

VAN DEN BIESEN BOESVELD
ADVOCATEN

SARPHATI PLAZA
Rhijnspoorplein 22
Postbus 16674, 1001 RD Amsterdam
Telefoon +31 (0)20 568 29 29, Telefax +31 (0)20 568 29 25
e-mail: info@vandenbiesenboesveld.nl
www.vandenbiesenboesveld.nl

PHON VAN DEN BIESEN
ROBBERT BOESVELD
BONDINE KLOOSTRA
ANITA NIJBOER
ELSE WEIJSENFELD

AANTEKENEN EN PER FAX

Minister van Landbouw, Natuur en
Voedselkwaliteit
Dienst Regelingen
Postbus 1191
3300 BD DORDRECHT

Telefax: 078 – 63 95 394
(10 pagina's, zonder bijlagen)

Amsterdam, 1 december 2006

Dossiernummer : 20060062
Uw kenmerk : N06.1.0581
Betreft : Samenwerkingsverband IJzeren Rijn
Aanvulling gronden bezwaar tegen besluit Minister van LNV van 10 oktober 2006; Ffw-ontheffing

Geachte heer,

Bij brief van 20 november 2006 heb ik namens de stichting Milieufederatie Limburg e.a. bezwaar gemaakt tegen het hierboven kort aangeduide besluit van 10 oktober 2006. De ontvangst van dit bezwaar is door u bevestigd bij brief van 21 november 2006. U heeft mij in laatstgenoemde brief in de gelegenheid gesteld om binnen drie weken (na dagtekening van deze brief) de gronden van het bezwaar aan te vullen. Verder heeft u mij verzocht, voor zover van toepassing, de statuten van de rechtspersonen namens wie bezwaar is gemaakt over te leggen en ter zake de natuurlijke personen toe te lichten waarom zij als belanghebbenden bij

het bestreden besluit dienen te worden aangemerkt. Hierna wordt op een en ander nader ingegaan.

FEITELIJKE ACHTERGRONDEN

1. De onderhavige ontheffingverlening op grond van de Flora- en faunawet aan ProRail B.V. voor het verrichten van 'onderhoudswerkzaamheden' aan de spoorlijn Weert-Budel kan niet los worden gezien van het 'IJzeren Rijn-dossier'. Het traject Weert-Budel maakt deel uit van het historische tracé van de IJzeren Rijn: de oude spoorverbinding van Antwerpen naar het Duitse Ruhrgebied.
2. Het feitelijk gebruik van het tracé van de IJzeren Rijn stelt al gedurende lange tijd in de praktijk weinig of niets voor. Sinds 1991 wordt het tracé niet meer voor doorgaand goederenvervoer gebruikt.
3. Op het tracégedeelte dat is gelegen binnen de gemeentegrens van Cranendonck rijden alleen op het gedeelte tussen de zinkfabriek in Budel-Dorplein en de grens met België wekelijks nog enkele treinen met erts. Het tracégedeelte tussen Weert en de zinkfabriek wordt niet meer gebruikt. Laatstgenoemd tracégedeelte is voor het laatst in 2004 incidenteel gebruikt door enkele goederentreinen die in verband met werkzaamheden aan de 'Montzenroute' dienden te worden omgeleid. Dat de spoorlijn Weert-Budel nog tot eind 2004 dagelijks voor goederenvervoer werd gebruikt – zoals in het bij de ontheffingaanvraag behorende rapport van Ecologica (pagina 33) wordt gesteld – is onjuist. Op deze plaats kan ook worden verwezen naar de zienswijze die het college van burgemeester en wethouders van Weert naar voren heeft gebracht in het kader van de aanvraag van ProRail B.V. van een vergunning op grond van artikel 19d van de Natuurbeschermingswet waarin onder andere op dit aspect nader wordt ingegaan. Deze zienswijze, waarvan een afschrift hierbij wordt overgelegd, dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.
4. De Belgische regering heeft eind jaren negentig van de vorige eeuw aan Nederland gevraagd om medewerking te verlenen aan het weer in gebruik nemen van de IJzeren Rijn. Omdat België de IJzeren Rijn bovendien op korte termijn wil gaan gebruiken, is toen besloten daarover een 'dubbelbesluit' te nemen: a) een besluit over de vraag hoe Nederland voor de korte termijn tegemoet kan komen aan het Belgische verzoek om het *historisch* tracé van de IJzeren Rijn te reactiveren, en b) een besluit over de

structurele heringebruikname van de IJzeren Rijn op de langere termijn (waarbij het tracé voor het structureel gebruik niet gelijk hoeft te zijn aan het historisch tracé).

5. In het kader van de besluitvorming over de heringebruikname van het tracé van de IJzeren Rijn is een procedure op grond van de Tracéwet gestart. In mei 2001 is de Trajectnota/MER uitgebracht. De standpuntbepaling door de Minister van Verkeer en Waterstaat, zoals bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de Tracéwet, is vervolgens, met toepassing van artikel 9, derde lid, van de Tracéwet, 'voor een langere periode' uitgesteld. De reden hiervoor is dat met België geen overeenstemming kon worden bereikt over de inhoud van het te nemen 'dubbelbesluit' en de financiering daarvan. De Belgische en Nederlandse regering hebben uiteindelijk besloten hun geschil voor te leggen aan het Permanente Hof van Arbitrage te Den Haag. Dit hof heeft op 24 mei 2005 een uitspraak gedaan.
6. De Belgische regering heeft na de uitspraak van het Permanente Hof van Arbitrage bij de Nederlandse regering erop aangedrongen de besluitvorming over het (tijdelijk) gebruik van het historisch tracé van de IJzeren Rijn weer op te pakken. Inmiddels hebben de verantwoordelijke bewindslieden van beide landen besloten – zoals is geadviseerd door het Arbitragetribunaal – gezamenlijk de instelling van een Commissie van Onafhankelijke Deskundigen (COD) voor te bereiden. Zie hierover een brief van de minister van Verkeer en Waterstaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 13 september 2006 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 27 737, nr. 13). In deze brief schrijft de minister verder over het 'tijdelijk rijden' (pagina 3):
"3. Tijdelijk rijden

Tijdens het overleg op 6 juli stelde de heer Tuybens (de Belgische federale staatssecretaris van Overheidsbedrijven, RB) ook het zogenaamd "beperkt rijden over het bestaande historisch tracé van de IJzeren Rijn" aan de orde. Geheel in lijn met de Nederlandse opstelling, zoals ik die tijdens het overleg met de Tweede Kamer op 7 juni 2005 heb besproken, met brede steun vanuit uw Kamer, heb ik aangegeven dat daarvan geen sprake kan zijn."
7. Ondertussen heeft het Belgische transportbedrijf Dillen & Le Jeune Cargo (DLC) op 2 december 2004 ProRail B.V, de beheerder van het Nederlandse gedeelte van de spoorlijn, verzocht om wijziging van de capaciteit van het spoortracé via Born-Berendrecht en Berendrecht-Born (waarbij de route via Roosendaal zou worden vervangen door de route via Hamont/Budel). DLC wilde – voor zover kan worden

nagegaan – in de periode oktober tot en met december 2005 dagelijks met twee treinen over dit tracé gaan rijden en vanaf 2006 wekelijks met twintig treinen.

8. Het verzoek van DLC staat op gespannen voet met het standpunt van de Nederlandse regering dat geen sprake kan zijn van een tijdelijk gebruik van het bestaande historische tracé van de IJzeren Rijn. Daarbij komt nog dat voor deze (tijdelijke) heringbruikname van (een gedeelte van) het historisch tracé van de IJzeren Rijn het tracégedeelte tussen Weert en Budel moet worden 'opgeknapt'. De werkzaamheden bestaan onder meer uit het doorslijpen van de oude rails, het verwijderen van de oude houten dwarsliggers, het ontgraven van het ballastbed en het leggen van nieuwe betonnen dwarsliggers en rails. Volgens cliënten is hier geen sprake van 'regulier onderhoud', zoals namens ProRail B.V. is gesteld, maar van renovatie van de spoorlijn waarbij de asbelasting en capaciteit worden vergroot.

BELANG

9. Cliënten verzetten zich tegen het reactiveren van het historisch IJzeren Rijntracé in verband met de ernstige effecten die daarvan te verwachten zijn voor het woon- en leefmilieu en de langs het tracé aanwezige beschermde natuurlijke habitats en dier- en plantensoorten. Zie voor een uitvoeriger uiteenzetting van het standpunt van cliënten het schetsboek dat vorig jaar aan de Minister van Verkeer en Waterstaat is aangeboden (Gemeente Weert e.a., Schetsboek IJzeren Rijn, 24 oktober 2005).
Bijl. 2
10. De statuten van cliënten sub 1, 2 en 3, Milieufederatie Limburg, Brabantse Milieufederatie en Het Limburgs Landschap worden hierbij als bijlagen overgelegd.
Bijl. 3-5
11. Cliënte sub 4, Staatsbosbeheer, is een bij de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer (Staatsblad 1997, 514) in het leven geroepen publiekrechtelijke rechtspersoon Blijkens artikel 3, eerste lid, van deze wet is Staatsbosbeheer 'belast met het beheer van de bij deze dienst (...) berustende objecten en het verkrijgen van objecten, met als doelstelling bestaande onderscheidenlijk potentiële, natuurwetenschappelijke, bosbouwkundige, landschappelijke, recreatieve, archeologische, aardkundige of cultuurhistorische waarden (...) in het algemeen belang duurzaam in stand te houden, onderscheidenlijk met het oog daarop te ontwikkelen.'

12. Cliënten sub 7 en 8, mevrouw Joosten en de heer Maas, wonen beiden in de directe nabijheid van het tracégedeelte van de spoorlijn waar de onderhoudswerkzaamheden zijn gepland.
13. Naar de mening van cliënten wordt met het verlenen van de onderhavige ontheffing op grond van de Flora- en faunawet ten onrechte vooruitgelopen op de verdere besluitvorming die nog dient plaats te vinden over de (tijdelijke) reactivering van de IJzeren Rijn. Maar ook los daarvan is de ontheffing verleend in strijd met het geldende recht.

JURIDISCHE BEOORDELING

14. In het bestreden besluit is aan ProRail B.V. ontheffing verleend van een aantal verboden handelingen genoemd in de artikelen 9, 11 en 13, eerste lid, van de Ffw met betrekking tot de levendbarende hagedis.
15. Voor de levendbarende hagedis geldt dat ontheffing slechts kan worden verleend als geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding (artikel 75, vijfde lid, van de Ffw).

Zorgplicht

16. De Minister heeft ter zake het verzoek om ontheffing van de verbodsbepaling in artikel 9 van de Ffw in het besluit overwogen:
"Gelet op de zorgplicht, genoemd in artikel 2 van de Flora- en faunawet wordt echter geen ontheffing verleend voor het doden en/of verwonden van de beschermde diersoorten".
17. Cliënten menen dat de Minister hier de als 'vangnet' bedoelde zorgplicht volledig verkeerd interpreteert en, belangrijker nog, daarmee ten onrechte het oordeel uitspreekt dat een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet niet noodzakelijk is.
18. Cliënten wijzen er in dit licht in de eerste plaats op dat er, anders dan bij overtreding van artikel 9 van de Ffw, geen strafbedreiging staat op overtreding van artikel 2 van de Ffw. Iedere waarborg dat ProRail B.V. zich zal houden aan de overigens inhoudsloze

zorgplichtbepaling van artikel 2 van de Ffw ontbreekt hierdoor, zodat alleen al daarom het oordeel van de Minister volstrekt onvoldoende is gemotiveerd.

19. In de tweede plaats is van cruciaal belang dat de inhoud van de zorgplicht op generlei wijze uitsluit dat de verbodsbepaling van artikel 9 van de Ffw niet toch overtreden wordt. Daarvoor verschilt de inhoud van artikel 2 van de Ffw te veel van de verbodsbepaling uit artikel 9 van de wet.
20. De 'plicht' van artikel 2, eerste lid, van de Ffw om 'voldoende zorg in acht te nemen ten aanzien van in het wild levende dieren' sluit niet uit dat een dergelijk dier in strijd met artikel 9 van de Ffw 'met alle zorg' wordt gedood, verwond, gevangen of opgespoord.
21. Het bepaalde in het eerste deel van artikel 2, tweede lid, van de Ffw doet aan het voorgaande niet af, al was het maar omdat uit het laatste deel van deze in essentie uit drie delen bestaande bepaling blijkt dat het intreden van de betreffende (en onder artikel 9 van de wet vallende) nadelige gevolgen voor de fauna in het geheel niet voorkomen behoeft te worden:
 - De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor flora en fauna kunnen worden veroorzaakt, verplicht is
 - a) dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevegd,
 - b) alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd teneinde die gevolgen te voorkomen, of
 - c) voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.
22. Verder zijn cliënten van mening dat ProRail B.V. met het indienen van de aanvraag voor ontheffing van de verbodsbepaling uit artikel 9 van de Ffw te kennen geeft dat niet in redelijkheid van haar gevegd kan worden dat zij de beoogde handelingen achterwege laat (ad a) en dat zij met het indienen van die aanvragen heeft laten blijken dat het niet mogelijk is om het intreden van de door deze verbodsbepaling bestreken nadelige gevolgen te voorkomen (ad b). Ook om deze reden kan de zorgplicht niet als alternatief dienen voor een ontheffing van het verbod beschermde diersoorten te doden of te verwonden: de Minister had op grondslag van de aanvraag van ProRail B.V. een beslissing moeten nemen ten aanzien van de verbodsbepaling van artikel 9 van de Ffw.

Gunstige staat van instandhouding

onderhoud spoorlijn

23. In het plangebied zijn meerdere (geïsoleerde) populaties van de levendbarende hagedis aanwezig. In het besluit wordt met betrekking tot de populatie ten oosten van de Trancheeweg het volgende overwogen (pagina 2):

“Met name de populatie voor de spoorbrug bij Weert lijkt grotendeels geïsoleerd en kwetsbaar. De dieren leven hier juist rond de toegangsweg naar en boven op het baanlichaam naast de spoorlijn Budel-Weert en uitwijkmogelijkheden ontbreken hier (...) De deelpopulatie nabij de spoorbrug bij Weert komt niet verder in het geding door de ingreep, indien ter compensatie van het verlies van leefgebied bomen worden verwijderd op het zuidtalud van het baanvak tussen de toegangsweg en de spoorbrug.”

En verderop (pagina 3):

“Compensatie biedt een oplossing voor de deelpopulatie in het uiterste oosten van het baanvak, net voor de spoorbrug bij Weert. Van deze populatie gaat de gunstige staat van instandhouding mogelijk deels verloren, doordat vrijwel het gehele foerageer- en opwarmgebied kan worden aangetast door berijding, ook wanneer de plaatsing van werkketen wordt voorkomen. Momenteel ontbreken geschikte uitwijkmogelijkheden, maar deze zijn wel relatief eenvoudig te ontwikkelen (...)”

24. Door de voorgenomen werkzaamheden wordt vrijwel het gehele bestaande foerageer- en opwarmgebied van de populatie van de levendbarende hagedis ten oosten van de Trancheeweg verwoest. Niet zeker is dat de voorgestelde compenserende maatregelen voldoende zijn om een gunstige staat van instandhouding van deze deelpopulatie te kunnen waarborgen.

25. Met betrekking tot deze deelpopulatie wordt in het rapport van Ecologica onder het kopje ‘compenserende maatregelen’ (pagina 32) verder nog opgemerkt:

“Het totale areaal geschikt leefgebied blijft echter ook na deze maatregel uiterst klein zodat het voortbestaan van de aanwezige deelpopulatie op langere termijn sowieso zeer onzeker is. Het huidige voorkomen betreft vrijwel zeker een relict vanuit een voor hagedissen veel geschikter voormalig landschap.”

Voor zover hiermee is beoogd te zeggen dat voor de onderhoudswerkzaamheden aan het tracé gedeelte van de spoorlijn ten oosten van de Trancheeweg ontheffing kan worden verleend omdat deze werkzaamheden toch geen (extra) afbreuk meer doen aan

de goede staat van instandhouding van de bewuste deelpopulatie, wordt uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het met een populatie slecht gaat dient het streven er juist op te zijn gericht een goede staat van instandhouding te bereiken. In dat geval mag daar zeker geen extra belasting meer bijkomen die dit streven nog moeilijker maakt.

26. Ook de deelpopulatie van de levendbarende hagedis ten westen van de Fabriekstraat is bijzonder kwetsbaar. De Minister motiveert op geen enkele manier waarom de staat van instandhouding van deze deelpopulatie na de werkzaamheden gunstig zal blijven. Voor deze deelpopulatie worden bovendien geen compenserende maatregelen voorgeschreven.

gebruik spoorlijn

27. De onderhoudswerkzaamheden aan het tracé tussen Weert en Budel kunnen niet los worden gezien van de voorgenomen heringebruikname van dit tracégedeelte. Deze werkzaamheden zouden immers niet nodig zijn als niet het voornemen bestond deze spoorlijn te reactiveren.
28. De Minister stelt in dat verband kortweg dat 'door het gebruik van het baanvak geen verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet overtreden [zullen] worden'. Een deugdelijke motivering op dit onderdeel van het bestreden besluit ontbreekt.
29. Onduidelijk is van welk gebruik (het aantal treinen dat van het spoortracé gebruik maakt) de Minister is uitgegaan bij zijn oordeel dat geen verbodsbepalingen worden overtreden. Dit geldt zowel voor het gebruik vóór als na de uitvoering van de onderhoudswerkzaamheden
30. Het lijkt erop dat de Minister zich volledig heeft gebaseerd op de op grond van de spoorwegregelgeving aan het tracé Budel-Weert toegewezen maximumcapaciteit. Hij miskent daarmee dat in het kader van de Flora- en faunawet het *feitelijk* gebruik bepalend is en niet de – op enig moment – op grond van regeling (maximaal) toegestane capaciteit van een spoorlijn. Daarbij komt nog dat de hier relevante spoorwegregelgeving/de Netverklaring niets zegt over het (precieze) aantal treinen dat binnen een bepaald tijdvak van een spoorlijn gebruik mag maken.
31. Hiervoor is gebleken dat het feitelijk gebruik dat sinds 1991 van het tracé Budel-Weert nog wordt gemaakt (bijna) niets voorstelt.

32. Uit het bestreden besluit is niet op te maken hoeveel treinen na uitvoering van de 'onderhoudswerkzaamheden' over het tracé Budel-Weert gaan rijden. Het aantal treinen over het tracé Weert-Budel is in de verleende ontheffing ook niet gelimiteerd.
33. Ook de aanvraag is op dit onderdeel – vriendelijk gezegd – onduidelijk. ProRail B.V. volstaat met de opmerkingen dat 'de mate van gebruik van een spoorbaan afhankelijk [is] van de vervoersvraag uit de markt' en dat zij 'vooralsnog signalen uit de markt [opvangt] dat het onderhavige baanvak na de werkzaamheden door circa 2 treinen per dag zal worden bereiden'. Naar de mening van cliënten maken de desbetreffende werkzaamheden echter de weg vrij voor een maximale benutting van dit spoortracé voor goederenvervoer. In dit verband herinneren cliënten er bovendien aan dat alleen al bij DLC het voornemen bestond om vanaf 2006 wekelijks met twintig treinen over het tracé te gaan rijden. De opmerkingen van ProRail B.V. zijn hiermee niet te rijmen. De Minister had in het kader van de aanvraag van ProRail B.V. nader onderzoek moeten instellen naar het voorgenomen gebruik.
34. Door bij de beoordeling van de vraag of het voorgenomen gebruik van het tracé Weert-Budel afbreuk doet aan de gunstige staat van instandhouding van beschermde diersoorten niet uit te gaan van het feitelijk gebruik maar van – in juridische zin – toegestane gebruik heeft de Minister een onjuist uitgangspunt gekozen. Om deze reden kan het bestreden besluit geen stand houden.

Soorten waarvoor geen ontheffing is aangevraagd

35. Tot slot geldt dat voor diverse in het plangebied levende beschermde dier- en plantensoorten ten onrechte geen ontheffing is aangevraagd. Voor wat betreft beschermde plantensoorten zijn onder meer het rapunzelklokje en het grasklokje in het plangebied aangetroffen. Ter zake beschermde diersoorten gaat het (naast in het plangebied aanwezige vogelsoorten) bijvoorbeeld om de zandhagedis en de gladde slang (zie het rapport van Ecologica, pagina 20 e.v.). Voor deze beschermde soorten dient nog een ontheffing te worden aangevraagd.

CONCLUSIE

Tegen de achtergrond van al het voorgaande moet de conclusie dan ook zijn dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven, dat het bezwaar van cliënten gegrond dient te worden verklaard en dat het besluit dient te worden herroepen en de gevraagde ontheffing(en) alsnog dienen te worden geweigerd.

Cliënten maken nadrukkelijk aanspraak op een vergoeding van de voor deze bezwaarschriftprocedure gemaakte kosten.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R.D. Boesveld', written over a horizontal line.

R.D. Boesveld