

LJN: BY6864, Rechtbank Leeuwarden , AWB 11/3031

Datum uitspraak: 17-12-2012

Datum 19-12-2012

publicatie:

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: Flora- en Faunawet. Traject M "Polderhoofdkanaal". Geen sprake van een dwingende reden van groot openbaar belang voor het verlenen van ontheffingen.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK LEEUWARDEN

Sector bestuursrecht

zaaknummer: AWB 11/3031

uitspraak van de meervoudige kamer van 17 december 2012 in de zaak tussen

[A] en [B],
eisers,
wonende te [woonplaats],
gemachtigde: mr. R.C. Kamsma,

het Comité Belangenbehartiging Polderhoofdkanaal,
gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres (hierna: het Comité),
gemachtigde: [B],

en

de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
verweerder (hierna: de staatssecretaris),
gemachtigden: W. van Dijk en R.H.J. van der Schuur, werkzaam bij verweerders Ministerie.

Procesverloop

Bij besluit van 21 april 2011 (het primaire besluit) heeft de staatssecretaris de gemeente Opsterland op basis van artikel 75 van de Flora- en Faunawet (de Ffw) ontheffingen verleend van de verboden genoemd in artikel 11 van de Ffw voor de waterspitsmuis, de grote modderkruiper en de gestreepte waterroofkever. Voor de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker zijn de gevraagde ontheffingen afgewezen.

Bij besluit op bezwaar van 31 oktober 2011 (het bestreden besluit) heeft de staatssecretaris het primaire besluit gehandhaafd.

Eisers en het Comité hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Op grond van art. 8:26, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is de gemeente Opsterland door de rechtbank in de gelegenheid gesteld als partij aan het geding deel te nemen. Zij heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 7 november 2012. Namens eisers is [B] verschenen, bijgestaan door haar gemachtigde. [B] vertegenwoordigt ter zitting het Comité. De staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden. De gemeente Opsterland heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. W. Zwier, bijgestaan door W. Altenburg, G. Bekers, H. de Gle en S. Duursma.

Overwegingen

1. De rechtbank neemt de volgende, door partijen niet betwiste, feiten als vaststaand aan. De gemeente Opsterland heeft in maart 2007 een ontheffing gevraagd als bedoeld in artikel 75 van de Ffw. De aanvraag heeft betrekking op het project Friese Merenproject Traject M "Polderhoofdkanaal", kortweg het project Polderhoofdkanaal.

Het Polderhoofdkanaal is een kanaal van 7,5 kilometer lang, dat loopt van De Veenhoop in de gemeente Smallingerland via Nij Beets naar de Nieuwe Vaart in de gemeente Opsterland. Het kanaal is sinds 1967 gesloten voor de scheepvaart. De belangrijkste doelstelling van het project is het opnieuw bevaarbaar maken van het Polderhoofdkanaal voor de toeristisch-recreatieve vaart. Hierdoor wordt het Friese Merengebied verbonden met de Turfroute, een vaarroute in de richting van het zuidoosten van de provincie Fryslân.

Om het project te kunnen uitvoeren moeten diverse werkzaamheden worden uitgevoerd: het restaureren van de sluisen bij De Veenhoop en de Nieuwe Vaart, het baggeren van het laatste deel van het kanaal bij De Veenhoop, het oplossen van knelpunten bij de bestaande bruggen, het creëren van aanlegplaatsen en het verstevigen van oevers.

Een ontheffing op grond van de Ffw is noodzakelijk in verband met een aantal in het gebied aanwezige beschermde diersoorten, te weten de bittervoorn, de grote en kleine modderkruiper, de gestreepte waterroofkever en de groene glazenmaker.

Bij besluit van 20 september 2007 heeft de staatssecretaris een ontheffing onder voorwaarden verleend. Tegen dit besluit is bezwaar gemaakt en zijn tevens verzoeken om een voorlopige voorziening ingediend. Bij de uitspraak van 17 oktober 2007 heeft de voorzieningenrechter de verzoeken toegewezen en de ontheffing geschorst.

Op 29 december 2010 heeft de gemeente Opsterland opnieuw een ontheffing gevraagd als bedoeld in artikel 75 van de Ffw. De gemeente Opsterland heeft een nieuwe aanvraag ingediend, omdat de geschorste ontheffing een geldigheidsduur had tot 31 december 2010.

Bij het primaire besluit heeft de staatssecretaris de gemeente Opsterland op basis van artikel 75 van de Ffw ontheffing verleend van de verboden, genoemd in artikel 11 van de Ffw voor zover het betreft het beschadigen, vernielen of verstoren van nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van de waterspitsmuis, grote modderkruiper en de gestreepte waterroofkever. Ten aanzien van de bittervoorn is gesteld dat geen ontheffing nodig is, nu deze soort niet voorkomt in het gebied. Ten aanzien van de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker is de ontheffing afgewezen, door middel van een zogenaamde positieve afwijzing. Bij het bestreden besluit heeft de staatssecretaris het besluit tot ontheffingverlening gehandhaafd.

Wet- en regelgeving

2.1. In artikel 9 van de Ffw is bepaald dat het verboden is dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen.

2.2. In artikel 11 van de Ffw is bepaald dat het verboden is 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.

2.3. In artikel 75, derde lid, van de Ffw is, onder meer, bepaald dat de minister ontheffing kan verlenen van het bepaalde bij of krachtens de artikel 9, 11 en 13 van de Ffw.

2.4. In artikel 75, vijfde lid, van de Ffw is bepaald dat ontheffingen (...) slechts worden verleend indien er geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige instandhouding van de soort.

2.5. Op grond van artikel 75, zesde lid, aanhef en onder c, van de Ffw wordt in het geval van soorten genoemd in bijlage IV van richtlijn nr. 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (de Habitatrichtlijn), en voor bij algemene maatregel van bestuur aangewezen beschermde inheemse dier-

of plantensoorten vrijstelling of ontheffing slechts verleend wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat (c) met het oog op andere, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen, belangen.

2.6. In artikel 2, derde lid, onder e, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (het Besluit) zijn 'andere belangen' als bedoeld in artikel 75, vijfde lid (thans zesde lid), onder c, van de Ffw aangewezen, waaronder (e) dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard.

2.7. In artikel 2c, eerste lid, aanhef en onder a, van het Besluit is bepaald dat met betrekking tot diersoorten, genoemd in bijlage IV van de Habitatrichtlijn, en de diersoorten genoemd in bijlage 1 bij dit besluit, van de artikelen 9 tot en met 12 van de wet slechts vrijstelling of ontheffing kan worden verleend ten behoeve van de belangen genoemd in artikel 2, derde lid, onderdelen a, b, c, d, e of f.

2.8. De waterspitsmuis, de bittervoorn, de grote en kleine modderkruiper, de gestreepte waterroofkever en de groene glazenmaker zijn beschermde inheemse diersoorten als bedoeld in artikel 4 van de Ffw. De gestreepte waterroofkever en de groene glazenmaker zijn daarnaast opgenomen in bijlage IV van de Habitatrichtlijn, als zijnde diersoorten van communautair belang die strikt moeten worden beschermd. De grote modderkruiper is tenslotte ook opgenomen in bijlage 1, behorende bij het Besluit waarvoor dezelfde bescherming dient te gelden als voor dier- en plantensoorten van communautair belang.

Indiening processtukken

3.1. Eisers hebben op 29 oktober 2012 processtukken bij de rechtbank ingediend. De rechtbank stelt vast dat deze stukken gelet op het bepaalde in artikel 8:58 van de Awb te laat zijn ingediend. De rechtbank is evenwel van oordeel dat deze stukken, in de procedure betrokken kunnen worden. De rechtbank acht hierbij van belang dat een groot deel van de stukken bij alle partijen reeds bekend was. Voorts is ter zitting aangegeven dat partijen ondanks de korte termijn in staat zijn adequaat op de stukken te reageren. De rechtbank zal de bedoelde stukken dan ook bij haar beoordeling betrekken.

Ontvankelijkheid van het Comité

4.1. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Ingevolge het derde lid worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

4.2. Ter zitting is namens het Comité betoogd dat zij als informele vereniging aangemerkt dient te worden. De rechtbank is van oordeel dat eerst sprake is van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, de zogenoemde informele vereniging, in de zin van artikel 2:26 van het Burgerlijk Wetboek, als aan de daar genoemde cumulatieve vereisten wordt voldaan.

Ter zitting is vast komen te staan dat het Comité geen ledenbestand heeft, geen officiële ledenvergaderingen houdt en geen bestuur heeft. Verder is niet aannemelijk geworden dat het Comité als eenheid deelneemt aan het rechtsverkeer. De rechtbank is op grond daarvan van oordeel dat het Comité niet voldoet aan voornoemde vereisten, zodat geen sprake is van een informele vereniging. Het Comité kan dan ook niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb worden aangemerkt. Het Comité wordt niet-ontvankelijk verklaard.

De positieve afwijzing

5.1. De rechtbank stelt vast dat de staatssecretaris ten aanzien van de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker een positieve afwijzing heeft gegeven.

5.2. Eisers hebben gesteld dat op basis van vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) in een geval als het onderhavige geen positieve afwijzing kan worden gegeven. De AbRS accepteert volgens eisers niet dat op basis van argumenten over mitigatie en compensatie geen ontheffing nodig is in een situatie waarin dieren en de plek waar zij leven zullen worden verstoord.

5.3. De staatssecretaris heeft betoogd dat voor de genoemde twee soorten terecht een positieve afwijzing is gegeven.

5.4. De gemeente Opsterland heeft zich op het standpunt gesteld dat, nu eisers in de gronden van het bezwaar en het beroep de positieve afwijzing niet aan de orde hebben gesteld, de rechtbank deze eerst ter zitting naar voren gebrachte grond niet kan betrekken in deze procedure.

5.5. De rechtbank stelt voorop dat eisers zich verzetten tegen het bestreden besluit en dat dit besluit zowel de ontheffingen als de positieve afwijzingen behelst. Nu de gronden van eisers ruim zijn geformuleerd, dient te worden geconcludeerd dat deze ook zijn gericht tegen de positieve afwijzingen. In dat kader is het eisers toegestaan hun argumenten nader uit te bouwen en te preciseren. De rechtbank vat het betoog gericht tegen de positieve afwijzingen als zodanig op en zal dit beoordelen.

5.6 In navolging van de AbRS (7 november 2012, LJN: BY2464) overweegt de rechtbank als volgt. Artikel 11 van de Ffw bevat mede de implementatie van artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn. De groene glazenmaker, waarvoor een positieve afwijzing is gegeven, wordt vermeld in bijlage IV, van die richtlijn, zodat de bepaling op deze zaak van toepassing is. Daarbij acht de rechtbank van belang dat de staatssecretaris niet uitsluit dat de groene glazenmaker in het gebied vaste rust- of verblijfplaatsen heeft, zodat de bepaling niet buiten beschouwing gelaten kan worden.

In paragraaf II.3.4. van het Guidance document heeft de Europese Commissie een uitleg gegeven over artikel 12, eerste lid, onder d, van de Habitatrichtlijn. Volgens het Guidance document is die bepaling gericht op het waarborgen van de ecologische functionaliteit van broed- en rustplaatsen, dat wil zeggen het verzekeren dat deze plaatsen een diersoort alle elementen blijven bieden die nodig zijn om succesvol te kunnen broeden of rusten. (...) Ten slotte wordt artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn volgens het Guidance document niet overtreden, indien maatregelen worden genomen die de blijvende ecologische functionaliteit van een broed- en of rustplaats garanderen. Hierbij is van belang dat de ecologische functionaliteit op geen enkel moment, ook niet tijdelijk, in het geding komt.

De staatssecretaris heeft ten aanzien van de afwijzing van de ontheffing voor de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker overwogen dat deze in het plangebied voorkomen en dat door de werkzaamheden vaste rust- en verblijfplaatsen worden verstoord, beschadigd en vernield. Om de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaatsen te waarborgen zijn mitigerende maatregelen voorgesteld en wordt volgens de staatssecretaris vooraf voor voldoende alternatief gezorgd dat in kwaliteit en kwantiteit overeenkomt met de huidige functionaliteit van de aanwezige populaties.

Onder verwijzing naar voornoemde uitspraak van de AbRS stelt de rechtbank voorop dat uit de formulering van de verboden neergelegd in artikel 11 van de Ffw voortvloeit dat slechts maatregelen die zien op het voorkomen van overtreding van de in de bepaling opgenomen verboden, kunnen worden betrokken bij de beoordeling of die verboden worden overtreden.

De rechtbank is van oordeel dat de door de staatssecretaris genoemde maatregelen als mitigerende maatregelen gekwalificeerd dienen te worden. Deze maatregelen hebben tot doel de gevolgen van de werkzaamheden dan wel het project te verzachten. In het rapport van Altenburg & Wymenga ('Varen in het Polderhoofdkanaal?') wordt bij de voorgestelde maatregelen ook aangegeven dat deze leiden tot het beperken van de effecten op beschermde soorten tijdens de werkzaamheden. Niet gezegd kan worden dat met deze maatregelen een overtreding van de verboden zoals neergelegd in artikel 11 van de Ffw wordt voorkomen, nu naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval sprake is van verstoring van de vaste rust- en verblijfplaatsen van de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker. In dat kader acht de rechtbank verder van belang dat niet vast is komen te staan dat de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaatsen van de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker niet in het geding is. Gelet op het voorgaande wordt het verbod als bedoeld in artikel 11 van de Ffw overtreden. Voor overtreding van het verbod kan ontheffing worden gevraagd. De rechtbank is van oordeel dat de staatssecretaris had moeten beoordelen of de aanvraag voor ontheffing voor wat betreft de kleine modderkruiper en de groene glazenmaker met inachtneming van de in artikel 75 van de Ffw gestelde vereisten kan worden ingewilligd. De staatssecretaris heeft zich dan ook ten onrechte op het standpunt gesteld dat geen ontheffing nodig is.

Dit betekent dat het beroep van eisers gegrond wordt verklaard. De rechtbank zal wegens proceseconomische overwegingen ook de ontheffingen beoordelen.

De ontheffingen

Niet in geding is dat in het Polderhoofdkanaal de genoemde beschermde inheemse diersoorten voorkomen en dat er voor de te verrichten werkzaamheden in het kader van het project Polderhoofdkanaal een ontheffing op grond van de Ffw noodzakelijk is.

De aanvraag om ontheffing moet getoetst worden aan artikel 75, vijfde en zesde lid, van de Ffw en artikel 2, derde lid in samenhang gelezen met artikel 2c, eerste lid van het Besluit.

Onder verwijzing naar vaste rechtspraak van de AbRS (13 mei 2009, LJN: BW1829) overweegt de rechtbank dat uit artikel 75 van de Ffw duidelijk wordt dat bij de beoordeling van de vraag of een ontheffing kan worden verleend, een dwingend en beperkt toetsingskader wordt gehanteerd. Dit betekent concreet dat een ontheffing in dit geval alleen verleend kan worden indien er:

- a. geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort;
- b. er geen andere bevredigende oplossing bestaat en
- c. sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang.

Gunstige staat van instandhouding

6.1. Eisers hebben -kort weergegeven- betoogd dat er onvoldoende kennis is voor het vaststellen van de mate van aantasting in het gebied en daarmee ook voor het opstellen van de ecologische onderbouwing van het compensatieplan. Onder verwijzing naar een aantal onderzoeken hebben eisers gesteld dat gelijkwaardige compensatie in de praktijk vaak niet haalbaar is.

6.2. De staatssecretaris heeft -samengevat- gesteld dat uit ecologisch onderzoek is gebleken dat door het pakket aan mitigerende- en compenserende maatregelen in combinatie met monitoring de gunstige staat van instandhouding van de betrokken soorten in dit geval niet in geding is. De staatssecretaris heeft erop gewezen dat een contra-expertise van eisers op dit punt ontbreekt.

6.3. De rechtbank ziet zich gesteld voor de vraag of de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat met de verleende ontheffingen geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de betreffende soorten.

De gemeente Opsterland heeft bij zijn aanvraag om ontheffing op grond van de Ffw drie rapporten van Altenburg & Wymenga en een rapport van Royal Haskoning overgelegd. In het rapport 'Varen in het Polderhoofdkanaal? Verkenning van alternatieven voor mitigatie en compensatie' worden mitigerende en compenserende maatregelen besproken. Op

28 augustus 2009 heeft Royal Haskoning een rapport uitgebracht met betrekking tot de uitwerking van deze compenserende en mitigerende maatregelen. Royal Haskoning komt tot de volgende conclusie: 'De slagingskans van het hier voorgestelde mitigatie- en compensatieontwerp om de negatieve effecten van de openstelling van het PHK tegen te gaan is groot. Er blijven echter altijd onzekerheden over het gewenste resultaat. De natuur en de gewenste ontwikkelingen daarin zijn nooit exact te voorspellen. De aanpassingen en inrichting ten behoeve van de ecologische eisen van de Gestreepte waterroofkever (waterdiepte, oeverinrichting, e.d.) zijn uitvoerbaar. Met name die gebieden waar de Gestreepte waterroofkever al is aangetroffen, zoals het Alddijp, bieden goede kansen voor uitbreiding van de populatie en dus als compensatiegebied. Daarnaast zullen er door het realiseren van obstakelvrije verbindingen tussen de waterlopen meer migratiemogelijkheden ontstaan wat de uitbreiding van soorten bevordert. Door de verbindingen in het plangebied zal het PHK als versterkte verbinding dienen tussen natuurgebieden en watergangen en functioneren als nieuwe verbinding in het Friese merentraject.(...) Belangrijkste conclusie is, dat met dit ontwerp de mitigatie- en compensatieopgave (het aantal km's en ha's compensatiegebied) wordt gerealiseerd. De mitigerende en compenserende maatregelen zijn in nauw overleg met de beherende instanties en grondeigenaren opgesteld.'

Ten aanzien van de monitoring is een rapport van Altenburg & Wymenga ingebracht. Hieruit blijkt dat het niet de verwachting is dat de natuurwaarden in het Polderhoofdkanaal direct ernstig aangetast

zullen worden. Er wordt gestart met een situatie waarin de kraan in zekere mate is dichtgedraaid: er wordt anderhalf jaar tussen het gereedkomen van de compensatiegebieden en de openstelling van het kanaal aangehouden, de turfroute wordt beperkt opengesteld (15 mei - 15 september) en in de eerste twee jaar van de openstelling wordt niet gevaren in mei en juni omdat dit belangrijke groeimaanden zijn. De vaardiepte is bij de openstelling 90 cm en de maximale vaarsnelheid bedraagt 6 km/uur. Op basis van de voorgaande rapporten heeft de Dienst Landelijk Gebied een ecologisch advies uitgebracht. In dit advies wordt voor de betreffende soorten beoordeeld of de maatregelen die voorgesteld worden door Altenburg & Wymenga (en overgenomen zijn door de aanvrager) leiden tot de conclusie dat sprake is van een gunstige staat van instandhouding. Voor alle soorten wordt door de Dienst positief geadviseerd.

Eisers hebben in reactie op de rapporten waarop de staatssecretaris zich baseert verschillende notities overgelegd. De rechtbank vindt in de notities onvoldoende aanleiding tot twijfel aan de rapporten die door de gemeente Opsterland zijn overgelegd en waar de staatssecretaris zijn besluit op heeft gebaseerd. Eisers hebben op 29 oktober 2012 stukken overgelegd waarin verschillende, volgens eisers ter zake deskundigen, antwoorden geven op door eisers voorgelegde -enigszins sturende- vragen. Uit de beantwoording van de vragen blijkt echter niet in hoeverre deze personen op de hoogte waren van de specifieke omstandigheden en nuances van het voorliggende project. Ook blijkt niet op welke informatie deze personen zich hebben gebaseerd. De rechtbank kent aan deze stukken dan ook niet de waarde toe, die eisers daaraan toegekend willen zien.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat de staatssecretaris zich, onder verwijzing naar de door de gemeente Opsterland aan de aanvraag ten grondslag gelegde stukken, op het standpunt mocht stellen dat sprake is van een gunstige staat van instandhouding.

Andere bevredigende oplossingen

7.1. Eisers hebben zich op het standpunt gesteld dat het stimuleren van de werkgelegenheid en de economie in de betreffende regio op andere manieren kan worden bereikt. De staatssecretaris heeft in dit kader, naar de mening van eisers, niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan.

7.2. Verweerder heeft gesteld dat het doel van het project meebrengt dat het project locatiespecifiek is. De doelstelling is het creëren van een lokale nieuwe economische drager in de vorm van watertoerisme waarmee de neergaande economische trend kan worden omgebogen. Het alternatievenonderzoek is daarmee volgens de staatssecretaris terecht toegespitst op alternatieve vaarverbindingen.

7.3. Gelet op het bepaalde in artikel 75 van de Ffw en de vaste rechtspraak van de AbRS (LJN: BW1829, 13 mei 2009) stelt de rechtbank voorop dat in het onderhavige geval de aanvullende voorwaarde geldt dat ontheffing slechts kan worden verleend indien geen andere bevredigende oplossing bestaat met het oog op de in artikel 75 van de Ffw en in het krachtens die bepaling vastgestelde Vrijstellingsbesluit nader aangeduide belangen.

De vraag dient te worden beantwoord of de staatssecretaris zich op het standpunt heeft mogen stellen dat geen andere bevredigende oplossing bestaat als bedoeld in artikel 75, zesde lid, van de Ffw, met het oog op het belang van economische groei en werkgelegenheid in de regio door middel van watertoerisme. De staatssecretaris heeft in dit verband onder meer overwogen dat het project locatiespecifiek is. Er zijn twee alternatieve vaarverbindingen onderzocht door Noordpeil landschap & stedenbouw. Altenburg & Wymenga hebben vervolgens een ecologische vergelijking van de alternatieve vaarverbindingen gemaakt. De alternatieven betreffen een westelijk alternatief vanuit De Veenhoop door de Binnenringvaart naar het Nieuwe Diep en de Nieuwe Vaart en een oostelijk alternatief vanuit de Smalle Ee langs Boornbergum in zuidelijke richting aansluitend op de Nieuwe Vaart of het Ouddiep en de Schipsloot naar de Nieuwe Vaart. Deze alternatieven leveren echter conflicten op met de wet- en regelgeving ten aanzien van de Ecologische Hoofdstructuur en met de openheid en rust van de gebieden, aldus de staatssecretaris. Daarnaast geldt de problematiek die in het Polderhoofdkanaal speelt bij de alternatieve vaarverbindingen ten aanzien van dezelfde diersoorten. Het nadeel van beide alternatieven is volgens de staatssecretaris dat er geen aansluiting op Nij Beets is, hetgeen gezien de sociaal economische belangen essentieel is. De rechtbank is van oordeel dat de staatssecretaris zich op basis van de uitgevoerde onderzoeken op het standpunt heeft

mogen stellen dat andere vaarroutes geen bevredigende oplossing bieden. Eisers hebben nog de vraag opgeworpen of de staatssecretaris zijn onderzoek had mogen beperken tot alternatieve vaarroutes.

De rechtbank is van oordeel dat, nu de doelstelling van het project het bevorderen van economische groei en werkgelegenheid behelst, dit alternatievenonderzoek als te beperkt gekwalificeerd moet worden. De, nauwelijks onderbouwde, stelling in het rapport van ZKA van 2010 dat watertoerisme de enige sector is waarin economische groei en werkgelegenheid gecreëerd kan worden, is in dat kader onvoldoende. De staatssecretaris heeft echter in de beroepsfase een rapport van ZKA van augustus 2012 overgelegd, waarin onderzoek is gedaan naar de regio, de demografische en economische ontwikkelingen en het behoud en creëren van voorzieningen en werkgelegenheid. Op basis van de kwaliteiten van het gebied is geconcludeerd dat horeca en cultuur, sport en recreatie (de toeristische sector) in deze regio geschikte stuwende groeisectoren zijn met een relatief hoog aandeel werkgelegenheid voor middelbaar en laagopgeleiden. De oplossing voor het geven van de benodigde economische impuls in het toeristisch gebied moet, volgens ZKA, gelet op de kwaliteiten van het gebied, de economische potenties van de omgeving en de beperkte afhankelijkheid van privaat initiatief worden gezocht in het stimuleren van watertoerisme en meer in het bijzonder van de toervaart. Uit het succes van het Friese Merenproject blijkt volgens ZKA dat door het ontwikkelen van watertoerisme de benodigde economische impuls kan worden gegeven. De rechtbank is van oordeel dat de staatssecretaris, met inachtneming van de conclusies uit laatstgenoemd rapport heeft mogen concluderen dat er geen andere bevredigende alternatieven zijn als bedoeld in artikel 75 van de Ffw. Het betoog van eisers kan dan ook niet leiden tot de conclusie dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit niet in stand kunnen worden gelaten.

Dwingende reden van groot openbaar belang

8.1. Eisers hebben benadrukt dat de voorzieningenrechter in oktober 2007 de benodigde ontheffing voor de Ffw heeft geschorst omdat op dat moment het groot maatschappelijk belang onvoldoende was aangetoond. De staatssecretaris heeft zich nu beroepen op het ZKA-rapport waarin berekeningen zijn gemaakt van de bestedingen en de werkgelegenheid. Dit rapport is volgens eiser gebaseerd op plannen van ondernemers die niet concreet zijn gemaakt. Bovendien is door het tijdsverloop niet duidelijk of de ondernemers die in het kader van de eerste ontheffing een steunbetuiging hebben gegeven nu nog ondernemer zijn in dit gebied. De plannen zullen volgens eisers in ieder geval niet leiden tot de bestedingen die door de staatssecretaris worden genoemd. Eisers hebben voorts aandacht gevraagd voor het feit dat de berekeningen van de werkgelegenheid die de heropening van het Polderhoofdkanaal met zich mee zou brengen steeds wisselen. In dat kader is gewezen op de contra-expertise van dr. F.J. Sijtsma en M.N. Daams van de Rijksuniversiteit Groningen. Eisers hebben benadrukt dat extra werkgelegenheid en verbetering van de economie in een klein stukje Friesland geen groot openbaar belang betreft. Het groot openbaar belang is naar de mening van eisers ook niet te vinden in de bewering dat de openstelling van het Polderhoofdkanaal nodig is als onderdeel van het Friese Meren Project.

8.2. De staatssecretaris heeft zich, in tegenstelling tot eisers, op het standpunt gesteld dat sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang. In dat kader heeft de staatssecretaris betoogd dat in het gebied rond het Polderhoofdkanaal behoefte is aan een nieuwe economische drager waarmee de neergaande economische trend kan worden omgebogen en de leefbaarheid en levendigheid van het gebied wordt verbeterd. Met name bestaat behoefte aan werkgelegenheid voor lagergeschoolden en watertoerisme en daarmee samenhangende activiteiten bieden in dit specifieke gebied bij uitstek goede kansen. Uit de rapporten van ZKA en Ecorys blijkt volgens de staatssecretaris dat heropening van het Polderhoofdkanaal leidt tot € 2,25 miljoen aan extra bestedingen. De totale werkgelegenheid die hiermee gepaard gaat is berekend op 25 nieuwe fte's, hetgeen overeenkomt met 35 tot 40 extra banen in de directe omgeving en een groei van de lokale werkgelegenheid van 10 tot 15%. De dwingende reden is volgens de staatssecretaris niet gelegen in het feit dat het Friese Merenproject zonder heropening van het Polderhoofdkanaal zou mislukken, maar in het feit dat het gebied rond het Polderhoofdkanaal na heropening kan profiteren van het bestaande watertoerisme in de regio. Op basis van het Ecorys rapport heeft de staatssecretaris geconcludeerd dat het niet openstellen zal leiden tot een opbrengstderving in de directe omgeving van € 900.000,- per jaar. De staatssecretaris heeft erop gewezen dat bij een project als het onderhavige niet mogelijk is reeds op voorhand absolute zekerheid te bieden over de omvang van de effecten. Dit betekent echter niet dat

geen behoefte bestaat aan de uitvoering van het project. De staatssecretaris heeft voorts gewezen op de nieuwe rapporten die bij de onderhavige aanvraag zijn overgelegd. Daarin is specifiek onderzoek gedaan naar de effecten van heropening van het Polderhoofdkanaal. Deze rapporten tonen het aanwezig zijn van een dwingende reden van groot openbaar belang voldoende aan. De staatssecretaris heeft benadrukt dat eiser geen deskundig tegenonderzoek hebben ingediend.

8.3. De rechtbank stelt vast dat nu geen bevredigende alternatieven voorhanden zijn de vraag beantwoord dient te worden of sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang die de uitvoering van het project noodzakelijk maakt. De Europese Commissie heeft in een toelichting bij artikel 6, vierde lid, van de Habitatrichtlijn (paragraaf 2.7, Methodical Guidance on the provisions of Article 6 (3) and 6 (4) of the Habitat Directive) aangegeven dat alleen het door openbare instanties of particuliere organisaties behartigde openbaar belang tegen de instandhoudingsdoelstellingen van de richtlijn kan opwegen. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat alleen op lange termijn persistente openbare belangen dwingend kunnen zijn. Economische belangen op korte termijn en andere belangen die voor de samenleving alleen voordelen op korte termijn opleveren, lijken niet te kunnen opwegen tegen het behoud op lange termijn van de natuurwaarden die door de richtlijn worden beschermd.

Met inachtneming van vaste rechtspraak van de AbRS stelt de rechtbank vervolgens vast dat in zijn algemeenheid niet gezegd kan worden dat een regionaal werkgelegenheidsbelang nooit een dwingende reden van groot openbaar belang kan zijn. Wel zullen de dwingende redenen van groot openbaar belang overtuigend moeten worden aangetoond. Hierbij dient in dit geval vast te staan dat het belang van de realisering van het project op de lange termijn zwaarder moet wegen dan het belang van diersoorten die mede op grond van Europese regels strikt moeten worden beschermd. Bij de uitspraak van 17 oktober 2007 heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat op dat moment niet overtuigend was komen vast te staan dat de hernieuwde openstelling van het Polderhoofdkanaal zulke omvangrijke werkgelegenheidseffecten en andere economische impulsen voor de regio tot gevolg zal hebben, dat sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang.

De staatssecretaris heeft aan het nu bestreden besluit een rapport van ZKA van augustus 2010 en een rapport van Ecorys van augustus 2009 ten grondslag gelegd. Voorts is in de beroepsfase een aanvullend rapport van ZKA overgelegd. De rechtbank stelt vast dat het rapport van ZKA (2010) is gebaseerd op de in eerdere rapporten genoemde initiatieven van ondernemers die in reactie op de heropening van het Polderhoofdkanaal zouden worden ontwikkeld. Blijkens het rapport zijn in augustus 2010 de plannen (initiatieven) die bij eerdere ramingen de grootste economische impact hadden nog actueel. Op basis van de genoemde rapporten gaat de staatssecretaris ervan uit de het project zal leiden tot een toename van de totale toeristische/recreatieve werkgelegenheid van 44 fte, hetgeen correspondeert met 55 tot 65 banen. Het is de verwachting dat de berekende economische betekenis vanaf het derde jaar van openstelling realistisch is. De staatssecretaris acht gelet op het aantal te verwachten arbeidsplaatsen en de betekenis van deze extra arbeidsplaatsen voor deze specifieke regio een dwingende reden van (regionale) werkgelegenheid aanwezig.

De rechtbank is van oordeel dat, gelet op de verwachte groei van de werkgelegenheid en de in hoofdzaak lokale impact van het project, in het geval van het opnieuw bevaarbaar maken van het Polderhoofdkanaal niet kan worden gesproken van dwingende redenen van groot openbaar belang. De rechtbank heeft daarbij mede betrokken dat de onderbouwing van het verwachte aantal arbeidsplaatsen niet overtuigend is. Uit de rapporten valt niet af te leiden dat het belangrijkste deel van de genoemde initiatieven daadwerkelijk vorm gaat krijgen na heropening van het Polderhoofdkanaal. Dit betekent dat het de vraag is of het verwachte aantal arbeidsplaatsen gerealiseerd zal worden. Bovendien hebben eisers met een contra-expertise in de vorm van het rapport van Sijtsma en Daams aanleiding tot twijfel aan deze cijfermatige onderbouwing gegeven. Eveneens acht de rechtbank van belang dat niet duidelijk is dat de genoemde initiatieven slechts doorgang vinden na heropening van het Polderhoofdkanaal. Dit brengt de vraag met zich of de aan de heropening gekoppelde arbeidsplaatsen ook in redelijkheid aan dit project kunnen worden toegeschreven. Verder zijn de in de rapporten van ZKA en Ecorys genoemde te verwachten bestedingen en omzetten als gevolg van de heropening naar het oordeel van de rechtbank niet of in ieder geval onvoldoende inzichtelijk gemaakt dan wel onderbouwd.

De rechtbank concludeert dan ook dat geen sprake is van een dwingende reden van groot openbaar

belang.

8.4 Uit het voorgaande volgt dat het beroep van eisers gegrond is. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit. Nu niet aan de voorwaarden voor ontheffingverlening wordt voldaan, ziet de rechtbank aanleiding zelf in de zaak te voorzien door het primaire besluit te herroepen.

8.5 Nu de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat de staats-secretaris aan eisers het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

9. De rechtbank veroordeelt de staatssecretaris in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 437,- (1 punt voor het verschijnen ter zitting, waarde per punt van € 437,- en wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep van het Comité niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep van eisers gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- herroept het primaire besluit;
- draagt de staatssecretaris op het betaalde griffierecht van € 152,- aan eisers te vergoeden;
- veroordeelt de staatssecretaris in de proceskosten tot een bedrag van € 437,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. E.M. Visser, voorzitter, en mr. C.H. de Groot en mr. H.D. Tolsma, leden, in aanwezigheid van mr. E. Nolles, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 17 december 2012.

w.g. griffier
w.g. voorzitter

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.