

AANTEKENING

Aan : Seth Waninge, provincie Groningen
Van : M.J.F. Nuijens en J.W. Hilbrands
Inzake : Second opinion memo TRIP
Dossier : 20240025-743 Provincie Groningen/Second opinion vergisters
Datum : 19 januari 2024

Vertrouwelijk en louter ten behoeve van intern beraad

1. Naar aanleiding van de e-mail van Seth Waninge van 16 januari jl. hebben mijn collega Jan Willem Hilbrands en ondergetekende kritisch het memo bestudeerd van TRIP d.d. 12 januari 2024, alsmede de overige stukken die je ons toezond. Wij hebben in aanvulling daarop ook zelf de relevante wettelijke bepalingen bestudeerd. Richtinggevende literatuur en jurisprudentie is, zo hebben we vastgesteld, niet voorhanden. Wij hebben voorts nog de wetsgeschiedenis/toelichtingen op (wijzingen van) bijlage Aa van de uitvoeringsregeling Meststoffenwet er op nageslagen.
2. Op basis van onze studie kunnen wij niet anders dan de memo van TRIP onderschrijven. Wij achter de daarin gevolgde redeneringen juist. Wij lichten dat nog kort toe, met het oog op het aspect dat Marjan Modderman in onderstaande mail aankaart.
3. Met TRIP zijn wij van mening dat de enkele aanwezigheid van amfetamine in het digestaat niet maakt dat dit geen meststof (meer) is. Net als TRIP, is onze voorlopige conclusie dat het met amfetamine besmet digestaat alleen niet kan worden aangemerkt als meststof wanneer amfetamine als een afzonderlijke stroom zou zijn toegevoegd aan het vergistingsproces (en niet ontstaat in het proces of aanwezig was in één van de *toegestane* toegevoegde reststoffen). Net als TRIP menen wij dat, op het moment dat dit niet het geval is en amfetamine – bijvoorbeeld – in het vergistingsproces ontstaat, aannemelijk is dat het digestaat aangemerkt kan worden als een meststof.
4. Wij menen (dus) ook dat, voor de vraag of digestaat een meststof is, uitsluitend relevant is wat de (co)vergister in gaat want ons inziens geldt wetssystematisch dat categorie IV van bijlage Aa niet ziet op het product dat na vergisting ontstaat. Als ten minste 50% dierlijke mest wordt vergist, en voorts uitsluitend één of meer van de stoffen genoemd in de tabel in categorie IV van bijlage Aa (hierna: de positieve lijst) van de uitvoeringsregeling meststoffenwet, dan kan het digestaat als meststof worden verhandeld. Daar waar amfetamine tijdens het vergistingsproces zou ontstaan (wij weten als jurist overigens niet of dit zo kan zijn), betekent dit daarom niet dat geen sprake meer is van een meststof. En daar waar de omschrijving van de stoffen op de positieve lijst de (impliciete) mogelijkheid met zich brengt dat er amfetamine in zou zitten, maakt die aanwezigheid niet zonder meer dat niet langer sprake is van een stof genoemd op de positieve lijst – en dat het digestaat daarmee geen meststof meer zou zijn. Vindt men het ontoelaatbaar dat deze stof wordt covergist, dan lijkt het veeleer zo te moeten zijn dat de positieve lijst door de wetgever wordt aangepast.

Wij plaatsen hierbij nog twee *kanttekeningen c.q. nuanceringen* bij.

Ten eerste: de positieve lijst is een lange lijst. Zo staat er – bijvoorbeeld – op: *“Reststof die vrijkomt als zuiveringsslib van een aerobe zuiveringsstap op AWZI van afvalwater van een kaasfabriek met sporen afvalwater van huishoudens, gevolgd door langdurige opslag en die bestaat uit de resten van actief slib en bezonken bestanddelen uit afvalwater en waarin pathogenen afdoende zijn afgedood (zuiveringsslib van kaasfabriek)”*, en *“Slib of steekvast slib dat vrijkomt bij de bereiding van proceswater uit oppervlaktewater onder gebruik van een filterstap met actief kool en dat bestaat uit ijzer(III)hydroxide, water en organische stof (waterijzer van proceswaterbereiding).”* Als het nu zo zou zijn dat de amfetamine in de betreffende stof zit, terwijl de betreffende omschrijving het eenvoudigweg onmogelijk maakt dat er amfetamine in de stof zit – bijvoorbeeld omdat door het feit dat er amfetamine in de stof er (in het eerste voorbeeld) geen sprake meer is van reststof die *“uit de resten van actief slib en bezonken bestanddelen uit afvalwater en waarin pathogenen afdoende zijn afgedood”* bestaat of – in het tweede voorbeeld – de stof niet meer *“bestaat uit ijzer(III)hydroxide, water en organische stof”*, dan is het natuurlijk niet langer een stof die vermeld staat op de positieve lijst en kan het digestaat daarmee ook niet (meer) kwalificeren als meststof. Maar dat is voor ons niet te beoordelen, nog los van het feit dat wij uit de stukken niet heb kunnen afleiden dat op dit moment voldoende aannemelijk is dat de oorzaak van de aangetroffen amfetamine in de inputzijde zit.

Ten tweede plaatsen wij de kanttekening dat wij er niet helemaal zeker van zijn dat het ministerie van LNV écht een andere mening is toegedaan, zoals TRIP in het memo stelt. Het ministerie stelt in haar memo van 24 november 2023 dat dierlijke mest waaraan amfetaminen zijn toegevoegd geen verhandelbare meststof is. Daar waar het ministerie doelt op het toevoegen van amfetamine aan de vergisters (bijvoorbeeld als onderdeel van drugsafval dat daarin gedumpt zou worden), dan klopt dat en daar zijn het ministerie van LNV, TRIP en ondergetekenden het dan ook met elkaar eens. Wij lezen in de memo niet met zoveel woorden dat het ministerie van LNV ook vindt dat in het geval amfetamine tijdens het vergistingsproces zou ontstaan, of in het geval dat de positieve lijst de (impliciete) mogelijkheid met zich brengt dat er amfetamine in een toegestane stof zou zitten, die aanwezigheid zonder meer maakt dat niet langer sprake is van een stof genoemd op de positieve lijst – en dat het digestaat daarmee geen meststof meer zou zijn. Het lijkt ons goed dat jullie deze aspecten nog opnemen met het Ministerie.

5. Wij merken in dit verband nog op dat in 2012 aan de positieve lijst categorie G is toegevoegd. Enkel voor stoffen van *dé* categorie geldt, *anders* dan voor de stoffen van de overige categorieën in de positieve lijst, dat de ondernemer er zelf op moet toezien dat voor deze stoffen de normen voor zware metalen en organische microverontreinigingen in de gebruikte covergistingsmaterialen niet worden overschreden. Categorie G bepaalt dat de stoffen mogen worden toegepast waar de in bijlage II, onder tabel 1 en 4 bij het besluit Meststoffenwet genoemde maximale waarden voor gelden. Alleen de daar genoemde waarden voor de daar genoemde specifieke zware metalen/microverontreinigingen zijn volgens ons relevant; de bepaling laat naar ons voorlopig oordeel geen ruimte voor de stelling dat de stof niet

mag worden vergist, als die wél onder de omschrijving van categorie G valt, maar er onverhoopt andere zware metalen/microverontreinigen in zitten dan vermeld in tabel 1 en 4. De vraag zou dan ook zijn: welke maximale waarden zou dan überhaupt gelden daarvoor? Dit lijkt zich dan ook niet met de rechtszekerheid te verhouden.

6. Wij verwijzen ter onderbouwing ook nog op de volgende passage in de toelichting op (wijziging van) bijlage Aa uitvoeringsregeling Meststoffenwet in verband met het toevoegen van deze categorie G (Staatscourant 12 april 2012, nr. 6892, onderstreping door ondergetekenden):

"In categorie 1 van onderdeel IV van bijlage AA van de Uitvoeringsregeling staat een positieve lijst van organische materialen en producten (covergistingsmaterialen) die samen met dierlijke uitwerpselen vergist mogen worden en waarvan het eindproduct 'covergiste mest' als meststof verhandeld mag worden. Met deze wijziging wordt er een nieuwe categorie voor covergistingsmaterialen toegevoegd aan categorie 1 van onderdeel IV .

(...)

Een essentieel verschil met de stoffen die nu op de positieve lijst staan is dat de ondernemer er zelf op moet toezien dat voor de stoffen die worden genoemd onder categorie G, de normen voor zware metalen en organische microverontreinigingen in de gebruikte covergistingsmaterialen niet worden overschreden.

De aanwijzing van de in bijlage Aa opgenomen stoffen geschiedt op grond van artikel 5, tweede lid, van het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet (Hierna: Uitvoeringsbesluit) indien er naar het oordeel van de minister geen landbouwkundige en milieukundige bezwaren bestaan dat deze stoffen bij de productie van meststoffen worden gebruikt."

Voorts wordt duidelijk gemaakt dat wanneer een omschrijving bij nader inzien te veel ruimte laat voor ongewenste risico's, de omschrijving dan door de wetgever wordt aangepast. Zie Staatscourant 30 december 2016, nr. 71457):

"Tot slot wordt een definitie in bijlage Aa aangepast.

Het betreft de stof genoemd in die bijlage Aa onder categorie IV, G2.3. De oorspronkelijke definitie luidde: 'Reststof die is verkregen bij de zuivering van afvalwater van een slachterij en bestaande uit dierlijk weefsel en ongeboren mest (slib van slachterij).' In deze formulering is de toevoeging dierlijk weefsel opgenomen, omdat niet voorkomen kan worden dat er stukjes dierlijk weefsel vanuit het slachtproces in het afvalwater terechtkomen en dus na flocculatie ook in het flotatieslib zitten. Ditzelfde geldt voor resten ongeboren mest in het afvalwater. Slib anderszins vermengen met ongeboren mest is verboden. In de praktijk blijkt dat een beperkt aantal bedrijven opzettelijk dierlijk weefsel door het afvalwater mengt. Dit geeft risico's voor de dier- en volksgezondheid. Door de formulering aan te passen wordt dit voorkomen."

Ook hierbij plaatsen wij evenwel nog een kanttekening. Marjan Modderman en Marco Deenik gaven in telefoongesprekken op donderdag 18 januari 2024 nog aan dat zij moeite hadden met het standpunt dat de meststoffenregelgeving met zich mee zou brengen dat stoffen vergist mogen worden waarin (grote) hoeveelheden amfetamine zitten. Ze konden zich ook niet goed voorstellen dat het digestaat dan nog steeds een meststof zou zijn. Wij kunnen ons dat voorstellen. Bij gebreke aan concrete jurisprudentie op dit punt kunnen wij ook niet 100% uitsluiten dat een rechter hierin mee zou willen gaan, maar bij gebreke van dergelijke jurisprudentie, en op basis van de regelgeving en de wetsgeschiedenis zoals die is, vinden wij daar tot op heden geen concrete aanknopingspunten voor. Wij merken daarbij op, dat er in de regelgeving natuurlijk nog een "veiligheidsventiel" zit, te weten voor het geval dat (zoals TRIP ook benoemt) de meststof onder normale gebruiksomstandigheden schadelijke gevolgen zou hebben voor de gezondheid van mens, dier of plant of voor het milieu (waarvan evenwel, zo begrijpen wij, tot op heden niet is gebleken).

Dit overigens nog afgezien van het feit, dat op dit moment ook nog onvoldoende aannemelijk is gemaakt, dat hier (aan de "inputzijde") de oorzaak ligt van de aangetroffen amfetamine in het digestaat en deze schadelijke gevolgen daadwerkelijk optreden, over welke bewijslast nader in het volgende randnummer.

7. Relevant is voorts dat, zoals TRIP ook stelt, waar het gaat om handhavingsbesluiten, de bewijslast van de overtreding als uitgangspunt ligt bij het bevoegd gezag. Wij achten tegen de achtergrond van de nu bekende informatie en al het vorenstaande, het ijs wat dat betreft, net als TRIP, te dun om een rechtmatig handhavingsbesluit te kunnen nemen, om dezelfde redenen als TRIP in haar memo aangeeft. Ook hier plaatsen wij de (vanzelfsprekende) kanttekening, dat het natuurlijk zo kan zijn dat uit aanvullend onderzoek tóch kan blijken van een overtreding. Maar dat aanvullend onderzoek is er (voor zover wij kunnen overzien) niet.
8. Waar het gaat om het aspect bevoegd gezag onderschrijven wij ook de conclusies van TRIP, maar merken we wel op dat de aanwijzing van de Provincie in bijlage I onderdeel C van het Bor alléén niet voldoende was om de Provincie bevoegd gezag te laten zijn: relevant was voorts dat sprake is van een IPPC installatie. En verder geldt: als geen sprake is van een meststof maar van een afvalstof, dan zal sprake zijn van meerdere overtredingen. Zoals TRIP stelt: de vraag welke regelgeving wordt overtreden zal ook bepalen wie het bevoegd gezag is. Ziet de overtreding op het in strijd handelen met de meststoffenwet, dan is het bevoegd gezag de NVWA. Ziet het op bijvoorbeeld strijd met het Bal of vergunning(voorschriften), dan komt B&W en/of GS in beeld als bevoegd gezag. TRIP zet dat nader uiteen in het memo.
9. Ten slotte: voor de goede orde merken wij nog wel op dat ons gevraagd is om een second opinion op het memo van TRIP. Wij hebben in het kader van de second opinion daarom het memo van TRIP d.d. 12 januari 2024 beoordeeld (en niet de bijbehorende conceptbrieven, of het in het memo van TRIP genoemde (maar aan ons niet toegezonden) memo van dhr. Koops over de strafrechtelijke kant van de kwestie (de Opiumwet)). Gelet op de beperkt beschikbare tijd en specifieke strafrechtelijke aard van de Opiumwet, alsmede het feit dat de Provincies daar in beginsel niet het bevoegd

gezag zijn¹, hebben wij dat aspect van de Opiumwet nog niet nader onderzocht. Mocht dat alsnog wenselijk zijn dan ontvangen wij graag het memo van dhr. Koops en leggen wij dat voor aan onze eigen strafrechtelijke collega.

10. Voor de duidelijkheid wijzen wij er voorts op dat ons oordeel, logischerwijs, is gebaseerd op de stukken die ons zijn toegezonden door Seth Waninge op 16 januari jl. en hedenochtend. Verder hadden wij al de beschikking over de brief van 13 oktober 2023 aan de verschillende eigenaren van vergisters.
11. Afrondend, voor wat betreft het vervolg, willen wij wel in algemene zin meegeven dat het ons verstandig voorkomt dat de inhoud van het memo van TRIP en deze second opinion éérst (op korte termijn) met het Ministerie van LNV wordt besproken, alvorens de door TRIP voorgestelde brieven aan de betreffende eigenaren van de vergisters worden gestuurd. Het komt ons namelijk voor dat het van belang is dat het Ministerie en de provincies op één lijn zitten vóórdat dit soort brieven wordt verstuurd.

Tot zover onze second opinion. Mochten jullie nog aanvullende vragen hebben, dan weten jullie ons te vinden.

Met vriendelijke groet,

Marijn Nuijens en Jan Willem Hilbrands

¹ Afgezien van het specifieke geval van artikel 13b Opiumwet, de zogenaamde wet Damocles, welk artikel op het eerste oog niet van toepassing lijkt.