren nader onderzoek wijst de rechtbank, onder verwijzing naar het aan deze tussenuitspraak gehechte proces-verbaal van de zitting van 9 september 2014, nog op het volgende. Een dergelijk nader onderzoek zou in ieder geval in kunnen gaan op:

- hetgeen over het besparingspercentage van nachtafdekking is aangevoerd;
-

de berekening op basis van praktijkmetingen in de filialen die vallen onder verantwoordelijkheid van Aldi Drachten B.V.;

- de stelling dat, nu de koelmeubelen van fabrikant Carrier niet zijn opgenomen in de Euroventdatabase, deze database weliswaar werkbaar is als vertrekpunt voor de branche, maar in dit specifieke geval niet met gebruik van de gegevens uit die database kan worden volstaan;
- de argumenten die door eiseres zijn aangevoerd tegen het door verweerder gehanteerde besparingspercentage van 43% voor enkel glas;
- de berekeningen van eiseres van de daadwerkelijke kosten voor gas en elektriciteit.

De rechtbank voegt hier uitdrukkelijk aan toe dat de hiervoor gegeven opsomming niet limitatief is, maar alleen de belangrijkste geschilpunten tussen partijen over de wijze van berekening weergeeft. Verweerder zal echter op alle door eiseres aangevoerde argumenten moeten ingaan die betrekking hebben op de berekeningen voor dit specifieke filiaal.

De rechtbank merkt tot slot op dat tussen partijen niet in geschil is dat de rekenformule voor de terugverdientijd die in de uitspraken van de Afdeling wordt gehanteerd als uitgangspunt moet worden genomen, teneinde een goede vergelijking te kunnen maken tussen de verschillende berekeningen en uitkomsten.

13.2. Indien verweerder gebruik maakt van de gelegenheid de gebreken te herstellen en op basis van nader onderzoek concludeert dat hij in het onderhavige geval bevoegd was om handhavend op te treden, wordt toegekomen aan de vraag of verweerder, gelet op het winkelconcept van eiseres, in redelijkheid van die bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken en dus de maatregel aan eiseres heeft kunnen opleggen. De rechtbank komt eerst dan toe aan een beoordeling van de beroepsgronden van eiseres zoals weergegeven in rechtsoverweging 6.3 en 6.4.

13.3. De rechtbank bepaalt de termijn waarbinnen verweerder het gebrek kan herstellen op twaalf weken na verzending van deze tussenuitspraak. Als verweerder gebruik maakt van die gelegenheid, zal de rechtbank eiseres in de gelegenheid stellen binnen zes weken te reageren op de herstelpoging van verweerder.

13.4. Verweerder moet op grond van artikel 8:51b, eerste lid, van de Awb én om nodeloze vertraging te voorkomen zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen twee weken, mededelen aan de rechtbank of hij gebruik maakt van de gelegenheid het gebrek te herstellen. In beginsel, ook in de situatie dat verweerder de hersteltermijn ongebruikt laat verstrijken, zal de rechtbank zonder tweede zitting uitspraak doen op het beroep.

14. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan tot de einduitspraak op het beroep. Dat laatste betekent ook dat zij over de proceskosten en het griffierecht nu nog geen beslissing neemt. In dat kader verzoekt de rechtbank verweerder om (in zijn nadere besluitvorming, dan wel in de mededeling dat geen gebruik wordt gemaakt van de gelegenheid het gebrek te herstellen) een standpunt in te nemen over het verzoek van eiseres om verweerder te veroordelen in door TNO gefactureerde kosten die zijn gemaakt in de bezwaarfase en in de beroepsfase. Middels het formulier proceskosten heeft eiseres om vergoeding van deze kosten verzocht. Een kopie van het formulier en de onderliggende facturen van TNO worden als bijlage bij de tussenuitspraak gevoegd.

Beslissing

De rechtbank:

- heropent het vooronderzoek;

- stelt verweerder in de gelegenheid om binnen twaalf weken na verzending van deze tussenuitspraak het gebrek te herstellen met inachtneming van de overwegingen en aanwijzingen in deze tussenuitspraak;
- draagt verweerder op binnen twee weken de rechtbank mee te delen of hij gebruik maakt van deze gelegenheid om het gebrek te herstellen;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is gedaan door mr. P.H.A. Knol, voorzitter, en mr. A.W.C.M. van Emmerik en mr. B. de Vos, leden, in aanwezigheid van mr. J.M. Breimer, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 2 december 2014.

griffier

voorzitter

Rechtsmiddel

Tegen deze tussenuitspraak staat nog geen hoger beroep open. Tegen deze tussenuitspraak kan hoger beroep worden ingesteld tegelijkertijd met hoger beroep tegen de (eventuele) einduitspraak in deze zaak.

Afschrift verzonden op:

D: B

SB