

## Memo

Aan Gemeenteraad van Ermelo (t.a.v. 5.1.2e)

Van 5.1.2e 5.1.2e (advocaten)

Datum 1 februari 2023

Inzake Gemeente Ermelo - second opinion

Betreft Second opinion mer-(beoordelings)plicht Tomassen Duck-To B.V.

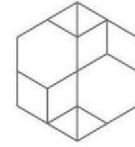
---

### I. Inleiding tevens conclusie

1. Op 21 december 2022 heeft uw raad een motie aangenomen met als onderwerp "Second opinion MER-(beoordelings)plichtig Tomassen". In de motie wordt aangegeven dat er onduidelijkheid bestaat of Tomassen Duck-To B.V. (hierna: '**Tomassen**') al dan niet een project-mer-(beoordelings)plichtige activiteit betreft. In de motie worden concreet de volgende twee vragen gesteld:
  - i. Is Tomassen MER-(beoordelings)plichtig?
  - ii. Als het vergunde productievolume kleiner is dan de MER-(beoordelings)plichtige grens, is dan een bedrijf niet meer MER-(beoordelings)plichtig?
2. In de motie wordt voor de achtergrond verwezen naar de (bijgevoegde) toelichting "Is Tomassen MER-(beoordelings)plichtig?" (hierna spreek ik over '**de toelichting**'). In de toelichting wordt het volgende aangegeven:
  - o de productiecapaciteit van Tomassen is 25.168 ton vlees per jaar. Dit wordt afgeleid uit door Tomassen aangeleverde informatie;
  - o het productievolume bedraagt 22.000 ton vlees per jaar uitgaande van de door Tomassen aangevraagde omgevingsvergunning. Het werkelijke productievolume moet kleiner of gelijk zijn aan de aangevraagde maximale productievolume;
  - o omdat de installatie van Tomassen op vijf punten wordt aangepast, is sprake van een wijziging en uitbreiding van de installatie.
3. In dit memo concludeer ik, uitgaande van juistheid van de hiervoor verwoorde informatie uit de toelichting, samengevat het volgende:
  - a. op basis van jurisprudentie is niet uit te sluiten dat de aangevraagde omgevingsvergunning betrekking heeft op de wijziging/uitbreiding van de installatie van Tomassen als bedoeld in kolom 1 van onderdeel D-39.1 van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (hierna spreek ik kortheidshalve van '**D-39.1**');
  - b. daarvan uitgaande, bestaat er voor de aangevraagde omgevingsvergunning een mer-beoordelingsplicht. Als de drempelwaarde in kolom 2 niet wordt overschreden, omdat de installatie van Tomassen ziet op een productiecapaciteit van minder dan 25.000 ton vlees per jaar, geldt er een informele mer-beoordelingsplicht. Wordt de drempelwaarde wel overschreden, dan geldt er een formele mer-beoordelingsplicht;<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Op grond van het huidige bestemmingsplan "De Driehoek 2016" rust er op de gronden van Tomassen een bedrijfsbestemming met de functieaanduiding "Specifieke vorm van bedrijf – pluimveeslachterij". Op grond van artikel 4.1



- c. op basis van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: '**Afdeling**') is het meest verdedigbaar dat bij de vraag of de drempelwaarde in kolom 2 van D-39.1 wordt overschreden, wordt uitgegaan van de technische maximale capaciteit van de installatie van Tomassen. En dus niet van het (lagere) maximale productievolume zoals dat uit de aanvraag van Tomassen blijkt;
- d. vorenstaande brengt met zich dat, uitgaande van de juistheid van de in de toelichting gegeven informatie en dat dus de drempelwaarde van 25.000 ton vlees per jaar wordt overschreden, voor Tomassen een formele mer-beoordelingsplicht geldt.

## II. Wettelijk kader; project-mer-beoordelingsplicht slachterijen

4. In kolom 1 van onderdeel C en D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (hierna: '**Besluit mer**') zijn de activiteiten aangewezen die (project-)mer-(beoordelings)plichtig zijn in de gevallen als genoemd in kolom 2. Activiteiten die zijn genoemd in onderdeel C zijn direct (project-)mer-plichtig indien de drempelwaarde als genoemd in kolom 2 wordt overschreden. Voor de activiteiten genoemd in onderdeel D is sprake van een (project-)mer-beoordelingsplicht. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de formele en de informele project-mer-beoordelingsplicht. Wordt de drempelwaarde in kolom 2 overschreden, dan geldt de formele project-mer-beoordelingsplicht. Wordt onder de drempelwaarde gebleven, dan geldt er een informele project-mer-beoordelingsplicht.<sup>2</sup>
5. Inhoudelijk zijn er geen verschillen tussen beide typen project-mer-beoordelingen. In beide beoordelingen zal aan de hand van bepaalde criteria moeten worden beoordeeld of de activiteit belangrijke nadelige milieugevolgen kan hebben. Bij een bevestigend oordeel zal er een (project-)MER moeten worden gemaakt. In alle andere gevallen niet. Ook procedureel is er nauwelijks verschil. Het enige verschil is dat bij een project-mer-beoordeling voor gevallen beneden de drempelwaarde, het bevoegd gezag geen mededeling hoeft te doen van zijn beslissing omtrent de vraag of een MER gemaakt moet worden door een kennisgeving of terinzagelegging.<sup>3</sup>

Tot 7 juli 2017 waren er zowel inhoudelijk als procedureel wel grote verschillen tussen de informele en de formele project-mer-beoordeling. Door een op die datum in werking getreden wijziging van (art. 5 van) het Besluit mer is dat onderscheid nagenoeg volledig vervallen.<sup>4</sup> In de Omgevingswet (en het Omgevingsbesluit) wordt dat onderscheid volledig losgelaten. Voor de meeste van de thans in onderdeel D van de bijlage bij het Besluit mer opgenomen activiteiten gelden in het verlengde daarvan geen drempelwaarden meer. Dat geldt ook voor slachterijen.<sup>5</sup>

6. De (project-)mer-(beoordelings)plicht geldt voor de besluiten die zijn genoemd in kolom 4 van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit mer. Veelal zijn als (project-)mer-(beoordelings)plichtige besluiten aangewezen de besluiten waarop afd. 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht ('**Awb**') en een of meer artikelen van afdeling 13.2 van de wet (lees: Wm) van toepassing zijn. Het gaat daarbij onder meer om de omgevingsvergunning voor de activiteiten afwijken bestemmingsplan (artikel 2 lid 1 onder c jo. artikel 2.12 lid 1 aanhef en

---

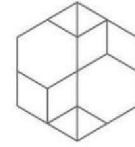
sub b van de planregels is op die gronden een pluimveeslachterij toegestaan. In artikel 4.4.1 sub a onder 4 van de planregels is als met de bedrijfsbestemming strijdig gebruik aangemerkt het gebruik van gronden en bouwwerken ten behoeve van "inrichtingen die zijn genoemd in bijlage C en D van het Besluit m.e.r.". Vermoedelijk is met deze bepaling beoogd om activiteiten die op grond van de bijlage bij het Besluit mer ten tijde van planvaststelling moesten worden onderworpen aan een formele project-mer-beoordelingsplicht uit te sluiten. De gekozen formulering ziet echter op alle inrichtingen, derhalve ook op die waarvoor de drempelwaarde van kolom 2 niet wordt overschreden.

<sup>2</sup> Dit volgt uit art. 2 lid 5 Besluit mer.

<sup>3</sup> Als bedoeld in art. 7.17 lid 5 Wet milieubeheer ('Wm') of art. 7.19 lid 4 Wm

<sup>4</sup> Zie het Besluit van 21 april 2017 tot wijziging van het Besluit milieueffectrapportage in verband met de implementatie van de herziening bij de mer-richtlijn, de uitvoering van het tweede amendement van het Verdrag van Espoo en het herstellen van enkele implementatiegebreken (*Stb.* 2017, 175).

<sup>5</sup> Zie onderdeel G9 van bijlage V bij het Omgevingsbesluit.



onder a sub 3 van de Wet Algemene bepalingen Omgevingsrecht ('Wabo')) en milieu (artikel 2 lid 1 onder e onder 2 van de Wabo).

7. In kolom 1 van D-39.1 wordt als project-mer-beoordelingsplichtige activiteit aangemerkt "*de oprichting, wijziging of uitbreiding van een installatie bestemd voor het slachten van dieren*". Uit kolom 2 volgt dat er een formele project-mer-beoordelingsplicht bestaat wanneer de activiteit betrekking heeft op een productiecapaciteit van 25.000 ton vlees per jaar of meer. Voor een onder deze drempel blijvende activiteit bestaat derhalve een informele project-mer-beoordelingsplicht.

### III. Wijziging en/of uitbreiding bestaande installatie

8. U hebt in de toelichting aangegeven dat de installatie van Tomassen in de aangevraagde vergunning zodanig wordt aangepast dat er sprake is van een wijziging en uitbreiding in de zin van kolom 1 van D-39.1.
9. Hoewel buiten de onderzoeksvraag vallende, wijs ik erop dat niet iedere vergunningaanvraag om een fysieke wijziging of uitbreiding moet worden gezien als een wijziging of uitbreiding in de zin van het Besluit mer. Zo heeft de Afdeling geoordeeld dat een herziening van een bestemmingsplan waarmee de maximale bouwhoogte van de bouwwerken op een bestaand industrieterrein van 130 hectare in beperkte mate wordt verhoogd en waarmee (door middel van een afwijkingsprocedure) wordt toegestaan om het bebouwingspercentage van bedrijfskavels te vergroten, niet ziet op een wijziging of uitbreiding van een industrieterrein als bedoeld in (onderdeel D-11.3 van de bijlage bij) het Besluit mer. De Afdeling oordeelde dat deze verruimingen zodanig ondergeschikt waren dat de opzet en vormgeving van het industrieterrein nauwelijks zouden wijzigen.<sup>6</sup> Daarentegen is de verhoging van bestaande grote hoogspanningsmasten wel een wijziging in de zin van (onderdeel C-24 of D-24.1 van de bijlage bij) het Besluit mer.<sup>7</sup>
10. Omdat er bij de installatie van Tomassen sprake zal zijn van fysieke ingrepen aan of om de installatie (plaatsen van een bloed- en sliptank, verenlaadplaats, etc.), is op basis van de jurisprudentie niet uit te sluiten dat dit naar zijn aard moet worden begrepen als een wijziging/uitbreiding van een slachterij als bedoeld in D-39.1.<sup>8</sup>

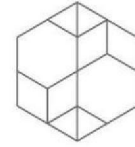
### IV. Toetsing mer-regelgeving slachterij: aangevraagde/vergunde capaciteit of (hogere) technische capaciteit bepalend?

11. Bij het bepalen van de mer-(beoordelings)plicht van een installatie, waarvoor de drempel in kolom 2 van de betreffende activiteiten categorie is verbonden aan een capaciteitsmaat, zoals in D-39.1, rijst daarnaast de vraag of naar de aangevraagde (en vergunde) capaciteit moet worden gekeken of naar de eventueel daarvan afwijkende maximale capaciteit die technisch mogelijk is.
12. In de Nota van Toelichting ('NvT') bij het Besluit mer wordt opgemerkt dat bij het bepalen van de capaciteit van een installatie de ontwerpcapaciteit als uitgangspunt moet worden

<sup>6</sup> ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1467 (r.o. 5.3).

<sup>7</sup> ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1702 (r.o. 6.5).

<sup>8</sup> De rechtbank Oost-Brabant acht sprake van een wijziging in het Besluit mer als de wijziging van een installatie voldoende substantieel is. In dat verband kent de rechtbank betekenis toe aan de vraag of de vergunningaanvraag al dan niet via afdeling 3.4 Awb verloopt. Zie Rb. Oost-Brabant 18 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:535 (r.o. 4.5). De door Tomassen aangevraagde vergunning voor onder meer de activiteit milieu doorloopt de procedure van afdeling 3.4 Awb hetgeen in de ogen van de rechtbank Oost-Brabant een belangrijke aanwijzing is dat er sprake is van een substantiële wijziging.



genomen.<sup>9</sup> Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat de ontwerpcapaciteit bepalend is voor de mogelijk op te treden milieugevolgen en deze doorgaans overeenkomt met de capaciteit die is aangevraagd, inclusief de voorzienbare ontwikkelingen. De NvT laat wel ruimte om in bijzondere omstandigheden van dit uitgangspunt af te wijken. Dat is zo in situaties waarin de ontwerpcapaciteit geen “reële maatstaf” is. Wanneer daarvan sprake is, wordt niet duidelijk.

13. Dat ook de binnen afzienbare tijd voorziene ontwikkelingen meegenomen moeten worden bij het bepalen van de capaciteit van de installatie (het voorzienbaarheids criterium), volgt tevens uit de definitie van capaciteit ingevolge onderdeel A van de bijlage bij het Besluit mer. Daarin wordt capaciteit als volgt gedefinieerd: “een redelijkerwijs binnen afzienbare tijd voorzienbare uitbreiding van de capaciteit”. Met deze begripsbepaling wordt beoogd te voorkomen dat eerst een vergunning wordt aangevraagd voor een installatie die onder de drempelwaarde blijft, zodat de project-mer-(beoordelings)plicht wordt ontlopen, terwijl al duidelijk is dat binnen afzienbare tijd een vergunning wordt aangevraagd waarmee de capaciteit boven de drempelwaarde uit zal komen.
14. Uit jurisprudentie van de Afdeling volgt dat bij de toetsing of de (productie)capaciteit wordt overschreden, moet worden uitgegaan van de capaciteit die met de installatie maximaal kan worden gerealiseerd. Meer specifiek overweegt de Afdeling in deze uitspraken als volgt:

*“Bij beantwoording van de vraag of voor hetgeen is aangevraagd een wettelijke plicht bestaat tot het maken van een milieueffectbeoordeling, moet worden uitgegaan van de capaciteit die met de installatie maximaal kan worden gerealiseerd, uitgaande van de technische mogelijkheden en beperkingen van de installatie, zoals die uit de aanvraag volgen”.*<sup>10</sup>

15. In een uitspraak van 29 oktober 2003 wordt expliciet overwogen dat het gegeven dat de installatie (vanwege rendementsoverwegingen) niet meer dan 93 ton per dag zal gaan bewerken, niet afdoet aan het feit dat bij het bepalen van de project-mer-(beoordelings)plicht uitgegaan moet worden van de (hogere) maximale capaciteit van de installatie.<sup>11</sup>
16. In een uitspraak van 10 november 2010 is de situatie aan de orde dat door de initiatiefnemer een installatie was aangevraagd waarmee maximaal 36.000 ton producten per jaar zou worden verwerkt. De drempel in kolom 2 van de desbetreffende activiteitscategorie zag op een verwerkingscapaciteit van 100 ton per dag of meer.<sup>12</sup> In de aanvraag was daarbij ook informatie over de technische capaciteit van de installatie vermeld. Daarvan uitgaande, berekende de door de Afdeling ingeschakelde Stichting advisering bestuursrechtspraak dat de maximale technische ontwerpcapaciteit van de installatie 40.000 ton betrof. Onder verwijzing naar haar uitspraak van 29 oktober 2003 herhaalt de Afdeling dat bij de vraag of er sprake is van een mer-beoordelingsplicht voor een categorie als hier aan de orde (capaciteitsmaat in kolom 2), bepalend is de capaciteit die met de installatie maximaal kan worden gerealiseerd, uitgaande van de technische mogelijkheden en beperkingen van de installatie, zoals die uit de aanvraag volgen. De Afdeling oordeelt daarom dat er bij het bepalen van de mer-beoordelingsplicht uit moest worden gegaan van 40.000 ton te verwerken producten op jaarbasis.<sup>13</sup>

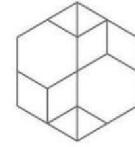
<sup>9</sup> Stb. 1994, 540, p. 47.

<sup>10</sup> Zie ABRvS 11 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4071 (r.o. 2.4.3), ~~3.1.26~~ ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3148 (r.o. 2.3.3), ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3494 (r.o. 2.5.3), ABRvS 14 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7970 (r.o. 2.6.3); ABRvS 16 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6243 (r.o. 2.2.3), ABRvS 4 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ5992 (r.o. 2.5.2) en ABRvS 29 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM5368 (r.o. 2.1.5).

<sup>11</sup> ABRvS 29 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM5368.

<sup>12</sup> Het ging daarbij om categorie D-18.2 van de bijlage bij het Besluit mer. Die categorie is inmiddels vervallen.

<sup>13</sup> ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3494.



17. De Afdeling spreekt in haar uitspraken over de *technische* mogelijkheden en beperkingen van de installatie, zoals die uit de aanvraag volgen. Naar mijn mening ziet het woord 'technische' zowel op de mogelijkheden als op de beperkingen.<sup>14</sup> Als in de aanvraag (en vergunning) derhalve beperkingen aan het gebruik van de installatie worden gesteld (bijvoorbeeld dat de installatie maar een aantal uren per dag mag worden gebruikt), maar die beperkingen geen link hebben met de *technische* mogelijkheden en beperkingen van de installatie, zijn die beperkingen naar mijn inschatting niet relevant bij het bepalen van de project-mer-(beoordelings)plicht c.q. bij het beantwoorden van de vraag of de drempelwaarde in kolom 2 wordt overschreden.<sup>15</sup>
18. Of deze interpretatie van de uitspraken van de Afdeling juist is, kan ik niet met volledige zekerheid zeggen. De rechtbank Rotterdam interpreteert de Afdelingsjurisprudentie in ieder geval anders. Die rechtbank is van oordeel dat wanneer er in de vergunning(aanvraag) is vastgelegd dat de maximale technische mogelijkheden van een installatie niet mogen worden benut, er ook sprake is van een beperking in de zin van de Afdelingsjurisprudentie.<sup>16</sup> De rechtbank onderbouwt dat niet en geeft niet aan waarom ook niet-technische beperkingen die in de vergunning(aanvraag) aan een installatie worden gesteld, relevant zijn bij het bepalen van de capaciteit van de installatie. Tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam is hoger beroep ingesteld, maar de uitspraak van de Afdeling zal nog enige tijd op zich laten wachten.
19. In concluderende zin kan derhalve worden opgemerkt dat op grond van de huidige stand van zaken in de jurisprudentie mij het meest verdedigbaar lijkt dat bij de vraag of de drempelwaarde in kolom 2 van D-39.1 wordt overschreden, wordt uitgegaan van de technische maximale capaciteit van de installatie van Tomassen en niet van het (lagere) maximale productievolume zoals dat uit de aanvraag van Tomassen blijkt.

Volledigheidshalve merk ik afsluitend nog op dat wanneer de drempelwaarde van kolom 2 van een categorie in het Besluit mer niet is verbonden aan een capaciteitsmaat, de Afdeling zonder meer van oordeel is dat van de aangevraagde (en vergunde) hoeveelheid mag worden uitgegaan bij het bepalen van de project-mer-(beoordelings)plicht en in het kaart brengen van de milieugevolgen.<sup>17</sup>

\*\*\*

<sup>14</sup> Ik leid dat onder meer af uit r.o. 2.5.2 van ABRvS 4 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ5992. De Afdeling stelt daar dat de technische capaciteit van de inrichting bepalend is voor de toetsing van een activiteit aan een categorie van het Besluit mer waarin een capaciteitsmaat aan de orde is. Ook wijs ik op de tweede alinea in r.o. 2.1.5 van ABRvS 29 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM5368. De Afdeling onderzoekt daarin of er sprake is van beperkingen van *technische aard* die in de weg zouden staan aan het realiseren van een bepaalde capaciteit van de installatie.

<sup>15</sup> Aldus ook 5.1.2e in haar annotatie bij de Afdelingsuitspraak van 10 november 2010 in BR 2011/140.

<sup>16</sup> Rb. Rotterdam 21 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5941.

<sup>17</sup> Zie expliciet ABRvS 7 maart 2018 ECLI:NL:RVS:2018:758 (r.o. 3 e.v.). Deze zaak zag op een tweetal omgevingsvergunningen voor de winning van aardgas. De Afdeling overwoog dat bij het bepalen van de mer-(beoordelings)plicht alleen gekeken diende te worden naar het aangevraagde (en vergunde) project. Dat de desbetreffende gaswinningsinstallatie en grotere technische capaciteit had dan de aangevraagde hoeveelheid gas, deed niet terzake. Dit omdat de betreffende activiteitscategorie niet uitging van de capaciteitsmaat van de installatie, maar van de hoeveelheid te winnen gas.