

ECLI:NL:RBGEL:2015:2135

Instantie	Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak	25-03-2015
Datum publicatie	27-03-2015
Zaaknummer	AWB - 15 _ 1398
Rechtsgebieden	Omgevingsrecht
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie	Aanleg fietspad. Overtreding Flora- en Faunawet?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK GELDERLAND

Zittingsplaats Arnhem

Bestuursrecht

zaaknummer: AWB 15/1398

uitspraak van de voorzieningenrechter ingevolge artikel 8:87 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in het geding tussen

de gemeente Groesbeek, te Groesbeek,

(gemachtigde: mr. K.E.M. Tilleman),

en

de Staatssecretaris van Economische Zaken,

(gemachtigde: mr. J. den Haan).

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

Werkgroep Milieubeheer Groesbeek, te Groesbeek

en

Stichting RAVON, te Nijmegen.

Procesverloop

Bij besluit van 9 maart 2015 (het bestreden besluit) heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken (verder: de staatssecretaris) aan de gemeente Groesbeek (hierna: de gemeente) een last opgelegd met een begunstigingstermijn tot 15 maart 2015 en daaraan verbonden een dwangsom van € 150.000 ineens.

De gemeente heeft tegen dat besluit bezwaar gemaakt. De gemeente heeft de voorzieningenrechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen.

Bij uitspraak van 12 maart 2015 heeft de voorzieningenrechter het verzoek toegewezen en het bestreden besluit geschorst. Daarbij is uitdrukkelijk overwogen dat nader zal worden bezien of – overeenkomstig het bepaalde in artikel 8:87, eerste lid, van de Awb – reden bestaat de uitgesproken schorsing ambtshalve op te heffen dan wel te wijzigen.

Partijen zijn vervolgens uitgenodigd te verschijnen ter zitting van de voorzieningenrechter van 18 maart 2015. Namens de gemeente zijn aldaar verschenen H.W.C.G. Keerweer, burgemeester, M.A. Barber-Hendriks, wethouder, ing. C. van der Ree, projectleider openbare werken en D. Beumer, beleidsmedewerker verkeer, bijgestaan door mr. K.E.M. Tilleman. De staatssecretaris heeft zich doen vertegenwoordigen door I. van Laatum en mr. J. den Haan. Namens derde-partijen is niemand verschenen.

Overwegingen

Het oordeel van de voorzieningenrechter heeft een voorlopig karakter en bindt de rechtbank in een (eventueel) bodemgeding niet.

Ingevolge artikel 9 van de Flora- en faunawet (Ffw) is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen.

Ingevolge artikel 11 van de Ffw is het verboden nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.

In opdracht van de gemeente is in het najaar van 2014 het bestaande smalle paadje langs de spoorlijn in de zogenaamde Spoorkuil te Groesbeek met een laag beton verhard en tot twee meter verbreed. Verder is aan weerszijden een strook van één meter vrij gemaakt van vegetatie. Beoogd is deze strook ook in de toekomst

van vegetatie vrij te houden.

De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat de aanleg en het gebruik van het betonnen fietspad het leefgebied van de zandhagedis, de hazelworm en de gladde slang verstoort (artikel 11 Ffw) dan wel er toe leidt dat deze reptielen mogelijk worden gedood dan wel verwond (artikel 9 Ffw). Om die reden heeft de staatssecretaris, daartoe ook verzocht door derde-partijen, besloten tot handhavend optreden.

De door de staatssecretaris opgelegde last houdt het volgende in:

- a. De gemeente dient het fietspad vóór 15 maart 2015 in de oude staat terug te brengen, of
- b. De gemeente dient het fietspad vóór 15 maart 2015 af te sluiten voor al het gebruik en, onder begeleiding van een deskundige, de barrièrewerking ongedaan te maken (zie brief d.d. 25 februari 2015).

De gemeente kan zich niet met de opgelegde last verenigen. Naar haar mening is van een overtreding geen sprake. Zij wijst in dit verband op het rapport 'Inventarisatie reptielen en effectbeoordeling betonfietspad spoorkuil, gemeente Groesbeek- onderzoek en toetsing in het kader van de Flora- en faunawet' van 23 oktober 2014 dat in haar opdracht is opgesteld door Bureau Waardenburg, een deskundige op het terrein van de ecologie. Door dit bureau is ter plaatse veldonderzoek gedaan en in het kader van dat onderzoek is de gladde slang in het onderzoeksgebied niet aangetroffen. De hazelworm is wel in het onderzoeksgebied aangetroffen maar niet in het plangebied zelf (betonnen pad inclusief vrij van vegetatie te houden bermen). Het plangebied heeft volgens Bureau Waardenburg voor de hazelworm ook geen functie. Wel zijn in het plangebied zandhagedissen waargenomen. Volgens Bureau Waardenburg is echter geen sprake van (relevante) aantasting van de functionaliteit van de voortplantings- of vaste rust- of verblijfsplaatsen (art 11 Ffw) van de zandhagedis. Een overtreding van artikel 9 Ffw kan met monitoring en eventuele maatregelen worden voorkomen.

Dit was onvoldoende voor de staatssecretaris. De staatssecretaris beroept zich daarbij op andersluidende adviezen van de Dienst Landelijk Gebied (DLG) van 2 december 2014 en

7 januari 2015. Weliswaar volgt uit die adviezen dat het onderzoek dat Bureau Waardenburg aan zijn rapportage ten grondslag heeft gelegd zorgvuldig heeft plaatsgevonden, maar de DLG acht de daaruit door Waardenburg getrokken conclusies, met name dat er geen sprake is van een aantasting van het leefgebied van de zandhagedis, voorbarig. De staatssecretaris heeft dit standpunt overgenomen.

De voorzieningenrechter ziet zich in de eerste plaats voor de vraag gesteld of de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat sprake is van een overtreding. Daarbij geldt dat bij een belastend besluit, zoals een last onder dwangsom is, door de staatssecretaris aannemelijk moet worden gemaakt dat van een overtreding sprake is.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de feitelijke werkzaamheden voor de aanleg van het fietspad zijn afgerond. Niet is komen vast te staan dat deze werkzaamheden als zodanig hebben geleid tot een overtreding van de Ffw. Een overtreding kan thans ook niet meer worden vastgesteld. Voor het opleggen van een (herstel)sanctie, strekkende tot het verwijderen van het fietspad, bestaat in zoverre dan ook geen ruimte.

Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is het vervolgens niet zo, dat de enkele aanleg van

het fietspad zonder meer een relevante aantasting van het leefgebied impliceert als bedoeld in artikel 11 van de Ffw. Bureau Waardenburg heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht overwogen dat op voet van artikel 11 van de Ffw sprake dient te zijn van een aantasting van de functionaliteit van de voortplantings- of vaste rust- of verblijfsplaatsen. Dat hiervan sprake zou zijn is door de DLG (en door de staatssecretaris) niet onderbouwd. Dit klemmt nu, zoals hiervoor reeds gezegd, sprake is van een belastend besluit zodat het aan de staatssecretaris is om aannemelijk te maken dat van een overtreding sprake is.

Bureau Waardenburg heeft gemotiveerd gesteld dat met de aanleg van het betonnen fietspad weliswaar een strook leefgebied van de zandhagedis verdwijnt (met een functie voor zonnende dieren en –voor een korte periode in het jaar – als opgroei- en dispersiegebied voor juveniele zandhagedissen), maar dat het resterend leefgebied dit verlies kan opvangen omdat het ruimtebeslag ten behoeve van het fietspad beperkt is. Nu de staatssecretaris niet voldoende heeft gemotiveerd waarom dit standpunt niet juist is, staat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter in zoverre niet vast dat sprake is van een overtreding van artikel 11 van de Ffw.

Ten aanzien van het gebruik van het fietspad heeft het Bureau Waardenburg vastgesteld dat het fietspad geen onderdeel uitmaakt van het leefgebied van de hazelworm, en dat de gladde slang ter plaatse niet voorkomt. De staatssecretaris heeft niet of onvoldoende onderbouwd waarom dit niet juist zou zijn.

Bureau Waardenburg heeft overwogen dat in de nieuwe situatie van een betonpad met aan weerszijden een kale berm de aanrijkans voor adulte zandhagedissen niet zal toenemen, nu de adulte dieren het betonpad niet als zonplaats gebruiken en dit alleen sporadisch zullen oversteken. Adulte zandhagedissen zullen hier niet permanent verblijven door het open en kale karakter.

Echter, de voorzieningenrechter leest in de rapportage van Bureau Waardenburg eveneens dat gedurende enkele weken in de nazomer juveniele zandhagedissen, opgejaagd door hun volwassen soortgenoten, op zoek gaan naar nieuw leefgebied (dispersie) en dientengevolge het fietspad zullen kruisen. Deze vaststelling is niet zonder belang. Zoals de voorzieningenrechter ter zitting is gebleken, is het gebruik van het fietspad aanmerkelijk geïntensiveerd, nu dit volgens de gemeente een belangrijke fietsroute is geworden als enig alternatief voor de door de gemeente voor fietsers onveilig geachte Heumensebaan. Daarmee staat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter vast dat artikel 9 van de Ffw wordt overtreden, omdat voorzienbaar is dat juveniele zandhagedissen in de dispersieperiode worden aangereden. Dat betekent dat de staatssecretaris bevoegd is tot handhavend optreden.

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

Van bijzondere omstandigheden om van handhavend optreden af te zien is de voorzieningenrechter niet gebleken. Er is geen concreet zicht op legalisatie, nu de gemeente heeft aangegeven dat zij geen aanvraag voor een vrijstelling op grond van de Ffw zal indienen. Voorts heeft de staatssecretaris ter zitting aangegeven, geen medewerking aan een dergelijke aanvraag te zullen verlenen anders dan onder strikte voorwaarden. Die voorwaarden zijn, zo is ter zitting gebleken, voor de gemeente niet acceptabel. Ook overigens is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die nopen tot het afzien van een handhavend optreden. De staatssecretaris heeft dan ook een last onder dwangsom kunnen opleggen.

Toch is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat het bestreden besluit in deze vorm in bezwaar geen stand zal kunnen houden. Daargelaten dat de opgelegde last onduidelijk is voor zover het –naast de verwijdering van het fietspad – tevens de mogelijkheid biedt tot afsluiting en het ongedaan maken van de barrièrewerking (op voorhand is niet duidelijk op welke wijze het fietspad moet worden afgesloten en welke maatregelen moeten worden getroffen), is deze last te verstrekkend. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt immers dat uit thans beschikbare gegevens enkel een overtreding kan worden afgeleid die plaatsvindt in de nazomer (september), op het moment dat de juveniele zandhagedissen op zoek gaan naar nieuw leefgebied. Daarbij past niet een last die ziet op het onmiddellijk afsluiten van het fietspad.

Gelet op het voorgaande bestaat geen aanleiding de reeds getroffen voorziening op te heffen.

De voorzieningenrechter acht daarbij van belang dat de gemeente ter zitting heeft bevestigd dat zij bereid is om gedurende (een gedeelte van) de maand september het fietspad af te sluiten om de zandhagedissen te monitoren en zo nodig maatregelen te treffen.

De voorzieningenrechter wijst partijen er op dat het de staatssecretaris dan wel derde-partijen vrijstaat om te verzoeken tot wijziging of opheffing van de getroffen voorziening, indien mocht blijken dat de gemeente toch niet voornemens is om het fietspad in september af te sluiten. Overigens mag worden verwacht dat de staatssecretaris tegen die tijd reeds op de bezwaren van de gemeente zal hebben beslist. De voorzieningenrechter ziet wel aanleiding de uitgesproken voorziening te wijzigen, in die zin dat het bestreden besluit wordt geschorst tot zes weken na de bekendmaking van het besluit op bezwaar.

De voorzieningenrechter veroordeelt de staatssecretaris in de door de gemeente gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 980 (1 punt voor het indienen van het verzoekschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 490,- en een wegingsfactor 1). Van overige voor vergoeding in aanmerking komende kosten is niet gebleken.

Voorts zal de voorzieningenrechter de staatssecretaris gelasten om aan de gemeente het door haar betaalde griffierecht te vergoeden.

Beslissing

De voorzieningenrechter

handhaaft de bij uitspraak van 12 maart 2015 uitgesproken schorsing;
bepaalt dat deze voorziening voortduurt tot zes weken na de bekendmaking van het besluit op bezwaar;
veroordeelt de staatssecretaris in de proceskosten van de gemeente ten bedrage van € 980;
gelast dat de staatssecretaris het door de gemeente betaalde griffierecht groot € 331 aan haar vergoedt.

Deze uitspraak is gedaan door mr. S.A. van Hoof, voorzieningenrechter, in tegenwoordigheid van mr. M.G.J. Litjens, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 25 maart 2015.

griffier	Voorzieningenrechter
Afschrift verzonden aan partijen op:	
Rechtsmiddel	
Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.	