

Memo van de gedeputeerde

M.J.G. Spierings

Gedep. Agrar. ontw., Energie en Bestuur

Onderwerp

Externe rapporten betreffende oprichting varkensbedrijf in Oirschot

Geachte Statenleden,

Op 29 oktober ontving u de twee adviezen die in opdracht van de provincie zijn opgesteld door professor Bastmeijer van de leerstoel Natuurbeschermings- en Waterrecht (Tilburg University) en door landsadvocaat Pels Rijcken, betreffende de oprichting van een varkensbedrijf aan de Logtsebaan 2 in Oirschot.

Zowel professor Bastmeijer, als ook Pels Rijcken hebben daar inmiddels een aanvulling op geschreven. Mede omdat we deze aanvullingen ook verzonden hebben naar de PAS-partners willen we u deze niet onthouden.

Met vriendelijke groet,

M.J.G. Spierings

Datum

7 november 2018

Documentnummer

C2235102/4436198

Aan

Provinciale Staten van
Noord-Brabant

Kopie aan

Van

Telefoon

(073) 681 25 80

Email

mspierings@brabant.nl

Bijlage(n)

2

*Vergunningverlening voor megastallen aan de
Logtsebaan 2 te Oirschot en het Natura 2000-regime*

Reactie op het advies van de landsadvocaat d.d. 17 september 2018

Prof. Kees Bastmeijer, Tilburg Universiteit
Tilburg, 27 oktober 2018

Op 16 september heb ik op verzoek van de Provincie Noord-Brabant een advies aangedragen over de relatie tussen de vergunningverlening voor de bouw van megastallen aan de Logtsebaan 2 in Oirschot en het (Europese) natuurbeschermingsrecht. De provincie heeft de landsadvocaat gevraagd om een second opinion uit te voeren, welk advies 17 september is aangeleverd. Met dit document reageer ik graag kort op de bevindingen van de landsadvocaat. Omdat ik niet op de hoogte was van het verzoek om een second opinion en dit advies pas op 26 oktober van de provincie mocht ontvangen, komt mijn reactie op dit advies pas nu (27 oktober). Ik hoop dat mijn reactie nog van nut is voor de discussies over dit dossier.

Vershil in vertrekpunt

- Het grote verschil tussen beide rapporten is dat ik primair ben uitgegaan van het Europese recht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU), terwijl het rapport van de landsadvocaat vooral is gebaseerd op de PAS-regelgeving, het rechtszekerheidsbeginsel en de jurisprudentie van de ABRvS. Kortweg zou kunnen worden gesteld dat het vertrekpunt van mijn rapport artikel 6 van de Habitatrichtlijn is, terwijl de landsadvocaat primair de erkenning van bestaande rechten en het rechtszekerheidsbeginsel als vertrekpunt neemt. Beide sporen horen natuurlijk geen onderlinge strijd te kennen of tot verschillende conclusies te leiden, maar dat is bij het huidige casus van De Logt juist wel het geval. Omdat bij strijdigheid het Europese recht prevaleert ben ik geenszins overtuigd van de nationaalrechtelijke redeneringen van de landsadvocaat. Het argument dat bestaande rechten erkenning krijgen in het nationale recht mag immers niet leiden tot het niet goed naleven van het Europese recht, waaronder het artikel 6 regime van de Habitatrichtlijn. Ik zal dit hieronder inhoudelijk toelichten waarbij ook aandacht wordt besteed aan het rechtszekerheidsbeginsel.

Papenburg-arrest HvJEU

- Er wordt in het advies van de landsadvocaat nagenoeg geen aandacht besteed aan de spanning tussen de Nederlandse recht-benadering (de benadering van de landsadvocaat) en het Europese recht. Wel noemt de landsadvocaat het Papenburgarrest van het HvJEU om de opvatting te ondersteunen dat bestaande (oude vergunde) rechten gerespecteerd moeten worden. Dit is echter niet door het Hof

uitgemaakt, niet in de Papenburg-zaak en naar mijn beste weten ook niet in andere uitspraken. Bij de Papenburg-zaak ging het om onderhoudswerkzaamheden aan een vaargeul die waren aangevangen vóór het van kracht worden van de Habitatrictlijn, waarbij de vraag aan de orde was of deze onderhoudswerkzaamheden ná het van kracht worden van de richtlijn wel of niet aan artikel 6(3) Habitatrictlijn getoetst moeten worden. Het HvJEU antwoordt (het betreft prejudiciële vragen) dat het in de casus gaat om een project dat in beginsel aan artikel 6(3) getoetst moeten worden. Dit is volgens het Hof slechts anders wanneer het gaat om één project omdat de “onderhoudswerkzaamheden, met name gelet op het feit dat zij telkens opnieuw moeten worden uitgevoerd, op de aard ervan of op de voorwaarden waaronder zij worden uitgevoerd, als één enkele verrichting kunnen worden beschouwd.” Deze situatie is bij De Logt om diverse redenen niet aan de orde. Er is in de onderhavige situatie sprake van een nieuwe aanvraag voor een omgevingsvergunning voor een afwijkend project ten opzichte van de eerder vergunde situatie, in welk kader een verklaring van geen bedenkingen is aangevraagd. Dat van een ‘project’ in de zin van artikel 6(3) sprake is staat daarmee niet ter discussie. Dit betekent dat op het moment van de beoordeling van de nieuwe vergunningaanvraag het artikel 6(3)-regime ten volle moet worden toegepast. De vraag of dan de eerder vergunde rechten als uitgangspunt genomen mogen worden wordt door het Hof niet bevestigend beantwoord. Op basis van de Hof-overwegingen ten aanzien van het rechtszekerheidsbeginsel kan eerder de tegenovergestelde conclusie worden getrokken (zie hierna).

Rechtszekerheidsbeginsel

- Het voorgaande betekent dat er op het moment van het beoordelen van de vraag of een art. 2.7(2) Wnb-vergunning of VVGB kan worden afgegeven geen redelijke wetenschappelijke twijfel mag bestaan over de vraag of het project significante effect kan veroorzaken. Ik het eerdere advies heb ik uitgelegd waarom die twijfel er bij de Logt wel is, en hierop kom ik hieronder nog kort terug in verband met argumenten die op dit onderwerp door de landsadvocaat naar voren zijn gebracht.
- Het rechtszekerheidsargument van de landsadvocaat mag niet aan een goede beoordeling op grond van artikel 6(3) in de weg staan. Het HvJEU maakt dit duidelijk in de jurisprudentie, nota bene in het arrest dat door de landsadvocaat wordt aangehaald. Na vastgesteld te hebben dat activiteiten die in het verleden zijn aangevangen wel afzonderlijke projecten kunnen zijn, stelt het Hof:

“44 Anders dan de Stadt Papenburg en de Commissie stellen, kunnen aan de beginselen van rechtszekerheid of van bescherming van het gewettigd vertrouwen geen argumenten worden ontleend om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde baggerwerkzaamheden in de vaargeul, hoewel daarvoor volgens nationaal recht definitief goedkeuring is verleend, niet als afzonderlijke en opeenvolgende projecten aan de in artikel 6, leden 3 en 4, van de habitatrictlijn voorziene procedure te onderwerpen.

45 Wat het rechtszekerheidsbeginsel betreft, dit verlangt in het bijzonder dat een regeling die nadelige gevolgen voor particulieren heeft, duidelijk en nauwkeurig is en dat de toepassing ervan voor de justitiabelen voorzienbaar is (arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, Jurispr. blz. I-4983, punt 80). Met betrekking tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie voldoet de habitatrichtlijn aan deze voorwaarden.”

- Zoals gezegd is de situatie bij de Logt een andere, maar het voorgaande betekent wel dat een eenmaal verleende vergunning voor een project de initiatiefnemer geen recht geeft om die activiteit altijd te blijven uitvoeren en te onttrekken aan een artikel 6(3)-beoordeling wanneer er sprake is van een nieuw project (bijvoorbeeld in geval van een wijzings- of uitbreidingsvergunning).
- Bovenstaande overwegingen van het Hof zijn eenvoudig te verklaren door vaste lijnen in de jurisprudentie van het HvJEU. Eén van deze lijnen is dat bij de uitleg van de Habitatrichtlijn moet worden uitgegaan van het voorzorgbeginsel. Een andere lijn is dat bij de uitleg en toepassing het realiseren van de doelstellingen van de Habitatrichtlijn leidend moeten zijn. Dit komt tot uiting door de volgende overweging die veelvuldig in de HvJEU-jurisprudentie (waaronder ook de Papenburg-uitspraak) wordt gehanteerd: “Verder zou de verwezenlijking van het met de habitatrichtlijn nagestreefde doel van instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna mogelijkserwijs niet volledig kunnen worden gewaarborgd.”

Artikel 2.4(5) Regeling natuurbescherming

- Artikel 2.4(5) van de Regeling natuurbescherming (bij beoordeling van een wijzigings- of uitbreidingsvergunning uitgaan van het verschil met de eerder vergunde rechten) is met het gestelde door het Hof niet zonder meer in strijd wanneer de oude rechten in het Aerius systeem zijn verwerkt. Dit is echter in de onderhavige situatie niet het geval. Zoals in het advies uitgelegd en door de landsadvocaat wordt bevestigd, is dit pas het geval wanneer oude vergunningen daadwerkelijk in gebruik zijn genomen en hiervan was en is bij De Logt geen sprake. Dit is door de PAS-regeling niet voorzien en is een onvolkomenheid in de PAS-regeling, waardoor een beroep op dit artikel in de onderhavige situatie niet opgaat.
- Dit gebrek kan niet worden opgevangen door de 2.5% economische groei-buffer. Los van de vraag of deze buffer groot genoeg is om de extra depositie door het in gebruik nemen van (deels) niet gebruikte oude vergunningen op te vangen, moet de beoordeling van significantie op gebiedsniveau (en zelfs delen van het gebied) worden uitgevoerd. Vooral nu in Noord-Brabant al veel ontwikkelruimte is uitgegeven kan niet worden gesteld dat redelijke wetenschappelijke twijfel over mogelijke significante gevolgen ontbreekt bij het toestaan van bijna 7 mol/ha/j stikstofdepositie die niet in het Aerius-systeem zijn meegenomen. Dit is vooral zo nu natuurherstelmaatregelen achter lopen en de natuur in de Kampina er slechter voor staat dan voorzien. Verwezen wordt naar mijn eerdere advies.
- De opmerking van de landsadvocaat dat na gebruik van de vergunning de belasting alsnog in Aerius wordt opgenomen (reeds besproken in het oorspronkelijke advies)

doet hieraan niets af omdat Europese rechtspraak helder maakt dat op het moment van de beoordeling geen wetenschappelijke twijfel mag bestaan. Zoals hierboven aangegeven is dit geenszins verzekerd. Hierbij speelt een rol dat door het niet meenemen van de bijna 7 mol oude rechten bij andere beoordelingen rond de Kampina van een te gunstige situatie is uitgegaan.

Artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn

- Wanneer de provincie de lijn van de landsadvocaat zou gaan volgen moet – behalve op de bovengenoemde bezwaren – nog gewezen worden op artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn en de relatie tot het intrekken van de Wet natuurbeschermingsvergunning. Wanneer volgehouden zou worden dat bij de vergunning/VVGB uitgegaan mocht worden van de oude vergunde rechten, ontstaat een situatie waarin op het moment van ingebruikname van de megastallen een grote depositie wordt veroorzaakt die niet in het Aerius systeem zijn meegenomen. Daardoor is bij het beoordelen van andere vergunningen ook niet met deze depositie rekening gehouden. Gezien de ecologische toestand van de Natura 2000-waarden van de Kampina is in een dergelijke situatie niet uitgesloten dat deze depositie – rekening houdend met cumulatie - moet worden aangemerkt als significant storende effecten in de zin van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn. Verdedigbaar is dat in dat geval de vergunning voor de megastallen alsnog moet worden ingetrokken op grond van artikel 5.4(2) van de Wet natuurbescherming (“Een vergunning als bedoeld in artikel 2.7, tweede lid, wordt in elk geval ingetrokken of gewijzigd indien dat nodig is ter uitvoering van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn.”) Hierbij speelt een rol dat het HvJEU heeft uitgemaakt dat ook bij artikel 6, lid 2, moet worden uitgegaan van het voorzorgbeginsel en dat dit artikellid een zelfde beschermingsniveau beoogt na te streven als artikel 6, lid 3.

Concluderend (een andere volgorde van de argumenten aanhoudend):

- Het advies van de landsadvocaat gaat uit van het gestelde in artikel 2.4(5) van de Regeling natuurbescherming en de jurisprudentie van de ABRvS inzake het respecteren van oude vergunde rechten bij het beoordelen van een wijzigings- of uitbreidingsvergunning. Dit is om de volgende redenen juridisch onjuist:
- deze regeling maakt onderdeel uit van de gehele PAS-regeling en is gebaseerd op het uitgangspunt dat stikstofdeposities die verband houden met oude vergunde rechten door gebruikmaking van die rechten onderdeel zijn gaan vormen van het Aerius systeem. Dit is echter niet het geval bij oude vergunde rechten die nimmer zijn gebruikt. Daarmee klopt de aanname dat significantie kan worden uitgesloten wanneer bij de beoordeling van een wijzigings- of uitbreidingsvergunning wordt uitgegaan van oude rechten niet. Bij de beoordeling van de nieuwe vergunning (het afgeven van de VVGB) had derhalve niet van het verschil tussen de oude en nieuwe depositie mogen worden uitgegaan maar van de totale depositie van de nieuw vergunde situatie.
- het betreft hier een onvoorzien probleem in de PAS-regeling, welk probleem niet kan worden rechtgetrokken door buffers in het gehele PAS-systeem.

Significantiebeoordeling moet immers op gebiedsniveau geschieden en de niet voorziene depositie van bijna 7 mol van de onderhavige megastallen (bij ingebruikname) zijn te groot om redelijke wetenschappelijke twijfel over significantie bij voorbaat uit te sluiten, zeker gezien de mate waarin ontwikkelruimte is uitgegeven en de ongunstige ecologische situatie in het gebied.

- Het vertrouwensbeginsel doet aan het voorgaande niets af. Hoewel dit een belangrijk juridisch beginsel is, kan het niet de goede toepassing van het Europese natuurbeschermingsrecht in de weg staan. Het HvJEU heeft juist dit duidelijk gemaakt in de door de landsadvocaat aangehaalde Papenburg-zaak.
- Wanneer de provincie de lijn van de landsadvocaat zou gaan volgen moet – behalve op de bovengenoemde bezwaren – nog gewezen worden op artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn. Er ontstaat dan een situatie waarin op het moment van ingebruikname van de megastallen een grote depositie wordt veroorzaakt die niet in het Aerius systeem zijn meegenomen. Daardoor is bij het beoordelen van andere vergunningen ook niet met deze depositie rekening gehouden. Verdedigbaar is dat in dat geval de vergunning voor de megastallen alsnog moet worden ingetrokken op grond van artikel 5.4(2) van de Wet natuurbescherming.

Per e-mail

Provincie Noord-Brabant
Mevrouw ing. B.W.C.J. Biemans
Postbus 90151
5200 MC DEN BOSCH

onze ref. HB/FM/11009797
uw ref. -
inzake Provincie Noord-Brabant; advies
Natuurbescherming

H.J.M. Besselink
advocaat
t (070) 515 38 92
f (070) 515 30 95
hjm.besselink@pelsrijcken.nl

29 oktober 2018

Geachte mevrouw Biemans,

Op 17 september jl. heb ik op uw verzoek een reactie gegeven op een advies van prof. Kees Bastmeijer over vergunningverlening voor een veehouderij aan de Logtsebaan te Oirschot.

Op 27 oktober jl. heeft prof. Bastmeijer gereageerd op mijn reactie. U heeft mij deze voorgelegd.

Het voert te ver om thans weer op alle opmerkingen in te gaan. Ik volsta met de vaststelling – die prof. Bastmeijer overigens ook maakt – dat het grote verschil tussen beide uitgangspunten is dat prof. Bastmeijer primair is uitgegaan van Europees recht, en ik primair van het Nederlands recht. Dat laatste is wat mij betreft ook logisch; gedeputeerde staten moeten immers Nederlandse regels toepassen, tenzij deze door de rechter onverbindend zijn verklaard of buiten toepassing zijn gelaten, of anderszins is gebleken dat deze in strijd zijn met Europese regels.

Dat laatste is in dit geval niet gebleken.

Met name het door mij gehanteerde uitgangspunt dat een onherroepelijke vergunning – waarin een toetsing aan de natuurlijke kenmerken van Natura 2000 heeft plaatsgevonden – de vergunninghouder het recht geeft die activiteit uit te voeren, is niet alleen een nationaalrechtelijk uitgangspunt, maar ook Europeesrechtelijk uitgangspunt. In het door prof. Bastmeijer genoemde Papenburg-arrest nam het Hof

dat ook als uitgangspunt, zij het dat in dat specifieke geval in discussie was of het wel nog steeds om hetzelfde project ging, omdat de activiteit daar periodiek werd herhaald.

Dat is in dit geval niet aan de orde, zij het dat vergunninghouder niet het oorspronkelijk vergunde project wil realiseren, maar dat gewijzigd wil uitvoeren. Buiten discussie is dat die *wijziging* een nieuw project is, waarvoor ook een habitattoets moet worden uitgevoerd. Door gedeputeerde staten is vastgesteld dat die wijziging in dit geval slechts een zeer beperkte extra depositie veroorzaakt (0,04 mol/ha/jr.) en dat daarvoor op grond van de nationaalrechtelijke PAS-regeling geen ontwikkelingsruimte nodig is.

De stelling van prof. Bastmeijer dat de eerder vergunde 7 mol/ha/jr. niet in AERIUS zou zijn meegenomen, is daarbij overigens niet juist. Weliswaar is die depositie niet in de achtergronddepositie meegenomen – de stallen zijn immers nog niet gerealiseerd – maar zoals in mijn brief van 17 september 2018 is aangegeven, is de nog onbenutte emissieruimte van bestaande natuurbeschermingswetvergunningen opgenomen in de in AERIUS voorziene depositieruimte voor autonome ontwikkelingen, omdat deze valt binnen de daarin meegenomen 2,5% economische groei.

Omdat de wijziging van depositie ten opzichte van de eerder verleende vergunning beperkt blijft tot 0,04 mol/ha/jr. en die extra depositie onder de grenswaarde blijft, was er voor gedeputeerde staten dus geen mogelijkheid om de verklaring van geen bedenkingen voor deze geringe wijziging van het project te weigeren. Weliswaar is de PAS-regeling (en dus ook de grenswaarde van 0,05 mol/ha/jr.) op dit moment nog in discussie, maar vooralsnog heeft de Raad van State geen aanleiding gezien om die grenswaarde in strijd te achten met Europees recht. Het is duidelijk dat prof. Bastmeijer daar anders over denkt, maar gezien de tot op heden verschenen uitspraken van de Raad van State was er voor gedeputeerde staten geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat het conform de Wet natuurbescherming afgeven van een verklaring van geen bedenkingen voor de wijziging van deze veehouderij in strijd is met de Habitatrichtlijn.

Vooralsnog volsta ik met deze opmerkingen. Tot een nadere toelichting vindt u mij vanzelfsprekend graag bereid.

Met vriendelijke groet,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.