

Provincie Limburg
Afdeling Bestuursstaf & Externe Betrekkingen
De heer mr. M.P.T. Rongen
Postbus 5700
6202 MA Maastricht

AKD Prinsen Van Wijmen N.V.
Bijster 1
Postbus 4714
4803 ES BREDA

Rekening Derdengelden:
ING Bank 67.80.01.677

Breda, 3 juni 2008

Inzake : Provincie Limburg/ENCI
Uw ref. :
Onze ref. : 216282.19670

Geachte heer Rongen,

U heeft mij gevraagd een 'second-opinion' uit te brengen over een door Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn opgestelde uitgebreide risicoanalyse c.q. een juridisch advies over de toerekenbaarheid aan de Provincie Limburg van de door ECORYS Nederland B.V. te Rotterdam inzichtelijk gemaakte schadeposten van ENCI Maastricht B.V. ingeval Provinciale Staten van Limburg besluiten tot een beleidswijziging waardoor ENCI Maastricht B.V. vanaf 1 januari 2015 niet meer mag ontgronden in de St. Pietersberggroeve te Maastricht. Voor de goede orde merk ik op dat het hier weliswaar gaat om een wijziging van het Provinciaal Omgevingplan Limburg (POL), maar dat er momenteel feitelijk geen provinciaal beleid is met betrekking tot kalksteenwinning vanaf 1 januari 2015. Het gaat dus veeleer om een vaststelling van beleid voor de periode vanaf 2015, dan om een wijziging van vastgesteld, bestaand beleid. Om deze reden hanteer ik in het navolgende de term 'vaststelling van beleid' in plaats van 'beleidswijziging'.

Voorts heeft u mij verzocht bij mijn 'second-opinion' eveneens in te gaan op het door Pels Rijcken uitgebrachte nader advies over de processuele risico's en schadeplichtigheid van de Provincie ingeval ENCI een aanvraag voor een ontgrondingsvergunning indient voor de winning van kalksteen tot 2020, voorafgaande aan het moment waarop het provinciale beleid ter zake van winning van kalksteen voor de periode vanaf 2015 formeel is vastgesteld.

Ten behoeve van mijn advisering heeft u mij de in de bijlage opgesomde stukken ter beschikking gesteld.

U heeft mij gevraagd mijn oordeel op hoofdlijnen samen te vatten. Ik kom tot de volgende bevindingen.

1.1. Pels Rijcken concludeert – zeer kort samengevat -, afgaande op de haar thans bekende gegevens, dat de processuele risico's of aansprakelijkheidsrisico's voor de Provincie Limburg bij weigering van een ontgrondingsvergunning aan ENCI voor de periode vanaf 2015 betrekkelijk gering zijn. Ik deel deze conclusie (zowel voor wat betreft even-

tuele aansprakelijkheid van de Provincie Limburg uit onrechtmatige daad, als voor aansprakelijkheid wegens rechtmatige overheidsdaad), zij het dat ik enige aanvullende en nuancerende opmerkingen ten aanzien van de adviezen van Pels Rijcken meen te moeten maken.

1.2. In het nader advies concludeert Pels Rijcken dat, ingeval ENCI een aanvraag voor een ontgrondingsvergunning indient voor de winning van kalksteen tot 2020, voorafgaande aan het moment waarop het provinciale beleid ter zake van winning van kalksteen voor de periode vanaf 2015 formeel is vastgesteld, dit niet tot grotere procesrisico's of aansprakelijkheidsrisico's voor de Provincie behoeft te leiden. Ik deel deze conclusie.

2. Pels Rijcken oordeelt dat de schade die door ECORYS in opdracht van de Provincie in haar rapport van 23 mei 2008 is gekwantificeerd voor het overgrote deel niet als schade ten gevolge van de vaststelling van beleid voor de periode vanaf 2015 kan worden aangemerkt. Dit geldt naar het oordeel van Pels Rijcken in ieder geval voor de posten 'meerkosten voortzetten cementproductie' en 'meerkosten ontmanteling en herinrichting Sint Pietersberggroeve'. Ik deel deze conclusie niet zonder meer. Zo kan op voorhand niet worden uitgesloten dat de meerkosten van voortzetting van de cementproductie als redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade kunnen worden aangemerkt. Dit neemt niet weg dat ik de conclusie van Pels Rijcken omtrent de geringe mogelijkheden voor ENCI om deze nadelen daadwerkelijk af te wentelen op de Provincie, deel. ENCI zou evenwel een poging kunnen wagen om de in de periode begin 2007 tot 18 april 2008 gedane investeringen, althans het deel dat vanwege de beleidsvaststelling niet terugverdiend kan worden, op de Provincie verhalen. Naar ik van u begrijp is de omvang van de door ENCI in genoemd periode gedane investeringen naar verwachting verwaarloosbaar.

3.1. Ik wijs er voorts met nadruk op dat de omvang van het nadeel dat ENCI lijdt als gevolg van een eventuele weigering van een vergunning op grond van de Ontgrondingenwet voor de periode vanaf 1 januari 2015 slechts één van de aspecten / belangen is die moet worden meegewogen bij een beslissing omtrent vaststelling van het beleid voor de periode vanaf 1 januari 2015 en bij de beslissing omtrent verlening van een vergunning op grond van de Ontgrondingenwet.

3.2. Overigens kan er niet aan voorbij worden gezien dat weigering van een vergunning op grond van de Ontgrondingenwet voor de periode vanaf 1 januari 2015 nog geenszins behoeft te beteken dat op deze locatie niet langer (hinder veroorzakende) bedrijvigheid mag plaats vinden. Ook die omstandigheid noopt tot een bredere afweging met het oog op het te bereiken doel, dan enkel een beoordeling van de (eventueel voor vergoeding in aanmerking komende) schade die ENCI mogelijk zal leiden bij weigering van de vergunning voor de periode vanaf 1 januari 2015. Zonder enige pretentie van volledigheid wijs ik in dit verband op de volgende feiten en omstandigheden:

3.2.1. Weigering van een vergunning op grond van de Ontgrondingenwet voor de periode vanaf 1 januari 2015 behoeft nog niet te betekenen dat het bedrijf ENCI ter plaatse vanaf die datum al haar werkzaamheden ter plaatse dient te staken. Met het expireren van de vergunning ingevolge de Ontgrondingenwet per 1 januari 2015 zal ENCI immers uitsluitend met het winnen van kalksteen moeten stoppen. In ieder geval valt niet zonder meer in te zien dat alsdan bijvoorbeeld ook het maalbedrijf en de kalkoven buiten bedrijf gesteld moeten worden. Aanvoer van grondstoffen of halffabrikaten van elders blijft namelijk mo-

gelijk, maar is vooral afhankelijk van een bedrijfseconomische keuze van ENCI zelf.

3.2.2. Daarenboven betekent weigering van bedoelde vergunning niet dat ter plaatse geen bedrijvigheid meer is toegestaan. Zolang immers het door de Gemeenteraad van Maastricht vastgestelde bestemmingsplan zware industrie ter plaatse toelaat, blijft de mogelijkheid bestaan dat ter plaatse bedrijvigheid wordt voortgezet, of nieuwe bedrijvigheid komt. Overigens betekent het enkel wegbestemmen van de ter plaatse vigerende bestemming bedrijfsdoeleinden, ook niet zonder meer dat het bedrijf van ENCI ter plaatse moet verdwijnen.

4. Tenslotte kunnen mijn aanvullende en nuancerende opmerkingen bij de advisering van Pels Rijcken op hoofdlijnen als volgt worden samengevat:

4.1. Een expliciete analyse van processuele risico's ontbreekt goeddeels in deze adviezen. In deze adviezen ontbreekt althans een systematische beantwoording van vragen als "welke acties kan ENCI mogelijk ondernemen teneinde een eventuele weigering van een vergunning voor de periode vanaf 2015 te voorkomen, dan wel ongedaan te maken". Hetzelfde geldt voor de vraag: "welke acties kan ENCI mogelijk ondernemen teneinde de negatieve (financiële) gevolgen van een eventuele weigering op de Provincie Limburg af te wentelen". Dienaangaande kan - zeer kort samengevat - het volgende worden opgemerkt. Tegen de beslissing tot vaststelling van beleid betreffende de winning van kalksteen voor de periode vanaf 2015, staat naar mijn opvatting geen rechtstreekse bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Of ENCI bij de burgerlijke rechter ontvangen kan worden in een verbods- of gebodsvordering betreffende dit nieuwe beleid, staat daarnaast naar mijn mening evenmin vast. ENCI kan wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden tegen een eventuele weigering van vergunningverlening voor de periode vanaf 1 januari 2015. In die procedure kan over de band van het besluit omtrent vergunningverlening ook het toegepaste beleid getoetst worden.

ENCI kan voor wat betreft verhaal van schade gebaseerd op de stelling dat de Provincie jegens haar een onrechtmatige daad heeft gepleegd zowel via de weg naar de burgerlijke rechter, als via de bestuursrechtelijke weg op de Provincie trachten te verhalen. De bestuursrechtelijke weg (voor schadeverhaal) staat enkel open indien ENCI de weigering van de vergunning aan haar verzoek om schadevergoeding ten grondslag legt. Het is overigens de vraag of de vaststelling van dit beleid in dit geval als zelfstandige schadeoorzaak beschouwd kan worden.

De uitkomst van een eventuele beroepsprocedure bij de bestuursrechter tegen het weigeringbesluit is in verregaande mate bepalend voor de beantwoording van de vraag, of ENCI aanspraak zal kunnen maken op vergoeding van schade op grond van - kort gezegd - onrechtmatige overheidsdaad wegens de vaststelling van het nieuwe beleid en/of bedoelde weigering.

Ik ben het met Pels Rijcken eens dat de kans van slagen van de hierboven genoemde acties (zowel het beroep tegen de weigering, als de acties strekkende tot verhaal van schade) niet hoog moet worden ingeschat.

ENCI kan voorts nog trachten nadeelcompensatie wegens de geweigerde vergunning te verkrijgen door indiening van een verzoek om nadeelcompensatie op grond van het be-

ginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Tegen de beslissing omtrent schadevergoeding staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open. Ik deel het oordeel van Pels Rijcken dat de kans dat de Provincie gehouden zal zijn een omvangrijk bedrag aan na-deelcompensatie aan ENCI toe te kennen niet groot kan worden geacht.

4.2. Wellicht mede omdat een analyse van de processuele risico's ontbreekt, wordt in de adviezen van Pels Rijcken weinig aandacht besteed aan de omstandigheid dat de processuele risico's in dit geval niet identiek zijn aan de aansprakelijkheidsrisico's. Indien zich in dit geval een procesrisico verwezenlijkt (bijvoorbeeld vernietiging door de bestuursrechter van een besluit strekkende tot weigering van de ontgrondingenvergunning voor de periode vanaf 2015), dan zal in de gegeven omstandigheden naar verwachting voldoende tijd resteren om zonedig alsnog tijdig vergunning te verlenen. De in het rapport van ECORYS geschetste omvangrijke aansprakelijkheidsrisico's zullen zich aldan naar verwachting niet verwezenlijken (ook al verwezenlijkt zich een processueel risico).

Ik vertrouw er op u met het vorenstaande naar behoren te hebben geadviseerd. Vanzelfsprekend ben ik desgevraagd gaarne tot een nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,



AKD Prinsen Van Wijmen N.V.
B.P.M. van Ravels

Bijslage

Overzicht ter beschikking gestelde stukken:

- Een op 18 april 2008 door Provinciale Staten van Limburg aangenomen motie. In deze motie is onder andere de volgende opdracht aan Gedeputeerde Staten van Limburg geformuleerd:
"zo spoedig mogelijk een POL wijziging/aanvulling als vervolg op het Deelplan Kalksteen uit 1994 in gang te zetten met de inzet dat geen winning van kalksteen meer toegestaan wordt vanaf 2015, waarbij een uitgebreide risicoanalyse wordt voorgelegd ten aanzien van de (financiële) consequenties van deze beleidswijziging zonodig voorzien van een juridische contra-expertise en waarbij een (eerste) behandeling in de Staten(commissie) plaatsvindt voor de zomer van 2008";
- Een advies van ECORYS Nederland BV d.d. 23 mei 2008, getiteld: "Advies over de hoogte c.q. het maken van een berekening van een mogelijke schadeclaim van ENCI Maastricht BV jegens de Provincie Limburg naar aanleiding van een aangekondigde beleidsconcretisering";
- Een brief van Pels Rijcken (mr. A.A. Spoel) d.d. 12 mei 2003;
- Een brief van Pels Rijcken (mr. M. Rus – Van der Velde) d.d. 16 november 2007;
- Een brief van Pels Rijcken (mr. A.B. van Rijn) d.d. 27 mei 2008;
- Een brief van Pels Rijcken (mr. A.B. van Rijn) d.d. 30 mei 2008;
- De beslissing van gedeputeerde staten van Limburg d.d. 28 juni 1988 omtrent verlening van een vergunning ten behoeve van de ontgroning van de groeve St. Pietersberg aan ENCI NV te Maastricht;
- Een kaart behorende bij het landschapsplan St. Pietersberg;
- De toelichting behorende bij het Landschapsplan St. Pietersberg – Plan van eindtoestand d.d. 1 mei 1990, goedgekeurd d.d. 27 november 1990;
- De toelichting behorende bij het Landschapsplan St. Pietersberg – Uitvoeringsplan Noordelijk gedeelte groeve d.d. 16 april 1992, gew. 15 mei 1992;
- Het Provinciaal Ontgrondingenplan; deelplan kalksteen d.d. oktober 1994, inclusief de Streekplanuitwerking kalksteen van maart 1995;
- Een brief van Gedeputeerde Staten van Limburg d.d. 31 augustus 2004, betreffende "vervolg ENCI";
- Een brief van Gedeputeerde Staten van Limburg d.d. 5 oktober 2004, houdende een uitnodiging overleg strategisch milieuraapport t.b.v. partiële POL-wijziging.