

Geschillencommissie Biomassa

Bevindingen dd. 1 oktober 2020

Introductie

In het kader van het Energieakkoord voor duurzame groei hebben energiebedrijven en milieuorganisaties in maart 2015 een Convenant duurzaamheid biomassa (hierna: het Convenant) gesloten. Het Convenant voorziet o.a. in een geschillenregeling voor het geval een partij van mening is dat een of meer andere partijen te kort schieten in de naleving van de gemaakte afspraken. In geval van een geschil zijn partijen gehouden dat in eerste instantie voor te leggen aan een bemiddelingscommissie (Geschillencommissie Biomassa), alvorens het geschil eventueel aan de rechter voor te leggen. De bemiddelingsperiode is in het Convenant op maximaal drie maanden gesteld.

Samenstelling Geschillencommissie Biomassa

Op 13 januari 2020 vond een vergadering van de Geschillencommissie Biomassa (hierna: commissie) plaats. Conform de geschillenregeling is de commissie samengesteld uit drie personen. Een lid van deze commissie, prof.mr. N.S.J. Koeman, is aangewezen door de energiebedrijven. Een lid van de commissie is aangewezen door de milieuorganisaties, prof. mr. K.J. de Graaf. De voorzitter van de geschillencommissie, mr. F.W. Evers, is aangewezen door de voorzitter van de Borgingscommissie Energieakkoord. Het secretariaat van de commissie is gevoerd door dr. A. van der Vooren van de SER.

Aanpak

Aan de commissie is door partijen duidelijk gemaakt dat zij de commissie wensen in te schakelen ten aanzien van verschillende aspecten van de tussen partijen gemaakte afspraken. Op basis van het Convenant en in overleg met partijen, heeft de commissie op verzoek van partijen gekozen voor een aanpak die vervolgens aan partijen is gecommuniceerd. Deze bestond eruit dat de milieuorganisaties, aan de hand van een door hen geschreven document over het geschil, op 12 februari 2020 zijn gehoord door de commissie. Vervolgens zijn de energiebedrijven, nadat ook zij een *position paper* hadden overgelegd, op 21 april 2020 (via een videoverbinding) door de commissie gehoord. De schriftelijke stukken zijn steeds ook aan de andere partij toegestuurd. Na deze uitwisseling van standpunten tussen elk van de partijen en de commissie is onderhavig document vervaardigd als aanzet om op 17 juni 2020 in een bijeenkomst in aanwezigheid van beide partijen en de commissie gezamenlijk tot toekomstgerichte oplossingen te komen. Onderstaande tabel geeft globaal weer welke stukken in de periode februari tot juni 2020 zijn gewisseld.

2 februari 2020	Overzicht geschilpunten – visie milieuorganisaties, inclusief bijlagen
11 februari 2020	Afschrift van emailwisseling m.b.t. nadere afspraken tussen partijen
19 februari 2020	Aanvullende informatie Milieuorganisaties n.a.v. bijeenkomst op 12 februari
6 maart 2020	Mededeling van Energiebedrijven m.b.t. voortgang overleg tussen partijen over toetsingsprotocol en Convenant Stuurgroep, inclusief bijlagen
9 april 2020	<i>Position paper</i> Energiebedrijven, inclusief bijlagen
21 april 2020	Spreekantekeningen van Energiebedrijven voor bijeenkomst 21 april
30 april 2020	E-mail van Energiebedrijven m.b.t. praktische belang 100% verificatie

Voorafgaand aan de bijeenkomst van 17 juni 2020 zijn concept-bevindingen opgesteld door de commissie. Beide partijen hebben schriftelijk en mondeling gereageerd op de concept-bevindingen. Nadien heeft nader overleg plaatsgevonden tussen de voorzitter van de geschillencommissie en partijen en hebben partijen in diverse mails de noodzaak gevoeld om ingenomen standpunten te verduidelijken. De in het Convenant opgenomen bemiddelingsperiode is in het onderhavige geval langer geweest dan 3 maanden, maar de voortgang van het proces is steeds met instemming van partijen bewaakt.

Dit document (dd. 1 oktober 2020) bevat de bevindingen van de commissie ten aanzien van de geschilpunten die aan haar zijn voorgelegd. Voor zover de commissie daartoe aanleiding zag, zijn de concept-bevindingen dd. 2 juni 2020 in dit (definitieve) document aangepast gelet op de door partijen gemaakte opmerkingen naar aanleiding van het concept. Indien geen aanpassingen hebben plaats gevonden, betekent dat, dat de commissie, na bestudering van de gemaakte opmerkingen, van oordeel is dat er geen reden voor aanpassing of wijziging is.

De commissie beschrijft eerst de aard van het geschil aan de hand van een 7-tal geschilpunten, waarvoor de commissie dankbaar gebruik heeft gemaakt van het overzicht dat is overgelegd door de Energiebedrijven bij hun *position paper*. Vervolgens bespreekt de commissie achtereenvolgens haar bevindingen ten aanzien van de betreffende geschilpunten. Om tot haar oordeel te komen hanteert de commissie als uitgangspunt, zowel ten aanzien van de interpretatie van de gemaakte afspraken en de eventueel nadien overeengekomen aanpassingen als ten aanzien van de uitvoering van het Convenant, dat partijen zijn gebonden aan de betekenis die zij in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het Convenant mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Na haar bevindingen ten aanzien van deze geschilpunten geeft de commissie enkele suggesties met de bedoeling een aanzet te geven voor een voortzetting van de dialoog tussen partijen met de bedoeling het ontstaan van geschilpunten in de toekomst te voorkomen.

Aard van het geschil

Het Convenant stelt eisen waaraan biomassa moet voldoen om als brandstof te kunnen dienen voor de elektriciteitscentrales en kent bovendien een verplichting om aan te tonen dat aan de eisen is voldaan. Tussen partijen is op een aantal punten verschil van mening ontstaan over de vraag of het Convenant a) op de juiste wijze wordt nageleefd en b) op de juiste wijze wordt geïnterpreteerd. Het betreft - kort gesteld - de volgende punten van geschil.

- 1) De milieuorganisaties stellen dat de energiebedrijven het Convenant niet zijn nagekomen en wijze daarbij op onder meer de vijfde overweging van de Considerans van het Convenant, art. 1, vierde en vijfde lid, art. 3, art. 4, art. 6 jo. art. 1, derde lid, en Bijlage A bij het Convenant, onderdeel V.
- 2) De milieuorganisaties stellen dat de energiebedrijven zich in het kader van de naleving van het Convenant niet kunnen beroepen op de zogenoemde interim-regeling voor het gebruik van FSC- en PEFC-, SBP-, GGL- en Better Biomass-certificatieschema's, waarop de energiebedrijven zich in het kader van de subsidierelatie (tijdelijk) kunnen beroepen.
- 3) De energiebedrijven stellen dat aan de verplichtingen van het Convenant kan worden voldaan door gebruik te maken van (100%) verificatie, terwijl de milieuorganisaties

stellen dat gebruikmaking van verificatie slechts een aanvullende rol kan hebben (naast certificering).

- 4) De onderhandelingen over het vaststellen van een Toetsingsprotocol en het instellen van een Convenant Stuurgroep, zijn praktisch afgerond. Er bestaat echter tussen partijen een verschil van mening over de wenselijke rol van de BWDE-commissie en de Convenant Stuurgroep ten aanzien van de beslissing omtrent goedkeuring van een bepaalde certificeringssysteem op grond van het Toetsingsprotocol.
- 5) De milieuorganisaties stellen dat (de uitvoering van) het Convenant noopt tot het vaststellen van een specifiek verificatieprotocol voor de bovenwettelijke duurzaamheidseisen.
- 6) De milieuorganisaties willen overgaan tot het instellen van een Convenant Stuurgroep teneinde de uitvoering van het Convenant, specifiek met betrekking tot de goedkeuring van de door de toetsingscommissie beoordeelde certificatieschema's, verder te stroomlijnen.
- 7) Bij de milieuorganisaties leeft de gedachte dat het redelijk is als de energiebedrijven gehouden zouden zijn een substantiële financiële bijdrage te leveren aan de kosten (verband houdende met het biomassa-dossier) van de milieuorganisaties.

Bevindingen ten aanzien van Geschilpunt 1

Het door de milieuorganisaties onder geschilpunt 1 aangevoerde betreft in feite meerdere facetten van het standpunt dat de energiebedrijven nalaten het Convenant te goeder trouw uit te voeren. De commissie ziet in hoofdzaak drie verwijten.

Van bijgestookte biomassa wordt duurzaamheid niet steeds aangetoond (2016-2018)

De milieuorganisaties zijn weliswaar verklaard tegenstanders van het bijstoken van biomassa voor elektriciteitsproductie, maar hebben zich in 2013 gecommitteerd aan de uitvoering van het Energieakkoord voor Duurzame groei, waarin is afgesproken dat bij- en meestook van biomassa plaats zal kunnen vinden indien de biomassa voldoet aan strenge duurzaamheidseisen. Vervolgens zijn de milieuorganisaties en energiebedrijven in 2015 een Convenant overeengekomen waarin is beschreven wat die strenge eisen inhouden. Partijen hebben verklaard dat biomassa met het FSC certificaat wordt geacht aan de eisen te voldoen. Is er geen FSC certificaat, dan biedt het Convenant een alternatief op basis van gelijkwaardigheid. Partijen hebben afgesproken tot een toetsingsprotocol te komen, zodat toetsing van gelijkwaardigheid kan geschieden door een onafhankelijke derde op basis van hoor- en wederhoor; op die wijze kan de goede uitvoering van het Convenant worden aangetoond. Niet in geschil is dat een dergelijk protocol niet is vastgesteld en een dergelijke onafhankelijke derde (nog) niet werd aangesteld als het gaat om de bijstook in de jaren 2016, 2017, 2018 en 2019 (zie verder geschilpunt 4). Omdat de door de energiebedrijven bijgestookte biomassa niet steeds FSC was gecertificeerd, voldoen de energiebedrijven volgens de milieuorganisaties aldus niet aan de afspraken. Dat formele standpunt komt de commissie juist voor.

De energiebedrijven stellen daar tegenover dat de bijgestookte biomassa materieel voldoet aan de daaraan tussen partijen geldende (wettelijke en bovenwettelijke) duurzaamheidseisen,¹ dat dat ook genoegzaam blijkt uit de jaarlijkse rapportages en dat van de milieuorganisaties naar aanleiding van de rapportages niets is vernomen. Ondanks dat

¹ Voor het jaar 2016 stellen de energiebedrijven tevens dat de bijgestookte biomassa in dat jaar niet is gesubsidieerd en dat daarom het Convenant daarop niet van toepassing is.

naleving van het Convenant door de energiebedrijven op dit punt formeel niet volledig voldoet, kan naar het oordeel van de commissie niet worden geconcludeerd dat de energiebedrijven – gelet op de omstandigheden van het geval – niet in redelijkheid uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Voor deze constatering acht de commissie overigens relevant dat zij het als haar primaire taak ziet om partijen van advies te voorzien over een voorliggend geschil, daarvoor in het Convenant een bemiddelende rol toebedeeld heeft gekregen en die rol graag wil uitvoeren met het oog op de (toekomstige) correcte uitvoering van het Convenant.

Eenzijdig benoemen onafhankelijke derde (i.s.m. art. 6 Convenant) voor jaarlijkse rapportage
Voor de commissie staat vast dat er jaarlijks een rapportage is uitgebracht over de duurzaamheid van de in het voorgaande kalenderjaar bijgestookte biomassa. De rapportage moet ingevolge het Convenant jaarlijks in maart worden opgesteld door een onafhankelijke derde, benoemd door partijen gezamenlijk, teneinde aan te tonen dat wordt voldaan aan de duurzaamheidseisen (art. 1, derde lid, jo. art. 7 Convenant). Nu het proces van de gezamenlijke benoeming in het verleden niet tot overeenstemming heeft geleid en/of partijen niet voortvarend op elkaar hebben gereageerd, hebben de energiebedrijven – met het oog op de in het Convenant opgenomen deadlines voor de jaarlijkse rapportageverplichting – opdracht gegeven voor het samenstellen van de jaarlijkse rapportage(s) over 2016, 2017 en 2018 aan een rapporteur. Deze rapporteur is derhalve niet door partijen gezamenlijk benoemd. De commissie stelt vast dat het partijen niet is gelukt om op dit punt naar de letter van het Convenant te handelen. Dat het uitvoeringsproces en de verhouding tussen partijen er klaarblijkelijk toe heeft geleid dat de energiebedrijven zich genoodzaakt hebben gezien (eenzijdig) een rapporteur te benoemen, verdient uiteraard niet de schoonheidsprijs. Gelet op de omstandigheden en de opstelling van partijen over en weer, is de gang van zaken echter niet eenzijdig te wijten aan een tekortkoming in de uitvoering van het Convenant aan de zijde van de energiebedrijven. De commissie waardeert positief dat voor de rapportage over het jaar 2019 op dit punt (gezamenlijk) vooruitgang is geboekt.

Afgesproken ingroeipaden niet behaald

Tussen partijen lijkt helder dat de ingroeipaden voor het gebruik van FSC gecertificeerde biomassa afkomstig van kleine boseigenaren, zoals deze door partijen zijn overeengekomen in de artikelen 2, 3 en 4 van het Convenant, niet zijn behaald. In verband met deze ingroeipaden stelt artikel 2 dat partijen zich zullen *inspannen* om deze te behalen, artikel 3 *verplicht* partijen zich *in te zetten* om dat te doen en artikel 4 *verplicht* partijen er toe *al het mogelijke te doen* om te komen tot de in dat artikel genoemde minimum percentages. Naar het oordeel van de commissie is daarom met name aan de orde of de energiebedrijven zich in voldoende mate hebben gekweten van hun inspanningsverplichting en ook al het mogelijke hebben gedaan om toch ten minste het in art. 4 genoemde minimum percentage te behalen. De energiebedrijven wijzen daartoe op de activiteiten van de Stichting DBC, de NEN-jaarrapportage over 2018 en de daarbij behorende *mid-term*-evaluatie, maar tevens op hun beperkte invloed om kleine boseigenaren te bewegen de bosexploitatie te voorzien van een FSC certificering. De commissie stelt vast dat de ingroeipaden niet zijn behaald, maar merkt daarbij op dat de Stichting DBC zich op meerdere vlakken heeft ingespannen om kleine boseigenaren van informatie te voorzien en te benaderen voor deelname. Die inspanningen worden door de milieuorganisaties als te minimaal beschouwd en zij concluderen dat deze inspanningen onvoldoende vruchten lijken af te werpen. Hoewel de

commissie geneigd is die laatste conclusie te volgen, acht zij in het licht van de omstandigheden van het geval en de op beide partijen rustende verplichtingen niet aannemelijk gemaakt dat de energiebedrijven niet in redelijkheid uitvoering hebben gegeven aan de gemaakte afspraken. Daarbij oordeelt de commissie relevant dat de verplichtingen van partijen op grond van artikel 10 Convenant, waarin ook de milieuorganisaties zich er toe hebben verplicht om te participeren, nog onvoldoende invulling hebben gekregen. De conclusie op dit punt en de constatering ten aanzien van artikel 10 doen overigens niet af aan de blijvende inspanningsverplichting voor de energiebedrijven.

Ten aanzien van Geschilpunt 1

De commissie komt op grond van het bovenstaande tot de conclusie dat de uitvoering van het Convenant niet op alle punten volledig heeft voldaan aan de letterlijke tekst van het Convenant, maar zij meent niet dat de energiebedrijven, gelet op de omstandigheden van het geval, kan worden verweten in strijd met de redelijkheid te hebben gehandeld bij de uitvoering daarvan. Dat verbetering mogelijk is en het proces daartoe is ingezet, biedt perspectief voor de toekomst.

Bevindingen ten aanzien van de Geschilpunten 2 en 3

De geschilpunten 2 en 3 hebben beide betrekking op de tekst van het Convenant in relatie met andere en latere afspraken die zijn gemaakt over onderwerpen die in het Convenant aan de orde zijn. Enerzijds zou betoogd kunnen worden, dat de tekst van het Convenant beslissend is en dat hetgeen later is besproken of afgesproken van nul en generlei waarde is, anderzijds zou gesteld kunnen worden dat het Convenant slechts een startpositie weergeeft, maar dat daarop verschillende nadere afspraken zijn gevolgd die uiteindelijk de contractuele relatie tussen partijen weergeven. De commissie meent dat hier verschillende categorieën te onderscheiden zijn:

1. In de eerste plaats kan het gaan om nadere afspraken, die in het Convenant reeds voorzien zijn. Als voorbeeld noemt de commissie hetgeen partijen in het Convenant (in bijlage A) hebben afgesproken over het Toetsingsprotocol. Duidelijk is dat in het Convenant afspraken op hoofdlijnen zijn neergelegd, maar dat die gevolgd zouden worden door nadere afspraken, die dezelfde contractuele waarden zouden hebben als hetgeen in het Convenant zelf is bepaald.
2. In de tweede plaats kan het gaan om nadere afspraken, die partijen na het sluiten van het Convenant met elkaar gemaakt hebben en waarvan duidelijk is, dat partijen de bedoeling hadden dat die nadere afspraken naast of in plaats van het Convenant zouden gelden.
3. In de derde plaats kan het gaan om nadere afspraken, die partijen na het sluiten van het Convenant gezamenlijk met de overheid hebben gemaakt over onderwerpen die (ook) in het Convenant geregeld zijn, maar waarvan niet duidelijk is of partijen de bedoeling hebben gehad dat die nadere afspraken naast of in plaats van het Convenant zouden gelden.
4. In de vierde plaats kan het gaan om nadere afspraken, die ieder van partijen na het sluiten van het Convenant met de overheid of met een andere derde heeft gemaakt over onderwerpen die (ook) in het Convenant geregeld zijn.

Met betrekking tot de eerste twee categorieën geldt, dat zij de contractuele relatie tussen partijen bepalen. Voor de eerste categorie is dat het geval omdat er gehoudenheid bestaat tot het maken van nadere afspraken, voor de tweede categorie geldt dat gelet op de contractsvrijheid partijen de mogelijkheid hebben rechtsgeldig nadere afspraken te maken. Daarbij moet wel worden opgemerkt, dat art. 14 van het Convenant bepaalt, dat een wijziging van het Convenant of de daarbij behorende Bijlagen uitsluitend schriftelijk en ondertekend door alle Partijen kan worden overeengekomen. Art. 14 maakt duidelijk, dat partijen niet hebben beoogd al te gemakkelijk een wijziging van hun contractuele relatie tot stand te laten komen.

Voor de derde categorie geldt naar het oordeel van de commissie, dat nadere afspraken die partijen gezamenlijk met de overheid hebben gemaakt geen deel uitmaken van hun contractuele relatie, maar wel relevant kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of de redelijkheid en billijkheid zich niet verzetten tegen een beroep op andersluidende bepalingen uit het Convenant. Dat antwoord hangt mede af van de aard en de betekenis van die andersluidende bepaling en van de rol van die andersluidende bepaling bij de doelstelling van het Convenant.

Voor de vierde categorie geldt, dat de hier bedoelde nadere afspraken geen deel uitmaken van de contractuele relatie tussen partijen. Voor de vraag of die nadere afspraken relevant zijn voor hetgeen redelijkheid en billijkheid verlangen, zullen die afspraken in beginsel niet relevant zijn.

Alvorens toe te komen aan de geschilpunten 2 en 3 merkt de commissie nog het volgende op. Het Energieakkoord uit 2013, dat ten grondslag ligt aan het Convenant, heeft onder meer ten doel het “stimuleren van biomassa in kolencentrales”. Het Convenant heeft, mede gelet op de considerans, dezelfde hoofddoelstelling, maar verbindt die met duurzaamheidsvereisten. Een uitvoering te goeder trouw van het Convenant moet die dubbeldoelstelling dienen. Dat betekent dat van de milieuorganisaties, ondanks de fundamenteel verschillende visies op de bijstook van biomassa in kolencentrales, verwacht mag worden dat zij het Convenant zodanig uitvoeren, dat de stimulering van de inzet van biomassa gerealiseerd wordt, terwijl van de energiebedrijven verwacht mag worden dat zij de duurzaamheidsdoelstellingen in de praktijk door middel van certificatie en verificatie waarmaken.

Geschilpunt 2

Geschilpunt 2 betreft de vraag of de ontheffing of noodmaatregel (in de woorden van de milieuorganisaties) van de Minister van EZK dan wel de interim-regeling (in de woorden van de energiebedrijven) zoals die in 2017 tot stand is gekomen als een nadere afspraak tussen partijen te beschouwen is (categorie 2) dan wel van een nadere afspraak waarvan onduidelijk is of die bedoeld was naast of in plaats van het Convenant te gelden (categorie 3). De commissie zal die vraag voor zover het gaat om de wettelijke duurzaamheidseisen, niet beantwoorden, omdat zij meent dat partijen daar geen belang (meer) bij hebben. Het betreft immers een interim-regeling die voor de wettelijke duurzaamheidseisen zijn relevantie heeft verloren, omdat er inmiddels goedgekeurde certificatieschema's zijn. Partijen hebben echter wel belang bij een oordeel van de commissie, waar het gaat om de vraag of de interim-regeling na 2019 relevant is voor de bovenwettelijke duurzaamheidseisen. De commissie meent dat de interim-regeling voor de bovenwettelijke criteria niet is aan te merken als deel uit makend van de contractuele relatie tussen partijen. Het betreft hier dus een voorbeeld van categorie 3. Wel moet vervolgens de vraag worden

gesteld of de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat de milieuorganisaties zich beroepen op andersluidende bepalingen uit het Convenant. Die vraag beantwoordt de commissie bevestigend. In de situatie dat nog geen certificatieschema's voor de bovenwettelijke vereisten zijn goedgekeurd, kunnen de milieuorganisaties zich in redelijkheid niet op het standpunt stellen dat biomassa bij- en meestook (nog) niet kan plaatsvinden. Helder is dat de regelgever voor 2019 de normen van de interim-regeling als redelijk beschouwt. De commissie meent dat de milieuorganisaties zich voor het jaar 2019 (waarin geen certificatieschema's voor de bovenwettelijke vereisten zijn goedgekeurd) niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de normen van de interim-regeling geen toepassing mogen vinden tussen partijen.

Geschilpunt 3

Geschilpunt 3 betreft de vraag of certificering of verificatie binnen de afspraken tussen partijen onderling uitwisselbaar zijn. De milieuorganisaties menen dat certificering de voorkeur verdient en dat verificatie alleen bij wijze van uitzondering mogelijk is. De energiebedrijven menen dat tussen partijen in 2015/2016 een nadere afspraak is gemaakt – in afwijking van het Convenant – inhoudende dat de energiebedrijven de vrije keuze hebben tussen certificatie, verificatie of een combinatie van beide.

De commissie meent dat het dossier duidelijk maakt dat hier sprake is van nadere afspraken tussen partijen die bedoeld zijn in afwijking van het Convenant (categorie 2). Die nadere afspraken moeten dan tot stand zijn gekomen na de ondertekening van het Convenant in april 2015. Reeds daarom kan de verwijzing van de energiebedrijven naar het besprokene op 13 november 2014 – dus geruime tijd voor het sluiten en ondertekenen van het Convenant – niet slagen. Discussies van voor die datum moeten immers geacht worden te zijn verdisconteerd in het Convenant en kunnen niet als nadere afspraak in afwijking van het Convenant worden aangemerkt. De commissie meent dat die nadere afspraken het meest helder kunnen worden teruggevonden in de mailwisseling tussen Joris Thijssen en Roger Miesen zoals overgelegd als productie 47 door de energiebedrijven. In de notitie behorende bij de email van Roger Miesen van 30 januari 2019 wordt vermeld:

“Naar RWE meent is met het vorenstaande de borging van zowel de overeengekomen wettelijke als de bovenwettelijke duurzaamheidseisen voor het gebruik van biomassa geheel afgedekt overeenkomstig het bepaalde in het Convenant. Immers:

- (i) Er is een Toetsingsprotocol Certificatie op grond waarvan certificatieschema's zijn goedgekeurd die feitelijk alle of bijna alle duurzaamheidseisen dekken;
- (ii) Indien en voor zover er duurzaamheidseisen zijn die niet door een goedgekeurd certificatieschema worden gedekt, kan borging plaats vinden door middel van verificatie. Het Convenant biedt daarvoor ook ruimte; “

In zijn reactie van 22 februari 2019 op de e-mail van 30 jan. 2019 stelt Joris Thijssen:

“Terecht stel je in je email dat er ruimte is voor verificatie als bepaalde duurzaamheidscriteria niet kunnen worden aangetoond door middel van certificering. Dat is ook in lijn met de afspraak in het Convenant dat certificering de gewone gang van zaken is, maar dat verificatie in beeld komt voor individuele bedrijven om op die punten waar hun certificeringssysteem niet voldoet, zij in de praktijk wel voldoen of als certificering niet (goed) mogelijk is.”

Roger Miesen reageert vervolgens op 28 februari op de mail van 22 februari. In zijn mail stelt hij:

“De afspraak die wij hebben gemaakt is immers dat borging plaats vindt door middel van certificatie en (zo nodig) verificatie conform het Toetsingsprotocol Certificatie resp. Toetsingsprotocol Verificatie zoals deze door de Minister zijn goedgekeurd.”

Ten slotte is van belang de mail van Joris Thijssen van 19 maart 2019 in reactie op de mail van Miesen van 28 februari. Thijssen schrijft:

“De convenantspartijen hebben afgesproken dat de biomassa die wordt gebruikt om bij te stoken in de kolencentrales uit duurzaam beheerde bossen moet komen. Hiervoor zijn criteria opgesteld. De wettelijke criteria worden getoetst door de Rijksoverheid. Dat loopt en daar hebben we geen discussie over.

De bovenwettelijke criteria gelden ook voor de biomassa. Dit kan net als bij de wettelijke criteria op twee manieren worden aangetoond:

1. in beginsel middels certificering met behulp van getoetste en goedgekeurde certificeringsschema's;
2. Voor zover dat aantoonbaar en redelijkerwijs niet mogelijk is middels verificatie volgens een vastgesteld toetsingsprotocol.”

De commissie is van mening dat het gestelde in laatstgenoemde mail van Joris Thijssen kan gelden als een correcte weergave van de nadere afspraken die tussen partijen zijn gemaakt. Dat betekent dat er wel naderhand iets anders is afgesproken dan was vastgelegd in het Convenant (waarin immers voor duurzaam bosbeheer is bepaald dat certificering de enige methode is waarmee kan worden aangetoond dat aan de eisen is voldaan), maar dat die nadere afspraak niet zover gaat dat sprake is van een vrije uitwisselbaarheid van certificatie en verificatie. Er is sprake van een 'voorkeursvolgorde' zoals neergelegd in de mail van Thijssen van 19 maart 2019.

Partijen hebben zich ingespannen een nadere duiding te geven aan de inhoud van de voorkeursvolgorde. Met name over de vraag wanneer certificering “aantoonbaar en redelijkerwijs niet mogelijk is” verschillen de partijen van mening. Het is niet aan de commissie om daarover nu nadere duidelijkheid te geven. Veel contractuele bepalingen kennen 'open' termen en normen, die door partijen bij de uitvoering van de overeenkomst in redelijkheid en billijkheid uitgelegd en toegepast moeten worden. Dat geldt ook hier voor de nader gemaakte afspraak.

Om in de praktijk vorm te geven aan de bedoelde voorkeursvolgorde meent de commissie – bij wijze van suggestie – dat afgesproken zou kunnen worden dat de energiebedrijven aan de onafhankelijke partij als bedoeld in art. 6 van het Convenant inzicht zullen verschaffen in de toepassing van de voorkeursvolgorde door ieder afzonderlijk bedrijf. Dat betekent dat gemotiveerd dient te worden waarom in een concrete situatie aankoop van op perceelniveau (FSC of vergelijkbaar) gecertificeerd hout aantoonbaar en redelijkerwijs niet mogelijk was en dat de aldus gemotiveerde beslissing om biomassa aan te kopen voor bij- en meestook op het moment van aankoop aan het dossier ten behoeve van de jaarlijkse rapportage toe wordt gevoegd. In de jaarlijkse rapportage als bedoeld in art. 7 van het Convenant zou de onafhankelijke partij vervolgens een oordeel kunnen geven over de vraag of terecht van certificering van de aangekochte partij is afgezien. Een dergelijke optie zou direct kunnen aansluiten bij de reeds door bedrijven toegepaste vorm van preverificatie.

Uiteraard staat het partijen vrij om op een andere wijze afspraken te maken over de toepassing in de praktijk van de voorkeursvolgorde.

Bevindingen ten aanzien van de Geschilpunten 4 en 5

Partijen zijn met elkaar in overleg over een Toetsingsprotocol voor de toetsing van certificeringssystemen (specifiek voor de bovenwettelijke duurzaamheidseisen, inclusief BWDE-commissie) en de instelling van de zogenoemde Convenant Stuurgroep (Geschilpunt 4). Tevens wordt tussen partijen nog onderhandeld over (de noodzaak voor) een Verificatieprotocol, specifiek voor de bovenwettelijke duurzaamheidseisen (Geschilpunt 5).

Een belangrijk punt waarop partijen ten aanzien van Geschilpunt 4 nog van mening verschillen, betreft de respectievelijke rol van de BWDE-commissie en de Convenant Stuurgroep bij de toetsing op grond van het Toetsingsprotocol.

Ziet de commissie het goed, dan menen de milieuorganisaties dat de Convenant Stuurgroep, nadat de onafhankelijke BWDE-commissie heeft geoordeeld, het laatste woord moet hebben over goedkeuring van een bepaald certificeringsschema. Voorts willen de milieuorganisaties, mocht de Stuurgroep geen beslissing kunnen nemen, niet verplicht worden een bindend advies te vragen om dat geschil (finaal) op te lossen. De energiebedrijven zijn daarentegen primair van oordeel dat de (onafhankelijke, objectieve) BWDE-commissie moet beslissen omtrent goedkeuring. Secundair stellen zij dat, mocht uit de onderhandelingen volgen dat de Stuurgroep beslist omtrent goedkeuring, in die gevallen dat de Stuurgroep niet tot een beslissing kan komen, de geschillencommissie om een bindend advies moet worden gevraagd.

De commissie meent dat het, ook gelet op de afspraken in het Convenant, voor de hand ligt dat de BWDE-commissie op basis van het Toetsingsprotocol beslist omtrent goedkeuring. Partijen lijken in het Convenant te hebben vastgelegd dat een onafhankelijke, objectieve derde daarover beslist, na het doorlopen van een procedure met toepassing van hoor- en wederhoor. Partijen respecteren in beginsel die beslissing. Een geschil over die beslissing zal aan de geschillencommissie kunnen worden voorgelegd. Een dergelijke uitvoering van het Convenant biedt naar het oordeel van de commissie enerzijds de energiebedrijven voldoende finaliteit en aan de andere kant de milieuorganisaties de bij het Convenant afgesproken mogelijkheden van rechtsbescherming. Bovendien ademt deze wijze van uitvoering ook beter de sfeer van vertrouwen tussen partijen over en weer.

Een ander belangrijk punt dat partijen in hun overleg nog verdeeld houdt, is de totstandkoming van een Verificatieprotocol voor de bovenwettelijke duurzaamheidseisen: Geschilpunt 5. Het geschil over de rol van verificatie (kort gesteld: is verificatie slechts toegestaan aanvullend op een bestaand certificeringssysteem of is verificatie ook voor 100% van de eisen toegestaan?) is als geschilpunt besproken in het voorgaande (zie geschilpunt 3). In verband met geschilpunt 5 stellen de milieuorganisaties zich op het standpunt dat het door RVO in het kader van de SDE+ subsidie vastgestelde verificatieprotocol voor de wettelijke duurzaamheidseisen (versie januari 2020) niet volstaat, onder meer omdat het uitgaat van de mogelijkheid van 100% verificatie en omdat het impliciet en expliciet verwijst naar omstandigheden die zich in de situatie van de bijstook van biomassa die moet voldoen aan bovenwettelijke duurzaamheidseisen niet voordoen. De energiebedrijven beargumenteren dat uit het Convenant geen verplichting voortvloeit om een verificatieprotocol op te stellen, dat een specifiek protocol voor de bovenwettelijke eisen

naast dat van RVO voor de wettelijke eisen niet nodig is en dubbel werk oplevert en dat - in die gevallen waarin het verificatieprotocol van RVO onvoldoende is toegesneden op de situatie tussen partijen - de conformiteitsbeoordelingsinstanties (CBI's), en de bij de beoordeling door de CBI's geboden waarborgen, voldoende kunnen garanderen dat op objectieve wijze kan worden geverifieerd of de bijgestookte biomassa voldoet aan de tussen overeengekomen bovenwettelijke duurzaamheidseisen. Het verzoek aan de commissie van de milieuorganisaties is enige *guidance* te bieden voor de ontstane impasse tussen partijen. Partijen zijn in het Convenant overeengekomen (zie o.a. Bijlage A, onderdeel V Toetsingsprotocol) dat zij 'met elkaar spreken en vastleggen welke kwaliteitseisen zij verbinden aan het toepassen van verificatie voor duurzaamheidseisen voor het gebruik van biomassa waarvoor op dit moment nog geen certificeringssystemen aanwezig zijn'. Hieruit blijkt onder meer het oogmerk afspraken te maken over de verificatie van duurzaamheidseisen waarin certificering (nog) niet kan voorzien. Deze afspraken zijn niet gemaakt ten aanzien van de bovenwettelijke duurzaamheidseisen; vast staat immers dat het Verificatieprotocol van RVO daar in beginsel niet voor is geschreven. Op het standpunt van de energiebedrijven dat de waarborgen waarmee beoordelingen door CBI's zijn omkleed, voldoende garantie bieden voor een objectieve verificatie, hebben de milieuorganisaties nog niet inhoudelijk gereageerd. De commissie is van oordeel dat verdere onderhandelingen tussen partijen over dit geschilpunt (dat betekent: onafhankelijk van geschilpunt 3) tot een oplossing moet kunnen leiden.

Bevindingen ten aanzien van Geschilpunt 6

Voor wat betreft dit geschilpunt verwijst de commissie allereerst naar het gestelde met betrekking tot geschilpunt 4. De commissie meent dat het voor de hand ligt dat de BWDE-commissie beslist over de goedkeuring van een certificeringssysteem aan de hand van het Toetsingsprotocol. Dat betekent dat de commissie geen meerwaarde ziet in de instelling van de Convenant Stuurgroep. Als partijen toch willen komen tot een Convenant Stuurgroep meent de commissie, dat indien de voorzitter geen beslissende stem heeft, het risico van een patstelling groot is. Om dat te voorkomen moet een voorziening worden ingebouwd die verzekert dat binnen een redelijke tijd toch de knoop wordt doorgehakt. Daarvoor zijn verschillende varianten denkbaar. Een daarvan is, dat, indien de Convenant Stuurgroep er niet binnen een bepaalde tijd uitkomt, een bindend advies volgt, dat beide partijen dienen te respecteren. Een andere variant is, dat de Convenant Stuurgroep een zekere tijd, bijv. 1 maand, de gelegenheid krijgt de beslissing van de BWDE-commissie te vervangen door een gezamenlijk ander besluit, maar dat bij gebreke van een dergelijk gezamenlijk besluit binnen de gestelde termijn, het besluit van de Commissie als finaal geldt.

Bevindingen ten aanzien van Geschilpunt 7

Geschilpunt 7 betreft de vraag of de energiebedrijven gehouden zijn een substantiële financiële bijdrage te leveren aan de kosten (verband houdende met het biomassa-dossier) van de milieuorganisaties. De milieuorganisaties wijzen in dat verband op het feit dat de energiebedrijven de benodigde procedures aanzienlijk hebben gecompliceerd, waardoor de milieuorganisaties onevenredig veel tijd aan deze kwestie hebben moeten besteden. De milieuorganisaties wijzen in dat verband ook op het feit dat de energiebedrijven zeer aanzienlijke financiële voordelen genieten middels de SDE+ regeling. De milieuorganisaties stellen in dit verband ten slotte, dat het loslaten van de aanvankelijk overzichtelijke voorwaarde (biomassa zou FSC gecertificeerd zijn) door een meer complex stelsel extra kosten met zich meebrengt.

De energiebedrijven menen niet tot extra financiële bijdragen gehouden te zijn. Zij wijzen erop dat in het Convenant diverse financiële afspraken zijn gemaakt, die al met zich meebrengen dat de bedrijven belangrijke kosten dragen (kosten van de stichting DBC – tenminste 3 miljoen euro - en van de jaarlijkse onafhankelijke rapporteur. Voor wat betreft deze geschillenprocedure is in art. 15 van het Convenant afgesproken dat ieder van partijen de eigen kosten draagt.

De commissie meent dat het Convenant geen grond biedt voor de stelling dat de energiebedrijven een substantiële financiële bijdrage aan de milieuorganisaties zou moeten betalen. De financiële gevolgen van het Convenant zijn door partijen bij het sluiten in aanmerking genomen en hebben geleid tot een kostenverdeling, zoals die in het Convenant in diverse bepalingen is neergelegd. Partijen hebben in 2019 nadere afspraken gemaakt over de voorkeursvolgorde certificering - verificatie en over de inhoud van die nadere afspraken uitvoerig overlegd en gecorrespondeerd (zie ook geschilpunt 3). Daarbij is door de milieuorganisaties nimmer aan de orde gesteld dat die nadere afspraken zouden moeten leiden tot een financiële bijdrage van de bedrijven aan de milieuorganisaties. Daarom kan nu niet gesteld worden dat de redelijkheid tot een dergelijke bijdrage aanleiding zou geven.

Conclusie ten aanzien van de Geschilpunten 1 t/m 7

Met de onderhavige bevindingen hoopt de commissie meer duidelijkheid te hebben verschaft over de juridische beoordeling van de geschilpunten, die partijen verdeeld houden.

Suggesties voor een constructieve dialoog

De commissie meent er goed aan te doen melding te maken van een recent rapport² van het Planbureau voor de Leefomgeving over het gebruik van biomassa om de in Parijs afgesproken reductie van broeikasgassen waar te maken. Uit het onderliggende onafhankelijke rapport³ van De Gemeent en MSG Sustainable Strategies blijkt hoe zeer omstreden het onderwerp in grote delen van de wereld is. “Wat begon als een zoektocht naar feiten, werd tijdens de looptijd een zoektocht naar visies op biomassa”. Het behoeft dan ook geen verwondering te wekken dat verdedigers van die visies bij de uitvoering van beleid tegenover elkaar komen te staan en dat kleine verschillen snel tot echte conflicten kunnen leiden. Ook blijkt uit de uitwisseling en onderbouwing van de standpunten in de onderhavige geschillen dat bij eenmaal opgelopen conflicten de vertrouwensvraag relevant wordt, waardoor de vermeende afwezigheid van goede trouw een constructieve dialoog bemoeilijkt. Inschakeling van onafhankelijke personen blijkt noodzakelijk om zo mogelijk de weg naar overeenstemming te vinden.

Die ontwikkeling van verschillen van inzicht naar het stellen van vertrouwensvragen ligt kennelijk ook ten grondslag aan de concrete geschilpunten waarover de commissie zich heeft gebogen.

Suggesties samenhangend met de organisatie van de uitvoering van het Convenant

De vraag is of de vormen van samenwerking en beoordeling niet wat veel enerzijds en

² PBL (2020). Beschikbaarheid en toepassingsmogelijkheden van duurzame biomassa.

³ De Gemeent en MSG Sustainable Strategies (2020). Joint fact-finding biomassa – een zoektocht naar feiten in een verhitte discussie.

beperkt anderzijds zijn. Het instellen van weer een nieuw overleg, zonder kennelijk eindmandaat zou de kans op nieuwe geschillen waarschijnlijk niet verkleinen.

Het geheel van betrokken organisaties overziende kan de commissie zich voorstellen dat partijen een inhoudelijk gesprek voeren over de reikwijdte van de opdracht en de werkwijze van bijvoorbeeld de DBC en bij overeenstemming te streven naar een meer paritaire samenstelling van de DBC, waarbij de kosten van de inbreng van beide partijen door de DBC zullen worden gedragen. Immers het streven naar maximale certificering is voor beide partijen in confesso, een breed functionerende DBC zou daarvoor een nuttige bijdrage kunnen leveren. Belangrijk is dat de DBC een positief doel heeft en samenwerking op dit punt wellicht herstel van vertrouwen tussen partijen zou kunnen bevorderen.

De tekst van het voorstel voor een Convenant Stuurgroep (ontvangen op 6 maart 2020) leidt tot vragen ten aanzien van de rol van een onafhankelijk voorzitter, die (kennelijk) geen lid van de Stuurgroep is en bij verschil van mening in de Stuurgroep derhalve niet een doorslaggevende stem heeft. Indien partijen een Convenant Stuurgroep overeenkomen en de voorzitter heeft geen beslissende stem, is van belang dat op andere wijze patstellingen worden voorkomen. Dit kan door bindend advies of arbitrage, of door het in geval van een patstelling de beslissing van de BWDE commissie alsnog als definitief aan te merken. Deze suggestie heeft onder andere betrekking op geschilpunten 4 en 5.

Suggestie ten aanzien van financiering

De commissie sluit niet uit dat eventuele toekomstige nadere afspraken (bijvoorbeeld over verificatie), die ook de uitkomst zouden kunnen zijn van deze geschillenprocedure, tot gevolg hebben dat voor de toekomst sprake zou kunnen zijn van een financiële bijdrage van de bedrijven aan de milieuorganisaties, wellicht door tussenkomst van een gezamenlijke uitvoeringsorganisatie die de kosten van de uitvoering van het convenant draagt, inclusief die van de daarin opgenomen geschillenregeling.

Indien bijvoorbeeld partijen alsnog zouden afspreken dat sprake zal zijn van een vrije keuze tussen certificering en verificatie en aannemelijk is dat een dergelijk aangepast stelsel leidt tot extra kosten bij de milieuorganisaties, zou het denkbaar zijn dat partijen afspreken dat de energiebedrijven een financiële bijdrage leveren aan de milieuorganisaties ter dekking van die kosten. Deze suggestie heeft onder andere betrekking op geschilpunten 3 en 7.

Suggestie tot slot

Naast de hiervoor gemaakte suggesties voor een constructieve dialoog merkt de commissie ten slotte nog op, dat, indien partijen dat beide wensen de commissie bereid is een bemiddelende rol te spelen bij het zoeken naar afspraken over oplossingsrichtingen.

Den Haag, 1 oktober 2020

F.W. Evers (vz)
K.J. de Graaf
N.S.J. Koeman