

Postbus 55
6500 AB Nijmegen
Kantoor Stella Maris
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 31 31
F +31 (0)24 322 20 74
www.dirkzwager.nl

105

AANTEKENEN

Rechtbank Gelderland
Afdeling bestuursrecht
Postbus 9030
6800 EM Arnhem

Tevens per fax: (026) 359 28 15

Datum	31 juli 2014
Van	mr. M.R.J. Baneke, advocaat
Inzake	Motivering beroepschrift
Dossiernummer	5030807
Uw referentie	ARN 14 / 4736 BESLU
Telefoonnummer	(024) 381 31 86
Faxnummer	(024) 360 60 26
E-mailadres	baneke@dirkzwager.nl



Geachte heer/mevrouw,

Namens de gemeente Groesbeek zend ik u hierbij een nadere motivering van het beroepschrift van 15 juli 2014.

1. Bij het primaire besluit van 29 november 2013 heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken (hierna: de staatssecretaris), ter voorkoming van een overtreding op grond van artikel 9 Flora- en faunawet, aan de gemeente Groesbeek een preventieve last onder dwangsom opgelegd. De staatssecretaris geeft daarbij op pagina 2 van dat besluit het volgende aan:

'In het geval door de gemeente een aanvang wordt gemaakt met de werkzaamheden aan de Cranenburgsestraat en de openstelling daarna, zonder vooraf nader aannemelijk te hebben gemaakt dat dit zonder overtredingen van artikel 9 (doden en/of verwonden) van de Flora- en faunawet zal plaatsvinden, verbeurt de gemeente:

- *per dag dat daadwerkelijk de werkzaamheden tot wegverbreding worden geconstateerd een dwangsom van € 25.000,-;*
- *waarbij een maximum geldt van € 200.000,-.'*

2. Tegen het primaire besluit hebben wij namens de gemeente Groesbeek bij brief van 7 januari 2014 bezwaar aangetekend. Bij brief van 30 januari 2014 is een nadere motivering van het bezwaarschrift aan de staatssecretaris toegezonden. Namens de gemeente Groesbeek hebben wij bij brief van 30 januari 2014 tevens een verzoek om voorlopige voorziening bij uw rechtbank ingediend tot schorsing van het besluit van 29 november 2013, voor zover het de werkzaamheden tot wegverbreding betreft. Bij brief van 12 februari 2014 heeft de staatssecretaris aan uw rechtbank bericht dat geen dwangsommen zullen worden verbeurd als gevolg van werkzaamheden aan de weg die worden uitgevoerd in de periode tot zes weken na de beslissing op het bezwaarschrift. Bij brief van 13 februari 2014 is het verzoek om voorlopige voorziening dan ook ingetrokken. Op 19 maart 2014 heeft met betrekking tot het bezwaar een hoorzitting plaatsgevonden.
3. Bij de beslissing op bezwaar van 5 juni 2014 heeft de staatssecretaris het bezwaar van de gemeente Groesbeek gedeeltelijk gegrond verklaard. De staatssecretaris overweegt daartoe als volgt:

*'Met u stel ik vast dat het buiten het broedseizoen enkel uitvoeren van de werkzaamheden als zodanig niet zal leiden tot het overtreden van artikel 9 van de Ffw. Het bestreden besluit is derhalve inderdaad te ruim opgesteld. Op dit punt verklaar ik uw bezwaar gegrond.'*¹

(...)

'Ik herroep het besluit waartegen uw bezwaren zijn gericht voor zover het bestreden besluit ziet op het uitvoeren van de werkzaamheden buiten het broedseizoen. Voor het overige laat ik het bestreden besluit in stand.'

De staatssecretaris heeft dus het primaire besluit van 29 november 2013 herroepen voor zover het ziet op het uitvoeren van de werkzaamheden buiten het broedseizoen en voor het overige heeft de staatssecretaris het primaire besluit in stand gelaten.

4. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat het nu onduidelijk is wat er nog over is van de last onder dwangsom. Volgens de tekst van de last zou de gemeente Groesbeek alleen nog een dwangsom verbeuren per dag dat daadwerkelijk *binnen het broedseizoen* de werkzaamheden tot wegverbreding worden geconstateerd. Per dag wordt dan een dwangsom van € 25.000,- verbeurd, met een maximum van € 200.000,-. Volgens de bijlage bij het primaire besluit lijkt

¹ P. 3 van de beslissing op bezwaar van 5 juni 2014

het erop dat de last ook ziet op het openstellen van de Cranenburgsestraat. Dat spoort niet met de tekst van de last zelf. Bovendien is het volstrekt onduidelijk wanneer de gemeente Groesbeek nog een dwangsom verbeurt. Dat is in strijd met de rechtszekerheid. Reeds hierom moet het beroep gegrond worden verklaard.

5. Voor zover uw rechtbank zou menen dat de gemeente Groesbeek ook in geval van openstelling van de Cranenburgsestraat een dwangsom verbeurt, geldt dat de preventieve last onder dwangsom ten onrechte is opgelegd.
6. Vooropgesteld wordt dat een *preventieve* last onder dwangsom alleen maar worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt (artikel 5:7 Algemene wet bestuursrecht (Awb)). Zoals volgt uit vaste jurisprudentie is een bestuursorgaan slechts bevoegd tot het opleggen van zo'n preventieve last onder dwangsom indien overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden (zie onder andere ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3938). Maar in dit geval is het helemaal niet duidelijk of een overtreding van artikel 9 Flora- en faunawet zal plaatsvinden, laat staan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid. De staatssecretaris heeft dat ook niet aangetoond. De staatssecretaris geeft slechts aan dat *de gemeente Groesbeek* niet aannemelijk heeft gemaakt dat er geen overtredingen van artikel 9 van de Flora- en faunawet zullen plaatsvinden, maar dat is voor het opleggen van een preventieve last zeker niet voldoende. De aanname dat na openstelling en ingebruikname van de Cranenburgsestraat er Steen- en Kerkuilen worden gedood is louter gebaseerd op veronderstellingen en niet op enig wetenschappelijk onderzoek. Er is ook geen rechtspraak waaruit volgt dat artikel 9 Flora- en faunawet wordt overtreden door de openstelling en ingebruikneming van een weg. In de Soortenstandaard van zowel de Steenuil als Kerkuil – die is opgesteld door het ministerie van de staatssecretaris – staat ook het volgende:

‘Het overtreden van de verbodsbepalingen van artikel 9 is bij de Steenuil/Kerkuil gebruikelijk niet aan de orde bij beheer, onderhoud, gebruik en ruimtelijke ontwikkeling’.²

Zoals de staatssecretaris zelf ook al aangeeft, zijn mortaliteitscijfers onbekend. Het is dus zeker niet waarschijnlijk dat artikel 9 Flora- en faunawet zal worden overtreden. Een preventieve last

² Soortenstandaard Steenuil (Ministerie van Economische Zaken, maart 2014), paragraaf 2.2 en Soortenstandaard Kerkuil (Ministerie van Economische Zaken, maart 2014), paragraaf 2.2.

had dan ook niet mogen worden opgelegd. Reeds hierom moet het beroep gegrond worden verklaard.

7. Verder is van belang dat met de enkele openstelling van de Cranenburgsestraat artikel 9 van de Flora- en faunawet niet door de gemeente Groesbeek wordt overtreden. Met de enkele openstelling van de weg – het verwijderen van een bord en het verwijderen van een fysieke blokkade – worden immers door de gemeente geen Steen- en Kerkuilen verwond en/of gedood.
8. Daarnaast heeft de staatssecretaris ten onrechte overwogen dat door Groesbeek onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat er geen overtredingen van artikel 9 Flora- en faunawet zullen plaatsvinden. De door de gemeente Groesbeek voorgestelde maatregelen tezamen zijn wel degelijk toereikend om overtreding van artikel 9 van de Flora- en faunawet te voorkomen. Dat volgt ook uit het rapport van Royal Haskoning DHV.³ De gemeente Groesbeek neemt alle mogelijke reële maatregelen om ervoor te zorgen dat de kans op een aanrijding niet wordt vergroot ten opzichte van de huidige situatie. Door sommige maatregelen wordt de kans op een aanrijding zelfs verkleind. De staatssecretaris stelt slechts dat het zeer waarschijnlijk is dat artikel 9 Flora- en faunawet wordt overtreden omdat de Dienst Landelijk Gebied (DLG) vindt dat de maatregelen ontoereikend zijn. Er wordt niet voldoende uitgelegd waarom dat het geval is en er wordt niet naar wetenschappelijke onderzoeken of andere rapporten verwezen. De staatssecretaris geeft ook niet aan waarom meer waarde moet worden gehecht aan de mening van de ecologen van DLG dan die van Royal Haskoning DHV. De gemeente Groesbeek kan niet meer doen dan ecologen verzoeken om een rapport op te stellen en vervolgens overeenkomstig dat rapport te handelen. Dat heeft zij gedaan. De gemeente Groesbeek heeft alles gedaan wat in redelijkheid van haar mocht worden verwacht. Niet is gebleken waarom het rapport van Royal Haskoning DHV ondeugdelijk zou zijn. Als de staatssecretaris niettemin een last onder dwangsom oplegt, dan moet de staatssecretaris aantonen dat het rapport wel ondeugdelijk is en dat heeft de staatssecretaris niet gedaan. De gemeente Groesbeek heeft met de voorgestelde maatregelen aan haar zorgplicht voldaan. Zoals het ministerie van de staatssecretaris in haar eigen Soortenstandaard van de Steenuil en Kerkuil ook aangeeft, is er dan geen sprake van een overtreding en hoeft er geen ontheffing te worden aangevraagd.
9. Een zéér belangrijke maatregel is dat de maximumsnelheid aanzienlijk wordt verlaagd. De maximumsnelheid wordt namelijk verlaagd van 80 km/uur naar 30 km/uur. Van belang daarbij

³ Rapport Royal Haskoning DHV, oktober 2013.

is dat uit tellingen van faunaverkeersslachtoffers bij verschillende snelheden is gebleken dat de kans op verkeersslachtoffers bij een snelheid van 30 km/uur te verwaarlozen is.⁴

De staatssecretaris geeft in de beslissing op bezwaar aan dat het geen werkbare optie is om het verkeersbesluit (tot verlaging van de snelheid tot 30 km/uur) afhankelijk te maken van de actuele bewoningsstatus van de nesten van de Steen- en Kerkuilen. Dat is ook niet de bedoeling. De gemeente Groesbeek heeft al meerdere malen benadrukt dat dit ook niet gebeurt. De maximumsnelheid van 30 km/uur wordt niet direct gekoppeld aan die bewoningsstatus. Als de nestlocaties tijdelijk niet worden gebruikt, dan geeft dat geen aanleiding om de snelheid direct weer te verhogen. Het gaat niet om een vorm van dynamische snelheid zoals weleens wordt toegepast bij autosnelwegen. De beslissing op bezwaar is dus gebaseerd op een onjuiste weergave van de feiten en de beslissing is daarom ondeugdelijk.

10. De staatssecretaris geeft verder aan dat de openstelling van de Cranenburgsestraat een aanzienlijke toename van de verkeersintensiteit tot gevolg heeft en dat daardoor Steen- en Kerkuilen worden verwond en/of gedood (en dus artikel 9 Flora- en faunawet wordt overtreden). Dit ten onrechte. In dat kader meent de staatssecretaris inmiddels wel dat een bovengrens van 2.500 verkeersbewegingen per etmaal op de grensovergang Cranenburgsestraat – Hettsteeg reëel is. Overigens volgt uit het rapport van Goudappel Coffeng van 28 februari 2014 zelfs dat de te verwachten hoeveelheid verkeersbewegingen 1.200 per etmaal bedraagt in geval van een handmatige onderbouwing en 1.900 per etmaal in geval van een onderbouwing met gebruik van het verkeersprognosemodel. Door de toename van de verkeersintensiteit worden hoe dan ook geen Steen- en Kerkuilen verwond en/of gedood. Zowel bij 2.500 als bij 1.900 als bij 1.200 verkeersbewegingen zijn er immers geen cijfers bekend waaruit volgt dat bij dat aantal verkeersbewegingen Steen- en Kerkuilen worden verwond en/of gedood. Er is daar nu eenmaal geen wetenschappelijk inzicht in.
11. Voorts meent de staatssecretaris dat het verlichten van de weg geen effectieve maatregel is aangezien DLG daar geen voorstander van is omdat de werking daarvan niet is bewezen. Wat daar ook van zij, volgens de gemeente Groesbeek – en de ecologen van Royal Haskoning DHV – zal de maatregel in ieder geval wel toereikend zijn in combinatie met de andere maatregelen. De staatssecretaris geeft ook aan dat de verlichting *potentieel* verstorend *kan* werken op het broedsucces en andere soorten, waaronder vleermuizen, *kan* schaden. Dat

⁴ Rapport Royal Haskoning DHV, oktober 2013, p. 9 en Leidraad Faunavoorzieningen bij Infrastructuur, Bijlagen (juni 2013).

betekent dat niet vaststaat dat het verstorend werkt. In elk geval wordt daardoor artikel 9 van de Flora- en faunawet niet overtreden.

12. De staatssecretaris stelt dat door de openstelling van de Cranenburgsestraat de gunstige staat van instandhouding van de populatie van de Steen- en Kerkuil kan worden aangetast. De staatssecretaris heeft dat geheel niet aangetoond. De vraag of de gunstige staat van instandhouding wordt aangetast is hier ook helemaal niet aan de orde. Die vraag speelt pas bij het al dan niet verlenen van een ontheffing. Het gaat er bij de vraag of de last onder dwangsom terecht is opgelegd slechts om of door de openstelling van de Cranenburgsestraat Steen- en Kerkuilen worden verwond en/of gedood en dus artikel 9 van de Flora- en faunawet wordt overtreden.
13. Op de overige maatregelen – het specifieke beheer van de wegbermen, het plaatsen van een haag/schutting langs de weg, het versterken van de functionaliteit van de habitat – gaat de staatssecretaris in de beslissing op bezwaar niet meer in. Kennelijk acht de staatssecretaris deze maatregelen inmiddels wel effectief.
14. Wellicht ten overvloede benadrukt de gemeente Groesbeek dat de openstelling van de Cranenburgsestraat van groot belang is. Het is ook de kortste route naar Duitsland. De doestelling is overigens niet om een nieuwe hoofdroute van en naar Duitsland te realiseren. De route over de Wylerbaan blijft de hoofdroute. Verder stelt de staatssecretaris dat de gemeente Groesbeek heeft aangegeven dat de Wylerweg (kennelijk wordt bedoeld: de Wylerbaan) een alternatieve route is, maar dat is niet het geval. De gemeente Groesbeek heeft juist aangegeven dat de Wylerbaan beheers- en verkeerstechnische beperkingen kent en dat een toename van het verkeer op de Wylerbaan voor flora en fauna meer negatieve effecten heeft dan openstelling van de Cranenburgsestraat. Voor zover de Wylerbaan wel een alternatieve route zou zijn, is van belang dat de vraag over de alternatieven ook pas speelt bij het al dan niet verlenen van een ontheffing. Het gaat nu om de vraag of er Steen- en Kerkuilen worden verwond en/of gedood en dat is niet het geval.

Namens de gemeente Groesbeek verzoek ik u dan ook om het beroep gegrond te verklaren, de beslissing op bezwaar te vernietigen, het bezwaar geheel gegrond te verklaren en te bepalen dat uw uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de beslissing op bezwaar.