

Van Doorne N.V.

Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam
KvK Amsterdam 34199342

Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. Directie Wetgeving, Bestuurlijke en Juridische
Aangelegenheden,
Bureau Ondersteuning, team 1
Postbus 90801
2509 LV 's Gravenhage

Advocaat

Datum 23 februari 2022
Uw ref. 2133365/05
Betreft Bezwaarschrift eis tot naleving 13 januari 2022

BEZWAARSCHRIFT

Inleiding

ProRail B.V. (hierna: **ProRail**), voor wie ondergetekenden optreden als gemachtigden, maakt bezwaar als hierna bedoeld.

ProRail maakt bezwaar tegen de beschikking van 13 januari 2022 (hierna: "**het bestreden besluit**") (**Bijlage 1**), waarin aan ProRail door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna ook aangeduid als: "**de Arbeidsinspectie**") een eis tot naleving wordt opgelegd. Het bestreden besluit werd vooraf gegaan door een kennisgeving van het voornemen tot het opleggen van een eis tot naleving (**Bijlage 2**), waarop ProRail een zienswijze heeft ingediend (**Bijlage 3**).

In het bestreden besluit wordt aan ProRail een eis tot naleving opgelegd die samengevat inhoudt dat ProRail kwartsloze ballast of andersoortig materiaal moet voorschrijven en laten toepassen op al haar spoorinfraprojecten waarmee voorkomen wordt dat sprake kan zijn van blootstelling aan kankerverwekkend (carcinogeen) kwartsstof. Voor de projecten in tunnels, kunstwerken en op en in de directe omgeving van stations(emplacementen) wordt van ProRail geëist dat dit onmiddellijk doch binnen 3 maanden geschiedt (deel 1 van de eis) en op al haar overige spoorinfraprojecten binnen 3 maanden (deel 2 van de eis). Ten aanzien van deel 2 van de eis vermeldt het bestreden besluit echter dat in de periode tot 1 januari 2023 of 1 januari 2024 niet zal worden gehandhaafd.

De eis tot naleving heeft betrekking op alle toekomstige werkzaamheden aan het Nederlandse spoor waarbij ballast wordt toegepast.

Uit de nadien met de Arbeidsinspectie gevoerde gesprekken blijkt dat de eis tot naleving ook zo moet worden begrepen dat hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige en gerecyclede ballast niet is toegestaan.

ProRail deelt de zorgen van de Arbeidsinspectie op het gebied van vrijkomend kwartsstof bij spoorwerkzaamheden. De gezondheid van mensen die werken aan of bij het spoor is prioriteit. Het betreft een ingewikkeld onderwerp. ProRail heeft besloten vanaf 1 januari 2022 kwartsloze ballast voor te schrijven en toe te (laten) passen bij spoorwerkzaamheden in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij

kleinschalig onderhoud (ook wel Prestatie Gericht Onderhoud ("PGO-onderhoud") genoemd). ProRail verwacht dat het binnen een periode van één tot twee jaar realiseerbaar is dat bij spoorwerkzaamheden in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud enkel nog kwartsloze ballast wordt toegepast. ProRail spant zich ook voor de overige projecten in om het risico van respirabel kwartsstof verder terug te dringen. De in het bestreden besluit daarvoor gegeven (gedoog)termijnen zijn echter niet haalbaar.

De door de Arbeidsinspectie opgelegde eis tot naleving is technisch niet uitvoerbaar, in ieder geval niet binnen deze termijn. Daarnaast heeft het bestreden besluit verstrekken gevolgen voor het spooronderhoud. Dat laatste geldt te meer nu ook hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige ballast en gerecyclede ballast niet is toegestaan.

ProRail maakt vanwege de hierna beschreven gronden bezwaar:

- (1) ProRail voldoet aan haar plicht als opdrachtgever;
- (2) de eis is technisch niet uitvoerbaar; en
- (3) er is sprake van strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

ProRail ziet zich genooddaakt om tevens een verzoek tot voorlopige voorziening te doen.

BEZWAARGROND 1: PRORAIL VOLDOET AAN HAAR PLICHT ALS OPDRACHTGEVER

- 1.1 In de (kennisgeving van de voorgenomen) eis tot naleving wordt gesteld dat sprake zou zijn van een overtreding van artikel 2.26 Arbobesluit. ProRail (de opdrachtgever) zou er niet voor hebben gezorgd dat werkgevers en zelfstandigen in staat waren hun verplichtingen ter voorkoming van of het beperken aan blootstelling aan kankerverwekkende stoffen bij de bron in de uitvoeringsfase na te komen. Uit de (kennisgeving van de voorgenomen) eis tot naleving volgt dat dit in het bijzonder gaat om de verplichtingen bedoeld in artikel 3 Arbowet en artikel 4.17 Arbobesluit. ProRail zou hier volgens het bestreden besluit niet voor hebben gezorgd door het voorschrijven en het (laten) toepassen van een type kwartshoudende ballast (Bestone®, met een kwartsgehalte van 60-100%)¹, waarvan bekend is dat de hierin aanwezige respirabele kwartsstof kankerverwekkend is, terwijl andere typen kwartsloze ballast beschikbaar zijn en technisch kunnen worden toegepast.
- 1.2 Anders gezegd gaat de Arbeidsinspectie er vanuit dat er sprake zou zijn van een overtreding van opdrachtgever ProRail door bij werkzaamheden waarbij ballast wordt toegepast niet dwingend voor te schrijven dat kwartshoudende ballast niet mag worden toegepast. Met de in het bestreden

¹ Dit zou volgens de Arbeidsinspectie zijn gebleken uit een onderzoek dat ProRail zelf in het verleden heeft uitgevoerd. In de zienswijze gaf ProRail reeds aan dat dit niet juist is en dat Bestone een kwartsgehalte heeft van ca. 45%. Daarnaast gaf ProRail reeds aan dat het type Bestone geen kwartsiet, maar metazandsteen betreft. Uit het bestreden besluit blijkt dat de Arbeidsinspectie zich met het percentage van 60-100% baseerde op het rapport van Advies- en Ingenieursbureau 4Infra met titel 'Toetsing beleid spoorbranche kwartsstof aan de Arbeidsomstandighedenwet', van 8 januari 2018, referentienummer 201801080900 rev. 1.0. De Arbeidsinspectie geeft vervolgens aan dat uit nader onderzoek is gebleken, te weten uit het memo van drs. M.M. van Tooren van de TU Delft aan Graniet Import Benelux en uit het TNO-rapport 'Onderzoek naar het vrijkomen van stof en schadelijke componenten tijdens handelingen met ballast' (TNO 2020 R11703), dat het kwartsgehalte 40% is.

besluit geformuleerde eis tot naleving dwingt de Arbeidsinspectie opdrachtgever ProRail vervolgens bronmaatregelen uit de arbeidshygiënische strategie te laten treffen.

- 1.3 Er is echter geen sprake van een overtreding, omdat ProRail voldoet aan haar plicht als opdrachtgever uit artikel 2.26 Arbobesluit. Het is enkel die bepaling die voor ProRail als opdrachtgever geldt.
- 1.4 De door de Arbeidsinspectie opgelegde eis gaat verder dan wat van een opdrachtgever op grond van artikel 2.26 Arbobesluit kan worden gevergd.

Reikwijdte rol opdrachtgever

- 1.5 Artikel 2.26 bepaalt (onderstreping Van Doorne): "De opdrachtgever is verplicht in de ontwerpfase zich ervan te vergewissen dat de betrokken werkgevers en zelfstandigen in staat zijn de verplichtingen voor de arbeidsomstandigheden die gelden in de uitvoeringsfase na te komen, in het bijzonder de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 3, 5, eerste en derde lid, en 8 van de wet en hoofdstuk 4, afdeling 5."
- 1.6 Uit de wetsgeschiedenis volgt over de reikwijdte van deze verplichting voor de opdrachtgever het volgende (onderstreping Van Doorne):

"De kern van dit artikel is dat de opdrachtgever in de ontwerpfase zich ervan moet vergewissen dat bij de uitvoering van de opdracht die hij gaat verstrekken de werkgevers en zelfstandigen die op de bouwplaats werkzaam zullen zijn, in staat zullen zijn hun verplichtingen op grond van de arbeidsomstandighedenwetgeving na te leven. Dit kan onder meer blijken uit het V&G-plan dat bij deze opdracht hoort en uit het bestek en het afgesloten contract. [...]"

Om na te gaan of een opdrachtgever heeft voldaan aan het gestelde in dit artikel, zal worden gekeken naar de inspanningen die hij heeft verricht om werkgevers en zelfstandigen in staat te stellen hun verplichtingen op grond van de arbeidsomstandighedenwetgeving na te leven. Zich ervan vergewissen in de ontwerpfase kan bijvoorbeeld betrekking hebben op het (laten) inventariseren van gevaren en risico's die verbonden zijn aan het bouwwerk, het maken van bouwkundige, technische en organisatorische keuzen in de ontwerpfasen waarmee gevaren en risico's kunnen worden voorkomen, het zoveel mogelijk beperken van de resterende risico's en op het bieden van randvoorwaarden die veilig en gezond werken mogelijk maken (zoals een goede planning, coördinatie, voldoende tijd en geld). Ook is het mogelijk bij de aanbesteding te kijken naar past performance en de inzet om gezond en veilig werken te hanteren als selectie criterium. Het gaat bij zich vergewissen dus om de omgang met gevaren en risico's die vooraf voorzien- en beïnvloedbaar zijn. [...]"

Het zich vergewissen door de opdrachtgever doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer voor gezond en veilig werken. [...]"²

- 1.7 In het bestreden besluit lijkt door de Arbeidsinspectie mede als maatstaf te worden gehanteerd dat ProRail zelf aan de verplichtingen van de arbeidshygiënische strategie in artikel 4.17 Arbobesluit

² Stb. 2016, 495.

zou moeten voldoen³, maar dat is niet juist. Voor ProRail geldt enkel de plicht van opdrachtgever uit artikel 2.26 Arbobesluit. ProRail dient te voldoen aan de verplichtingen uit artikel 2.26 Arbobesluit en moet zich ervan vergewissen dat de betrokken werkgevers en zelfstandigen in staat zijn om de verplichtingen uit de arbeidsomstandighedenwetgeving na te komen, ofwel: dat werkgevers en zelfstandigen in staat zijn invulling te geven aan hun verplichting uit artikel 4.17 Arbobesluit.

- 1.8 Uit de wetsgeschiedenis van artikel 2.26 Arbobesluit volgt expliciet dat niet is gekozen voor een bestuursrechtelijke ketenaansprakelijkheid, waarbij een andere partij dan de werkgever, die primair verantwoordelijk is, in de keten aangesproken wordt op het (niet) naleven van verplichtingen ten aanzien van de arbeidsomstandigheden.⁴
- 1.9 Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de Arbeidsinspectie het eerder ook zo heeft uitgelegd dat het niet de opdrachtgever is die de arbeidshygiënische strategie concreet dient te volgen. Uit de uitspraak van de rechtbank Overijssel van 22 januari 2020 kan worden opgemaakt dat de Arbeidsinspectie het bezwaar van een opdrachtgever gedeeltelijk gegrond had verklaard daar waar de eerder opgelegde eis tot naleving aan deze opdrachtgever erop zag dat zij maatregelen diende te nemen om de werkzaamheden veilig te kunnen uitvoeren, waarbij de arbeidshygiënische strategie gevolgd diende te worden en collectieve veiligheidsmiddelen de voorrang hebben boven persoonlijke beschermingsmiddelen. Bij nader inzien was de Arbeidsinspectie van mening dat de eis in zoverre buiten de grenzen van de artikelen 2.26 en 2.28 Arbobesluit gaat.⁵

ProRail voldoet aan haar plicht als opdrachtgever

- 1.10 ProRail heeft zich er in de ontwerpfasen van vergewist werkgevers en zelfstandigen in staat te stellen hun verplichtingen op grond van artikel 3 Arbowet en artikel 4.16 Arbobesluit na te leven. Dit blijkt ook uit de documenten die volgens de wetsgeschiedenis relevant zijn om de inspanningen van de opdrachtgever te toetsen. Dit lichten wij hierna toe.

Inspanningen bestek en contract

- 1.11 ProRail stelt de civieltechnische (veiligheids)specificaties waaraan de ballast moet voldoen vast. ProRail schrijft de aannemers daarbij niet voor dat zij moeten werken met kwartshoudende ballast. In zoverre is de door de Arbeidsinspectie gestelde overtreding dan ook reeds niet juist.⁶ Uiteindelijk maakt de aannemer de keuze wat voor soort ballast wordt toegepast. Dit is inherent aan de wijze waarop ProRail als aanbestedingsplichtig speciale-sectorbedrijf haar onderhoudswerkzaamheden aanbesteedt en contracteert. ProRail schrijft specificaties ten aanzien van de ballast voor, maar het is aan de gecontracteerde aannemers de ballast in te kopen.

³ Zie bijvoorbeeld pagina 6 van het bestreden besluit waarin wordt geconcludeerd: "Ook al zou er onvoldoende kwartsloze ballast beschikbaar zijn om aan de jaarlijkse vraag van ProRail te voldoen, dan betekent dit niet dat ProRail niet aan de verplichting van artikel 4.17 Arbobesluit hoeft te voldoen."

⁴ Stb. 2016, 495 en Kamerstukken II 2014/15, 25 883, nr. 254.

⁵ Zie r.o. 1.8 en 1.9, Rb Overijssel 22 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:243. Hoewel het hier nog ging om de oude wetbepaling van artikel 2.26, maakt dat voor de verplichting van de opdrachtgever geen verschil, nu de bepaling is aangescherpt in formulering, maar niet wezenlijk veranderd.

⁶ Kennisgeving, p. 5 onder het kopje 'overtreding'.

- 1.12 ProRail is de op grond van artikel 16 Spoorwegwet door de minister van Infrastructuur en Waterstaat aangewezen beheerder van de Nederlandse hoofdspoorweginfrastructuur.⁷ De minister van Infrastructuur en Waterstaat heeft door middel van het verlenen van de beheerconcessie 2015-2025⁸ ProRail onder andere opgedragen zorg te dragen voor het onderhoud van de hoofdspoorweginfrastructuur en de voorbereiding en de uitvoering daarvan.⁹ ProRail beheert 7.097 km spoor.¹⁰
- 1.13 De daadwerkelijke uitvoering van onderhouds-, vernieuwings- en nieuwbouwwerkzaamheden wordt door ProRail uitbesteed aan aannemersbedrijven waarbij ProRail gehouden is deze werkzaamheden aan te besteden.¹¹ De werkzaamheden waarbij ballast wordt verwerkt betreffen veelal bovenbouwvernieuwingen en aanleg van infrastructuur. Om zeker te zijn dat een aannemer in staat is om werkzaamheden naar behoren uit te voeren, heeft ProRail een erkenningsregeling¹² in het leven geroepen voor een aantal categorieën van gerelateerde werkzaamheden. Iedere aannemer die beschikt over de juiste organisatorische en technische bekwaamheden kan zich laten erkennen via de erkenningsregeling. Voor werkzaamheden met ballast wordt altijd de erkenningsregeling Spoor-aannemers, categorie c Spoorwerk, van toepassing verklaard.¹³ Op grond van deze regeling dienen spoor-aannemers te beschikken over een Certificaat VCA** of andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen op het gebied van veiligheid.¹⁴ Hiermee waarborgt ProRail dat deelname aan aanbestedingen voor opdrachten inzake werkzaamheden aan het spoor uitsluitend openstaat voor aannemers die voldoen aan de hoge eisen inzake veiligheid en gezondheid.
- 1.14 Grootschalige Boven Bouw Vernieuwingen ("BBV"), waaronder ook grootschalige ballastvernieuwingen, worden uitgevoerd op grond van het hieronder beschreven contractuele kader. Ook bij nieuwbouw/aanlegprojecten worden aan ballast gerelateerde werkzaamheden uitgevoerd. Beide typen projecten worden onder de UAV-GC 2005 gecontracteerd. Voor BBV is er een speciaal contractmodel ontwikkeld wat vergaand gestandaardiseerd is en ook wordt toegepast bij ballastwerkzaamheden in de nieuwbouw/aanlegprojecten. Op basis van dit contractmodel is voor werkzaamheden met ballast de volgende eis opgenomen:

"ID Ballast Vigerende voorschriften 3.4 Vernieuwen ballast uitvoeren conform vigerend voorschriften: OVS00056-5.1, OVS00056-7.1, RLN00120, RLN00243, ISV00001, IHS00001-1, RLN00067".

⁷ Als bedoeld in artikel 1 van de Spoorwegwet.

⁸ Besluit van staatssecretaris Mansveld (IenM) om de beheerconcessie van de hoofdspoorweginfrastructuur voor de periode 2015-2025 te verlenen aan ProRail, te raadplegen via:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/12/15/bijlage-2-beheerconcessie-2015-2025>.

⁹ Artikel 2 lid 2 onder a en b van de Beheerconcessie 2025-2025.

¹⁰ De omvang van het beheergebied van ProRail is nader aangegeven in paragraaf 2.2.1 van de Netverklaring 2022. De Netverklaring is het jaarlijks door ProRail op te stellen document als bedoeld in artikel 58 van de Spoorwegwet waarin informatie betreffende de aard, toegang en het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur moet zijn opgenomen.

¹¹ ProRail is een speciale-sectorbedrijf als bedoeld in artikel 1.1 Aanbestedingswet en een aanbestedende entiteit als bedoeld in artikel 4 van Richtlijn 2014/25/EU (PbEU 2014, L 94/243).

¹² Als bedoeld in artikel 3.66 van de Aanbestedingswet.

¹³ Erkeningsregeling, te raadplegen via: <https://www.prorail.nl/samenwerken/leveranciers/regelingen/erkeningsregeling>.

¹⁴ Onder meer het volgende bewijs wordt als gelijkwaardig beschouwd: een ISO-45001 (Managementsystemen voor gezond en veilig werken) of OHSAS-18001 (Arbomanagementsystemen) certificaat, indien en voor zover de operationeel uitvoerenden en de operationeel leidinggevendenden in het bezit zijn van een geldig diploma 'Basisveiligheid VCA', respectievelijk 'Veiligheid voor Operationeel Leidinggevendenden VCA'.

- 1.15 In de OVS00056-5.1 wordt onder paragraaf 3.2.6 vermeld dat de steenslag die als ballastmateriaal wordt toegepast, moet voldoen aan SPC00033. Deze specificatie SPC00033 (**Bijlage 4**) bevat de eisen en de leveringsvoorwaarden die ProRail stelt aan het direct en/of indirect leveren aan ProRail van toeslagmaterialen ten behoeve van spoorwegballast. Ballast conform de SPC00033 is noodzakelijk voor de veiligheid van het spoor. Naast veiligheid zorgen de eisen uit de SPC00033 er ook voor dat er een robuust en goed onderhoudbaar spoor gebouwd wordt waarmee een hoge beschikbaarheid van het spoor verkregen wordt. Alle ballast die voldoet aan de in deze specificatie opgenomen eisen mag door de erkende sporaannemers worden toegepast. Het betreft hier een specificatie voor nieuwe en gerecyclede toeslagmaterialen. In de hoofdstukken 3.2.2 (Fijne deeltjes) en 3.2.3 (Stofgehalte) wordt verwezen naar de betreffende NEN-EN 13450 'Aggregates for railway ballast' (**Bijlage 5**). Daarmee handelt ProRail conform artikel 3.61 lid 2 Aanbestedingswet, dat bepaalt dat een speciale-sectorbedrijf de technische specificaties van een opdracht formuleert door verwijzing naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet.
- 1.16 De basis van de SPC00033 is de Europese norm NEN-EN 13450 van 2002¹⁵ 'Aggregates for railway ballast'. De SPC00033 is de Nederlandse vertaling op basis van de NEN-EN 13450, waaronder met betrekking tot de invulling van de waterabsorptie-eis¹⁶, en bevat extra eisen in verband met gerecyclede ballast en het Nederlandse Besluit Bodemkwaliteit.
- 1.17 Voor het stofgehalte NEN-EN 13450 6.5 Fines (stofgehalte) heeft ProRail gekozen voor de zwaarste categorie A: Stofgehalte Eis 14. Voor spoorwegballast typen 1 en 2 eist ProRail conform NEN-EN 13450 artikel 6.5, categorie A. Dit betekent dat ProRail de strengste norm voorschrijft met betrekking tot het maximum toegelaten percentage 'meekomend stof' (fines) bij ballast (maximaal 0,5 massa procent door de zeef van 0,063 mm). ProRail hanteert daarmee de strengste eisen uit de NEN-EN 13450.
- 1.18 De Europese NEN-EN 13450 norm stelt geen eisen met betrekking tot het kwartsgehalte van ballast, en vereist ook niet dat gewerkt zou moeten worden met kwartsloze ballast. Uit een door ProRail gehouden enquête onder andere Europese spoorinfrastructuurbeheerders blijkt ook dat geen van die negen landen limieten stelt aan het kwartsgehalte. Tevens blijkt daaruit dat geen van deze negen landen vereist dat gewerkt wordt met kwartsloze ballast.¹⁷
- 1.19 Of de ballast uit een groeve voldoet aan de specificaties uit de SPC00033 wordt door een onafhankelijke keuringsinstanties beoordeeld. Een positieve beoordeling wordt vastgelegd in een certificaat dat een aannemer aan ProRail moet overhandigen indien ballastwerkzaamheden worden uitgevoerd. De groeve laat de ballast certificeren. ProRail koopt de ballast niet zelf in bij de leverancier daarvan, dat doen de aannemers.

¹⁵ Over een aanpassing van deze Europese norm wordt sinds 2015 overleg gepleegd. Deze is nog niet gepubliceerd. Ook in de conceptversie van de nieuwe NEN-EN 13450 worden geen eisen gesteld aan de mineraalsamenstelling van gesteenten, en dus ook niet aan het gehalte aan kwarts.

¹⁶ De test voor de waterabsorptie wordt in de NEN-EN 13450 genoemd, maar zonder categorie. De test moet worden uitgevoerd als dat gevraagd wordt en het resultaat moet vastgelegd worden. In de Annex H van de NEN-EN 13450 wordt aanbevolen om de waterabsorptie als screening test te gebruiken voor vorst-dooi testen. De Annex H is informatief, dus niet verplicht. ProRail heeft ervoor gekozen om voor de waterabsorptie een grenswaarde op te stellen en dan ook nog te eisen dat de vorst-dooitest wordt uitgevoerd. Ook voor de vorst-dooitesten zijn geen categorieën gegeven. Dat betekent dat de aanvrager die zelf kan bepalen.

¹⁷ ProRail verkreeg voor deze enquête antwoorden uit Zweden, Spanje, Tsjechië, Polen, Portugal, Duitsland, België, het Verenigd Koninkrijk en Italië.

- 1.20 ProRail stelt net als de spoorinfrastructuurbeheerders in de ons omliggende landen niet de eis dat gewerkt moet worden met kwartshoudende ballast noch dat zou moeten worden gewerkt met kwartsloze ballast. Voor dat laatste kan door aannemers worden gekozen wanneer deze kwartsloze ballast aan de eisen van de SPC00333 kan voldoen. Dat is voor de groeve Nickenich het geval sinds 2013. Deze groeve is sinds 2013 gecertificeerd op basis van de SPC00333.
- 1.21 ProRail weet op basis van kennis van de markt dat het, gelet op de civieltechnische (veiligheids)eisen aan de ballast en de beschikbare volumes, op dit moment technisch niet mogelijk is om kwartsloze ballast toe te passen op alle werkzaamheden. Mede om die reden kan en kan ProRail aannemers ook (nog) niet voorschrijven enkel te werken met kwartsloze ballast. Het volledig treffen van bronmaatregelen door de werkgevers is – zoals in de tweede bezwaargrond onderbouwd wordt – op dit moment technisch (nog) niet uitvoerbaar.

Nadere inspanningen in het V&G

- 1.22 In de ontwerpfase verricht ProRail nadere inspanningen om zich ervan te vergewissen dat de betrokken werkgevers en zelfstandigen in staat zijn de verplichtingen voor de arbeidsomstandigheden als bedoeld in artikel 3 Arbowet en artikel 4.16 Arbobesluit die gelden in de uitvoeringsfase na te komen, namelijk door het inventariseren van de risico's en het wijzen op de in de uitvoering te nemen stappen in de arbeidshygiënische strategie.
- 1.23 ProRail heeft te allen tijde een standaard Format V&G-plan beschikbaar waarin het risico op kwartsstof is benoemd.
- 1.24 In de Taak Risico Analyse voor dit werk (**Bijlage 6**) is het risico op stofvorming onderkend en is voorgeschreven dat maatregelen dienen te worden getroffen conform de V&G Instructie. Zowel in de V&G Instructie (**Bijlage 7**) voor dit werk als in het V&G plan voor dit werk (**Bijlage 8**) is aandacht besteed aan het risico op het vrijkomen van kwartsstof en is het treffen van maatregelen voorgeschreven. Hierin is onder meer aan werkgevers voorgeschreven: *"Ten aanzien van de omgang met Arbo- en milieugevaarlijke stoffen (zoals bijvoorbeeld asbest, PCB's en kwartsstof) nemen de opdrachtgever en opdrachtnemer de wettelijke branchevoorschriften (o.a. Arbocatalogus) en regelingen in acht."*¹⁸ Tevens is bijlage 5 van het V&G plan geheel gewijd aan Stofbeheersing. Daarin zijn de risico's per activiteit van dit werk geïnventariseerd en zijn beschermende maatregelen op basis van de arbeidshygiënische strategie opgenomen. Ook in hoofdstuk 18 en 19 van het V&G plan is aandacht besteed aan de gezondheidsrisico's door aanwezig kwartsstof.
- 1.25 Ook in het huidige (format) Veiligheids- en Gezondheidsplan Ontwerpfase voor BBV (**Bijlage 9**) is het kwartsrisico benoemd. Daarbij staat onder 4.8 aangegeven dat bij de omgang met onder andere kwartsstof opdrachtgever en opdrachtnemer de wettelijke, de branchevoorschriften (o.a. Arbocatalogus) en regelingen in acht nemen. In de Arbocatalogus is het risico van kwarts verder uitgewerkt en zijn de van toepassing zijnde beheersmaatregelen opgenomen. De Arbocatalogus is recentelijk aangescherpt. Daarin is nu opgenomen: *"In de ontwerpfase dient al kwartsvrije ballast te worden voorgeschreven door de Opdrachtgever. Indien het technisch niet mogelijk is om kwartsvrije ballast toe te passen dan mag worden afgedaald in de AHS. In de werkvoorbereiding dienen dan de maatregelen genomen worden die het vrijkomen van respirabel kwartsstof voorkomen en/of beperken (conform hoofdstuk 4 van het Arbeidsomstandighedenbesluit). Met*

¹⁸ V&G plan, p. 25 onder 4.8.

betrekking tot beheersmaatregelen dient de AHS gehanteerd te worden. Dat betekent dat de maatregelen overwogen moeten worden met de volgende prioriteit: 1. Bronbestrijding (voorkomen dat kwartsstof vrijkomt: bij beschikbaarheid van kwartsvrije ballast dient deze te allen tijde te worden toegepast! Per werk dient beoordeeld te worden of de benodigde tonnages kwartsvrije ballast beschikbaar zijn. [...])¹⁹ In de contracten van ProRail wordt verwezen naar de Arbocatalogus (paragraaf 8.5.2.1 van het procesdeel BBV). ProRail schrijft in verband met de op dit moment beschikbare volumes – hetgeen in bezwaargrond 2 nader wordt toegelicht – sinds 1 januari 2022 voor alle werken in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud voor dat kwartsvrije ballast dient te worden toegepast. Dit heeft ProRail ook met de aannemers gecommuniceerd.

- 1.26 Risico's met betrekking tot kwartsstof zijn opgenomen in het V&G-dossier van ProRail. In het V&G-dossier is een voorbeeld motivatie opgenomen volgens de arbeidshygiënische strategie, waarbij aandacht is besteed aan te nemen maatregelen en de onderbouwde afdaling in de arbeidshygiënische strategie wanneer er geen kwartsloze ballast beschikbaar is (**Bijlage 10**). Deze documenten worden voor ieder werk concreet nader uitgewerkt. ProRail heeft tijdelijk aanvullend met de aannemers gewerkt met het 'Plan omgang met kwartsstof' (**Bijlage 11**). Inmiddels zijn de maatregelen verwerkt in het reguliere format van het Veiligheids- en Gezondheidsplan Ontwerpfase.

Overige inspanningen

- 1.27 Uit voorgaande documenten volgt dat ProRail de risico's voor het werken met kwartsstof heeft geïnventariseerd en spooraannemers erop wijst maatregelen te treffen uit de arbeidshygiënische strategie, zoals dat de ballast gewassen moet zijn om het stof er zoveel mogelijk uit te halen, dat de steenslag nat gehouden dient te worden, het besproeien van ballast bij de verwerking op de bouwlocatie en het gebruik van persoonlijke beschermingsmiddelen. Tevens heeft ProRail de StofArmLosTrein ("SALT") laten ontwikkelen en gefinancierd. De SALT zorgt ervoor dat het inhaleerbaar (kwarts)stof wordt verminderd. Dit doet de SALT door middel van een vernevelingssysteem, dat ervoor zorgt dat het stof door de nevel opgenomen wordt en naar de grond zakt (in plaats van dat dit op een hoogte blijft dat het ingeademd kan worden).
- 1.28 Verder laat ProRail regelmatig onderzoek doen naar (het beperken van) de gezondheidsrisico's aan het werken met kwartshoudende ballast en respirabel stof, waarop vervolgens acties worden ondernomen. Hiermee laat ProRail de risico's voor het werken met kwartshoudende gesteente inventariseren. Uit die onderzoeken volgt dat bij het treffen van de voorgeschreven maatregelen gewerkt kan worden binnen de wettelijke grenswaarde voor respirabel kwartsstof (verwezen wordt naar het blootstellingsonderzoek in de Schiphol tunnel **Bijlage 12**).

Tussenconclusie

- 1.29 Met het voorgaande voldoet ProRail aan haar verplichtingen als opdrachtgever. ProRail heeft hiermee als opdrachtgever inspanningen verricht om werkgevers en zelfstandigen in staat te stellen hun verplichtingen op grond van de arbeidsomstandighedenwetgeving na te leven. Er is dan ook geen sprake van een overtreding waarvoor een eis tot naleving kan worden opgelegd.

¹⁹ Zie: <https://arbo.railalert.nl/risicos/gevaarlijke-stoffen/kwarts-in-respirabel-stof-en-het-gevaar-van-blootstelling/beheersmaatregelen-omgang-kwartsstof-en-matrixen>.

- 1.30 Het bestreden besluit gaat verder, want vereist wordt dat altijd bronmaatregelen in de vorm van kwartsloze ballast moeten worden voorgeschreven en toegepast. Daarmee gaat de eis verder dan wat van een opdrachtgever mag worden vereist en daarbij wordt geen rekening gehouden met de technische uitvoerbaarheid.

BEZWAARGROND 2: DE EIS IS TECHNISCH NIET UITVOERBAAR

- 2.1 In het geval dat anders zal worden geoordeeld over het voorgaande, geldt dat het voorschrijven en laten toepassen van kwartsloze ballast op de wijze zoals de Arbeidsinspectie van ProRail vereist technisch niet uitvoerbaar is, in ieder geval niet binnen de gestelde termijn. Dat zullen wij in het navolgende nader toelichten en onderbouwen.

Het begrip 'technisch uitvoerbaar' in het bestreden besluit wordt te beperkt uitgelegd en toegepast

- 2.2 In de zienswijze is door ProRail reeds aandacht gevraagd voor de technische onuitvoerbaarheid van de toen nog voorgenomen eis tot naleving. In het bestreden besluit heeft de Arbeidsinspectie daarop kort gezegd gereageerd door aan te geven dat de technische onuitvoerbaarheid niet is gebleken. Daarbij wordt een invulling gegeven aan het begrip 'technisch uitvoerbaar' die niet in lijn is met de inhoud van dat begrip uit de wetsgeschiedenis. Het begrip 'technisch uitvoerbaar' wordt in het bestreden besluit te beperkt uitgelegd en toegepast.
- 2.3 Artikel 4.17 bepaalt (onderstreping Van Doorne): "*zodanige technische en organisatorische maatregelen zijn genomen dat de kans op blootstelling van werknemers aan kankerverwekkende of mutagene stoffen of stoffen die vrijkomen bij kankerverwekkende processen zoveel mogelijk bij de bron daarvan wordt voorkomen, met name door kankerverwekkende of mutagene stoffen en kankerverwekkende processen, voor zover dit technisch uitvoerbaar is, te vervangen door stoffen of processen waarbij de werknemers, gelet op de eigenschappen van die stoffen of processen, de aard van de arbeid, de werkmethoden en de werkomstandigheden, niet of minder aan gevaar voor hun veiligheid of gezondheid worden blootgesteld.*"
- 2.4 Uit de wetsgeschiedenis blijkt over de invulling van het begrip 'technisch uitvoerbaar' het volgende (onderstreping Van Doorne): "*Onder technisch uitvoerbaar moet in dit verband worden verstaan: met de inzet van de geschikte technieken. Dit wil zeggen dat bij het treffen van maatregelen ter voorkoming van blootstelling aan kankerverwekkende stoffen die technieken moeten worden toegepast die operationeel te verkrijgen zijn en tot een betere bescherming van de werknemers leiden.*"²⁰

[...]

"Daarvoor is in ieder geval meer nodig dan een prototype van een nieuwe installatie of machine. Het enkele feit dat ergens op de wereld een dergelijke installatie of machine voorhanden is maakt het nog niet een technisch uitvoerbare voorziening bij iedere werkgever. Technisch uitvoerbaar wil zeggen dat de voorziening, installatie of machine operationeel beschikbaar en in de betreffende situatie toepasbaar is. Als een voorziening bijvoorbeeld niet verkrijgbaar is op de markt is deze niet operationeel beschikbaar. Als een voorziening wel verkrijgbaar is maar bijvoorbeeld alleen in een formaat dat in een bepaalde gebruikssituatie niet passend is of passend te (laten) maken is, is de

²⁰ Stb. 1997, 60.

oplossing niet in de situatie toepasbaar. De beoordeling of iets technisch uitvoerbaar is zou mogelijk ook per bedrijfstak verschillend kunnen zijn.

Iets dat technisch uitvoerbaar is moet door de werkgever worden toegepast, maar soms is dit maatwerk en zal naar die situatie moeten worden toegewerkt met een (dan zo kort mogelijk te houden) implementatietermijn. Mogelijk is er een lange levertijd, moet het productieproces worden aangepast of een (vergunningplichtige) verbouwing plaatsvinden om de nieuwe installatie of machine in gebruik te kunnen nemen. Soms moet ook personeel extra worden opgeleid.”²¹

2.5 Uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis volgt dat voor de beoordeling of iets technisch uitvoerbaar is drie vragen moeten worden gesteld:

2.5.1 Is het alternatief verkrijgbaar op de markt (operationeel beschikbaar)?

2.5.2 Is datgene dat operationeel beschikbaar is ook toepasbaar in de betreffende situatie?

2.5.3 Is maatwerk nodig (in verband met bijvoorbeeld een lange levertijd, het aanpassen van een productieproces, het opleiding van personeel)?

2.6 Anders dan de Arbeidsinspectie in het bestreden besluit stelt, blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat een stof alleen niet op de markt beschikbaar zou zijn wanneer deze slechts in een onderzoeksfaciliteit beschikbaar is waarin de stof ontwikkeld is.²² De Arbeidsinspectie maakt ten onrechte deze koppeling vanuit de onjuiste gedachte dat de wetgever enkel prototypes als niet beschikbaar op de markt heeft aangemerkt. De wetgever formuleert het juist andersom: voor technische uitvoerbaarheid, in de zin van beschikbaarheid op de markt, is *in ieder geval* meer nodig dan een prototype. De wetgever voegt daaraan nog toe dat het enkele feit dat ergens op de wereld een dergelijke installatie of machine voorhanden is, en in dit geval dus een stof, dat nog niet een technisch uitvoerbare voorziening bij iedere werkgever maakt. De wetgever geeft duidelijk aan dat als een voorziening bijvoorbeeld niet verkrijgbaar is op de markt deze niet operationeel beschikbaar is. Kwartsloze ballast is bovendien geen stof die in een onderzoeksfaciliteit wordt ontwikkeld, maar een natuurproduct. Wat de jaarlijkse voor (de aannemers van) ProRail beschikbare hoeveelheid kwartsloze ballast op de markt is, is daarom wel degelijk relevant voor de vraag of het vervangen van kwartshoudende ballast technisch uitvoerbaar is. De moeilijke schaalbaarheid van kwartsloze ballast is daarmee een significant beperkende factor voor de beschikbaarheid.

2.7 Naast die beschikbaarheid komen de vragen aan de orde of de vervangende stof ook in de betreffende situatie toepasbaar is, en of maatwerk nodig is. Voor dat laatste is, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, ook een lange levertijd van belang. Ook dat lijkt de Arbeidsinspectie in het

²¹ Stb. 2017, 248.

²² P. 3: "Kort gezegd is vervanging technisch niet mogelijk indien een vervangende niet-carcinogene stof niet bestaat of niet op een markt verkrijgbaar is. Indien van een machine slechts een prototype beschikbaar is, dan is deze machine niet beschikbaar op de markt. Indien dit laatste voorbeeld wordt toegepast op een stof, dan kan gesteld worden dat een stof niet op een markt beschikbaar is indien deze stof slechts in een onderzoeksfaciliteit beschikbaar is waarin de stof ontwikkeld is."

bestreden besluit niet mee te nemen in de afweging omtrent de technische uitvoerbaarheid binnen de gestelde termijnen.²³

- 2.8 In het navolgende zullen ondergetekenden onderbouwd aantonen dat het treffen van een bronmaatregel bij alle werkzaamheden op dit moment binnen de door de Arbeidsinspectie gestelde termijn niet technisch uitvoerbaar is, en daarmee niet van ProRail kan worden geëist dit dwingend aan de aannemers voor te schrijven. Daarbij zullen in de volgende alinea's de drie hiervoor geformuleerde vragen worden betrokken, zie daarvoor in het bijzonder randnummers 2.19-2.28.

Er is (op dit moment) niet voldoende kwartsloze ballast beschikbaar die kan voldoen aan de civieltechnische (veiligheids)eisen, en dus ook toepasbaar is (binnen de gegeven termijnen)

- 2.9 In de kennisgeving stelde de Arbeidsinspectie dat het aangetroffen type Bestone niet mag worden toegepast, omdat er diverse typen kwartsloze ballast beschikbaar zijn die ook technisch uitvoerbaar eenvoudig kunnen worden toegepast.²⁴
- 2.10 ProRail heeft de indruk dat deze stelling mogelijk gebaseerd is op het door de Arbeidsinspectie in het bestreden besluit aangehaalde document van het bureau 4Infra waarin wordt medegedeeld: *"Er zijn steensoorten beschikbaar die van nature geen kwarts bevatten. De steensoorten worden op meerdere plaatsen in Europa gewonnen. Het is dus mogelijk om in de spoorbranche te werken met niet-kwarts houdende steensoorten."*²⁵ Deze mededeling geeft een verkeerde voorstelling van zaken. Ten eerste dat deze gesteenten altijd geschikt zouden zijn als spoorwegballast, ten tweede dat er voldoende van geproduceerd wordt en ten derde dat er geen andere risico's aan deze gesteenten zitten. Indien 4Infra onderzoek had gedaan dan hadden zij de conclusie moeten trekken dat niet alle kwartsloze steensoorten in Europa geschikt zijn om tot spoorwegballast verwerkt te worden, dat er op dit moment onvoldoende kwartsloze ballast beschikbaar is om in de Nederlandse behoefte te voorzien en dat er onvoldoende onderzoek is verricht naar andere gezondheidsrisico's die aan het gebruik van de kwartsloze ballast kleven.
- 2.11 In de zienswijze gaf ProRail reeds aan dat er op dit moment onvoldoende kwartsloze ballast beschikbaar is die kan voldoen aan de aan ballast gestelde civieltechnische (veiligheids)eisen. ProRail gaf aan dat zij thans gemiddeld over de jaren heen tussen de 400.000 en 500.000 ton ballast per jaar laat toepassen. Deze hoeveelheid was gebaseerd op de situatie dat hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige ballast en gerecyclede ballast wel mogelijk blijft. Inmiddels is uit gesprekken met de Arbeidsinspectie gebleken dat hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige ballast en gerecyclede ballast niet mogelijk blijft. Indien dat het geval is, betekent dat een noodzaak tot het laten toepassen van circa 750.000 ton kwartsloze ballast per jaar.

²³ P. 3: "Indien een vervangende stof niet beschikbaar is vanwege een lange levertijd, dan betekent dit niet dat het gebruik van de vervangende stof niet mogelijk is."

P. 6: "levertijd niet relevant", "Zoals reeds opgemerkt, betekent het feit dat een vervangende stof niet op korte termijn leverbaar is in een bepaalde hoeveelheid, niet dat het gebruik van een vervangende stof technisch niet mogelijk is. Ook al zou er onvoldoende kwartsloze ballast beschikbaar zijn om aan de jaarlijkse vraag van ProRail te voldoen, dan betekent dit niet dat ProRail niet aan de verplichting van artikel 4.17 Arbobesluit hoeft te voldoen."

²⁴ P. 5.

²⁵ P. 15 van het document 'Toetsing beleid spoorbranche kwartsstof aan de Arbeidsomstandighedenwet'. Op p. 4 van het bestreden besluit verwijst de Arbeidsinspectie daarnaar.

- 2.12 Dit terwijl ten tijde van de zienswijze uit telefonische navraag door ProRail bij H&B Grondstoffen was gebleken dat de capaciteit van de potentiële groeves met kwartsloze ballast circa 100.000 ton per jaar is, mits volledig beschikbaar voor ProRail en wanneer deze groeves gecertificeerd zouden kunnen worden volgens de SPC00033. ProRail was naar H&B Grondstoffen verwezen door de BAG (Basalt-Actien-Gesellschaft, die meer dan 140 groeves vertegenwoordigt).
- 2.13 Die certificering onder de SPC00033 is op dit moment voor geen enkele groeve mogelijk, omdat deze groeves niet kunnen voldoen aan de eis voor waterabsorptie (**Bijlage 13**).²⁶ De eisen uit de SPC00033, waaronder die met betrekking tot de waterabsorptie, verzekeren een kwalitatief goede ballast waardoor een bepaalde duurzaamheid en sterkte worden afgedwongen. De waterabsorptie-eis ziet specifiek op de weerstand van de ballast tegen vries-dooi wisselingen en dient als eerste bepaling of een gesteente daartegen bestand is.²⁷ Nederland kent gemiddeld in de winter 40 vorst-dooi wisselingen met uitschieters naar 60 keer in een winter.
- 2.14 In de zienswijze gaf ProRail al aan dat het certificaat van de destijds enige gecertificeerde groeve Nickenich geldig was tot 1 februari 2022 en gebleken was dat deze groeve niet langer kon voldoen aan de eis voor waterabsorptie, zodat de reële kans aanwezig was dat er binnenkort geen groeves meer zouden zijn waaruit kwartsloze ballast geleverd kan worden die aan de eisen voldoen. Vanwege de eis tot naleving heeft ProRail voor de groeve Nickenich, die als enige groeve met kwartsloze ballast gecertificeerd was, en wiens certificaat recent afliep, besloten dat ondanks de overschrijding van de waterabsorptie-eis het certificaat eenmalig verlengd mag worden voor 12 maanden. Anders zou er in het geheel geen gecertificeerde groeve zijn die op dit moment kwartsloze ballast zou kunnen leveren.
- 2.15 Om kwartsloze ballast toe te kunnen laten, ziet ProRail zich daarnaast ook verder genooddaakt om de eis voor de waterabsorptie te verruimen. Met een hogere waterabsorptie, en daarmee een lagere weerstand tegen vries-dooi wisselingen, moet een sterker gesteente geëist worden. Dit hoeft niet te betekenen dat de waterabsorptie-eis voor de kwartshoudende ballast ook aangepast moet worden. De huidige gecertificeerde groeves voldoen daaraan en de duurzaamheid en sterkte van deze gesteentes kunnen behouden blijven. Daarom wordt gewerkt aan een aparte SPC00353 voor kwartsloze spoorwegballast.
- 2.16 ProRail heeft recent nadere uitvraag gedaan bij de leveranciers naar de capaciteit van kwartsloze ballast. Daaruit volgt dat de capaciteitsopgave voor 2022 150.000 ton is en voor 2023 250.000 ton, mits de groeves Nickenich, Bell, Bolsdorf en een groeve in Kassel gecertificeerd kunnen worden (**Bijlage 14**). Dit is echter nog steeds ruim onvoldoende om aan de jaarlijkse vraag te kunnen voldoen, te meer nu ook hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige ballast en gerecyclede ballast niet wordt toegestaan.

²⁶ Uit het rapport van Dr. Moll over Nickenich van 19 oktober 2020 volgt onder 4.2.1 Wasseraufnahme dat de laatste test als resultaat een waterabsorptie van 0,6% geeft. Uit het rapport van Dr. Moll over Bell van 4 november 2020 over Bell volgt onder 3.4.1 dat de waterabsorptie 0,8% is, dus ruim boven de grenswaarde van 0,5%. Uit het rapport over Bolsdorf van 30 juni 2020 blijkt onder IV.2.4 op pagina 6 dat de waterabsorptie 0,7% is, dus ruim boven de grenswaarde van 0,5%.

²⁷ De waterabsorptie is een goede indicatie is voor de duurzaamheid van een gesteente en ook specifiek voor de weerstand van het gesteente tegen vorst-dooi wisselingen. Een vuistregel is dat, indien de waterabsorptie van een gesteente lager is dan 0,5 massaprocent, men kan aannemen dat de steen goed bestendig is tegen vorst-dooi wisselingen, maar dat is absoluut geen garantie. Daarom eist ProRail altijd nog een test op de vorst-dooi bestendigheid. De waterabsorptie is ook een indicatie van de porositeit van het gesteente, welke invloed heeft op de sterkte van het gesteente alsook op de neiging om te breken onder condities waarbij de temperatuur beneden het vriespunt ligt.

- 2.17 Bovendien wordt door H&B Grondstoffen bij deze volumes de kanttekening geplaatst dat deze volumes alleen te realiseren zijn indien de groeves snel gecertificeerd kunnen worden en dat de tests aantonen dat het materiaal ook daadwerkelijk vrij van kwarts is.
- 2.17.1 Over de groeve Bolsdorf bestaat momenteel twijfel of deze daadwerkelijk kwartsvrij is, er is namelijk mogelijk cristobaliet gevonden in het gesteente. Dit is een vorm van respirabel kristallijn silica net als kwarts (zie de toelichting bij tabel 1 van **Bijlage 15**). Er is met H&B Grondstoffen afgesproken dat men opnieuw een monster opstuurt uit Bolsdorf om te laten analyseren.
- 2.17.2 Uit onderzoek naar een monster uit de groeve Bell volgt dat er mogelijk asbest aanwezig is in dit gesteente (zie de toelichting bij tabel 2 van **Bijlage 15**). Er moet daarom nader onderzoek worden verricht. Het voorschrijven en laten toepassen van kwartsloze ballast mag immers niet betekenen dat vervolgens sprake is van andere voor de gezondheid schadelijke stoffen.
- 2.17.3 De groeve uit Kassel wordt nog onderzocht. De timing daarvan is afhankelijk van de uitkomsten van de keuring aan het Besluit Bodemkwaliteit. De groeve dient eerst aan die eisen te kunnen voldoen.
- 2.18 In het bestreden besluit stelt de Arbeidsinspectie dat uit navraag bij de Basalt Union/H&B Grondstoffen met betrekking tot dezelfde groeves zou zijn gebleken dat indien een verplichting wordt aangegaan om gedurende lange termijn een hoeveelheid kwartsloze ballast groter dan de huidige capaciteit van een groeve af te nemen, een groeve bereid is om investeringen te doen om de capaciteit op te hogen. De Arbeidsinspectie stelt dat de groeves Nickenich, Bell, Bolsdorf en Kassel (na definitieve certificering) in een periode van 24 maanden investeringen zouden kunnen doen en de capaciteit kunnen verhogen om in die periode en na het verstrijken van die periode ook per jaar 300.000 – 400.000 ton kwartsloze ballast te leveren. Dit strookt niet met de informatie die ProRail heeft ontvangen van H&B Grondstoffen. De Arbeidsinspectie heeft dit niet met stukken aangetoond, zodat de specifieke bron binnen de Basalt Union en H&B Grondstoffen voor ProRail onbekend is. ProRail heeft met vertegenwoordigers van beide partijen gesproken en deze stelling getoetst. Van beiden partijen heeft ProRail begrepen dat dit niet klopt. H&B Grondstoffen heeft op 27 januari jl. – en aldus na het bestreden besluit – aan ProRail per e-mail juist aangegeven dat men nog druk bezig is de tonnages voor 2024 en daarna in kaart te brengen, en zij alleen nog kunnen verwijzen naar de eerder met ProRail gedeelde volumes (**Bijlage 16**).
- (1) Is het alternatief verkrijgbaar op de markt (operationeel beschikbaar)?
- 2.19 Uit het voorgaande blijkt dat het product kwartsloze ballast op de markt beschikbaar is, maar niet in voldoende mate. Daarmee is een complete vervanging van kwarthoudende ballast door kwartsloze ballast binnen de in het bestreden besluit gegeven termijnen in zoverre reeds niet technisch uitvoerbaar.
- 2.20 Ook is het op dit moment niet duidelijk of er in de toekomst voldoende kwartsloze ballast beschikbaar zal zijn op de markt om aan de jaarlijkse hoeveelheden van ProRail te kunnen voldoen. ProRail blijft zich inspannen om de beschikbaarheid van kwartsloze ballast te verhogen, maar dit proces vergt nu eenmaal tijd.

- 2.21 Meer in zijn algemeenheid wenst ProRail daarbij op te merken dat de beschikbaarheid van kwartsloze ballast voor toepassing in het Nederlandse spoor geen statisch gegeven is. Beschikbaarheid van ballast is afhankelijk van marktontwikkelingen en ook andere infrabeheerders nemen ballast af zodat het geen zekerheid is dat alle op de Europese markt voor ballast aanwezige kwartsloze ballast in Nederland verwerkt kan worden. ProRail spant zich in om het aanbod van kwartsloze ballast dat beschikbaar is voor de Nederlandse markt uit te breiden en de markt te gaan stimuleren, zodat haar aannemers vaker kunnen kiezen voor kwartsloze ballast.

(2) Is datgene dat operationeel beschikbaar is ook toepasbaar in de betreffende situatie?

- 2.22 Bovendien blijkt uit het voorgaande dat het nog onduidelijk is of de beschikbare kwartsloze ballast uit voornoemde groeven ook toepasbaar is. Het is in dit stadium niet duidelijk of de groeven ook gecertificeerd kunnen worden, ook niet bij verruiming van de waterabsorptie-eis in de toekomstige SPC voor kwartsloze ballast. Het is bekend dat niet kan worden voldaan aan de eisen voor waterabsorptie uit de huidige SPC voor ballast, maar er wordt onderzocht in hoeverre de verruiming van die eis kan worden gecompenseerd door eisen aan de sterkte (bijvoorbeeld hardheid) van het gesteente.

- 2.23 Daarnaast lopen ook er nog onderzoeken naar de groeven Bell (naar asbest) en de groeve in Kassel (naar het Besluit Bodemkwaliteit), waarvan de uitkomsten ook zullen bepalen of de gesteenten uit deze groeves toepasbaar zijn.

(3) Is maatwerk nodig (in verband met bijvoorbeeld een lange levertijd, het aanpassen van een productieproces, het opleiding van personeel)?

- 2.24 De overstap naar kwartsloze ballast vereist maatwerk. Dit geldt zowel voor de projecten waarvoor ProRail sinds 1 januari 2022 voorschrijft dat kwartsloze ballast dient te worden toegepast, als voor de overige projecten indien daarvoor in de toekomst voldoende kwartsloze ballast voor beschikbaar zou kunnen komen op de markt die ook toepasbaar is.

- 2.25 Het voorschrijven en laten toepassen van enkel kwartsloze ballast vergt voorbereidingstijd met betrekking tot de projectplanning, termijnen voor aanbestedingen en levertijden. Aannemers bepalen de logistiek ruim twintig weken voor uitvoering. Bovendien zijn voor het uitvoeren van BBV buitendienststellingen nodig die – afhankelijk van de hinder voor het spoorverkeer – 18 of 13,5 maanden²⁸ voor de start van een nieuwe dienstregeling qua uitvoeringsdatum “vastgezet” moeten worden.²⁹ Er wordt meerdere jaren vooruit met vervoerders afgestemd, zowel nationaal als internationaal, welke infraonttrekkingen er in de toekomst zijn. Dit als onderdeel van de capaciteit die voor meerdere jaren op het spoor verdeeld wordt.

- 2.26 Het bestreden besluit betekent dat de totale tijd om een onderhoudswerk uit te voeren significant langer wordt en niet altijd meer in de beschikbaar gestelde tijd past, wat dus ook de capaciteitsverdelingsafspraken en -verplichtingen raakt (zie daarvoor het rapport van Arcadis over

²⁸ Paragraaf 4.3.3 van de Netverklaring 2023, te raadplegen via: <https://www.prorail.nl/siteassets/homepage/samenwerken/vervoerders/documenten/netwerkverklaring-2023/definitieve-netverklaring-2023---initiele-versie-10-december-2021.pdf>.

²⁹ Op grond van de Spoorwegwet en het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur (die een nadere uitwerking van de voorschriften van Richtlijn 2012/34/EU om capaciteit op een eerlijke, transparante en niet-discriminerende manier te verdelen, bevatten).

de consequenties van het toepassen van kwartsloze ballast voor de realisatiefase en dan in het bijzonder ten aanzien van het verwachte productieverlies bij verschillende varianten van projectmatig onderhoud – **Bijlage 17**).

- 2.27 Het is niet wenselijk of zondermeer mogelijk de onderhoudswerkzaamheden uit te stellen tot een moment waarop er wel voor alle onderhoudswerkzaamheden kwartsloze ballast beschikbaar zou zijn in verband met de veiligheid van het spoor en de maatschappelijke functie van het spoor. En zelfs al zou er reeds op dit moment voldoende kwartsloze ballast op de markt beschikbaar zijn voor alle onderhoudswerkzaamheden, ook dan heeft de in het bestreden besluit vereiste snelle infasering van kwartsloze ballast consequenties voor de beschikbaarheid en de veilige berijdbaarheid van het spoor (zie daarvoor ook het rapport van Arcadis – **Bijlage 17**). Om de zoveel jaar is een groot onderhoud en/of vernieuwing van het spoor noodzakelijk om te voorkomen dat het spoor niet meer aan de beschikbaarheids- en veiligheidsnormering voldoet. Het spoor gaat gemiddeld circa 30-40 jaar mee waarna grootschalige spoorvernieuwing noodzakelijk is. Het spoor is dan aan het einde van de levensduur en moet binnen een korte periode vervangen worden, anders is de beschikbaarheid en/of de veilige berijdbaarheid niet meer te waarborgen. Nu het bestreden besluit inhoudt dat het gehele ballastbed moet worden vervangen tot aan een voldoende werkdiepte bij onderhoudswerkzaamheden is aanzienlijk (ca 25 à 35%) meer bouwtijd nodig, terwijl de beschikbare tijd om de werkzaamheden uit te voeren beperkt is en voor meerdere jaren vastligt. Dit leidt tot annulering of uitstel van onderhoud en bovenbouwvernieuwingen werken wat vervolgens kan leiden tot extra storingen, en vervolgens op de korte termijn tot het niet meer kunnen borgen van de beschikbaarheid. Dit brengt op de middellange termijn risico's voor de veilige berijdbaarheid van het spoor met zich mee wat het staken van de treindienst op specifieke sporen kan inhouden.
- 2.28 ProRail heeft besloten vanaf 1 januari 2022 kwartsloze ballast voor te schrijven en toe te laten passen bij spoorwerkzaamheden in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud. ProRail verwacht dat het binnen een periode van één tot twee jaar realiseerbaar is dat bij spoorwerkzaamheden in tunnels, onderoverkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud enkel nog kwartsloze ballast wordt toegepast. ProRail spant zich ook voor de overige projecten in om het risico van respirabel kwartsstof verder terug te dringen. De in het bestreden besluit daarvoor gegeven (gedoog)termijnen zijn echter niet haalbaar.

Het (tijdelijk) vervangen van de ballast door ballast met een lager kwartsgehalte is niet zonder meer wenselijk

- 2.29 In het bestreden besluit geeft de Arbeidsinspectie aan dat deel 2 van de eis, dat ziet op de overige projecten tot 1 januari 2023 of 1 januari 2024, niet zal worden gehandhaafd indien kwartsloze ballast, na een verzoek daartoe aan leverende partijen, niet in voldoende hoeveelheden beschikbaar is. De Arbeidsinspectie stelt daarbij de voorwaarde dat ProRail dan kwartsarme ballaststenen voorschrijft met een zo laag mogelijk percentage kwarts, maximaal 20%. Indien dat, ook na een verzoek daartoe aan leverende partijen, niet in voldoende hoeveelheden aanwezig is, kan gebruik worden gemaakt van ballast met een hoger percentage kwarts.
- 2.30 Het is belangrijk dat onderscheid wordt gemaakt tussen het mineraal kwarts, dat in de gesteenten voorkomt, en respirabel kwartsstof. In het gesteente zelf zit geen respirabel kwartsstof, maar het mineraal kwarts. Het mineraal kwarts komt in verschillende gehalten voor in de stenen. Door de toepassing (het vervoer, handeling en overslag, storten en stoppen e.d.) ontstaat stof, en daarin zit dan bij kwartshoudende gesteenten respirabel kwartsstof. Dit respirabel kwartsstof is carcinogeen.

- 2.31 In sommige rapporten wordt de aanname gedaan dat een hoog kwartsgehalte van een steen tevens zou inhouden dat stof vrijkomend bij werkzaamheden met dit soort stenen tevens per definitie zou leiden tot een evenredig hoog gehalte aan respirabel kwartsstof. Er is echter geen correlatie aanwezig tussen het percentage kwarts in het gesteente en de potentiële respirabele kwartsstofemissie van gesteente.
- 2.32 In de zienwijze vroeg ProRail al aandacht voor de uitkomsten van onderzoek die uitwijzen dat een steen met een lager kwartsgehalte meer respirabele kwartsstof kan generen dan een steen met een hoger kwartsgehalte. Een analyse van de resultaten van onderzoek dat door TNO is uitgevoerd toont aan dat niet het percentage kwarts in het gesteente bepalend is voor het risico aan blootstelling van respirabel kwartsstof, maar de samenstelling van de mineralen in het gesteente zelf (**Bijlage 18**). Ofwel: een lager gehalte kwarts leidt niet automatisch tot een lagere blootstelling aan respirabel kwartsstof. TNO heeft dit ook bevestigd. Ook TNO concludeert dat er geen correlatie is tussen het percentage kwarts in het gesteente en de emissie van respirabel kwartsstof (**Bijlage 19**).
- 2.33 De door de Arbeidsinspectie in het bestreden besluit gestelde gedoogeis dat ProRail enkel kwartsarme ballaststenen voorschrijft "met een zo laag mogelijk percentage kwarts, dat maximaal 20% mag zijn" is daarom onbegrijpelijk, en zelfs voor het te behalen doel onwenselijk/contraproductief. Een dergelijke voorwaarde vindt daarom ook geen steun in het Arbobesluit. Dit zou ertoe leiden dat groeves waar uit onderzoek van is gebleken dat het gesteente een hogere emissie van respirabel kwartsstof genereert, maar die binnen de 20% kwartsgehalte vallen, voorrang krijgen boven groeves met een gesteente met een hoger kwartsgehalte, maar een lagere emissie respirabel kwartsstof. Het opnemen van een eis van een maximaal kwartspercentage (20%) heeft eerder een risicoverhogend effect op de blootstelling aan respirabel kwartsstof (zie daarvoor voorgaande **Bijlagen 18 en 19**).
- 2.34 ProRail kan zich niet vinden in de gedoogconstructie, hetgeen in bezwaargrond 3 nader aan de orde zal komen. Indien de Arbeidsinspectie deze gedoogconstructie desondanks wenst voort te zetten, zouden de voorwaarden niet moeten zien op het kwartsgehalte, maar op een keuze gericht op het beperken van de potentiële blootstelling aan respirabel kwartsstof. ProRail heeft daarom overigens reeds besloten om enkele groeves, waarvan is gebleken dat dit gesteente een hogere potentiële blootstelling aan respirabel kwartsstof oplevert, tijdelijk uit te sluiten.

De door de Arbeidsinspectie voorgestelde werkwijze van beton is niet toepasbaar

- 2.35 In het bestreden besluit wijst de Arbeidsinspectie het door ProRail aangevoerde argument dat de voorgenomen eis tot naleving technisch niet uitvoerbaar is tevens af met de niet-onderbouwde stelling dat zelfs indien er geen geschikte kwartsloze ballast bestaat, de vervangingsplicht nog steeds geldt, aangezien beton ook een vervangende stof is, die op zodanige wijze gebruikt kan worden dat geen kankerverwekkende stoffen vrijkomen.³⁰ In het bestreden besluit wordt verder gesteld dat er na 1 januari 2023 of 1 januari 2024 de mogelijkheid bestaat om de rails op de overige projecten stabiel te houden door het gebruik van beton als fundatie in plaats van ballast. Deze termijn zou voldoende zijn voor ProRail om in de planning van werkzaamheden op te nemen dat dit zal worden uitgevoerd met gebruikmaking van beton.³¹

³⁰ P. 6.

³¹ P. 8 en 9.

- 2.36 Deze passages hebben ProRail zeer verbaasd, omdat met ProRail niet is gesproken over de mogelijkheid van het toepassen van beton.
- 2.37 ProRail heeft ingenieursbureau Movares gevraagd de door de Arbeidsinspectie voorgestelde werkwijze van beton te beoordelen. Movares komt tot de conclusie dat toepassing van betonspoor bij spooronderhoud geen haalbare optie is. De uitvoering is uiterst gecompliceerd in vergelijking met ballastspoor en gaat gepaard met veel hinder voor het treinverkeer. Bovendien zijn eventuele wijzigingen aan het spoor en de wissels niet meer mogelijk zonder ingrijpende wijzigingen. Movares concludeert ook dat de jaarlijkse investeringskosten onbetaalbaar zijn en dat ook het milieu er niet mee gediend is. En ook bij de bouw van betonspoor komt kwartsstof vrij, namelijk bij de bewerking van het beton (**Bijlage 20**).
- 2.38 Concluderend volgt uit dit rapport dat de door de Arbeidsinspectie voorgestelde werkwijze van beton technisch niet uitvoerbaar is.

Ook overigens zijn er (nog) geen geschikte alternatieven voor de kwartshoudende ballast

- 2.39 In het bestreden besluit laat de Arbeidsinspectie ruimte voor het vervangen van kwartshoudende ballast door 'andersoortig materiaal'. In het bestreden besluit wordt de mogelijkheid open gelaten om op een andere wijze invulling te geven aan de verplichtingen uit het overtreden artikel, door maatregelen te nemen die zorgen voor een vergelijkbaar beschermingsniveau.
- 2.40 In Bezwaargrond 1 is reeds aangevoerd dat ProRail aan haar verplichting voldoet. Indien u daar anders over zult oordelen, geldt dat ProRail niet bekend is met technisch uitvoerbare alternatieven voor kwartshoudende ballast. Ingenieursbureau Movares beoordeelt het enige bekende alternatief voor ballastspoor, namelijk betonspoor, als niet realistisch.

ProRail spant zich in, maar de termijnen zijn niet haalbaar

- 2.41 De sector onderzoekt al enige tijd een oplossing en alternatief voor de kwartshoudende ballast. Als opdrachtgever van spoorwerkzaamheden spant ProRail zich in om het risico van respirabel kwartsstof weg te laten nemen.
- 2.42 ProRail heeft besloten vanaf 1 januari 2022 kwartsloze ballast voor te schrijven en toe te laten passen bij spoorwerkzaamheden in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud. Dat betekent dat voor de projecten die vanaf 1 januari 2022 worden aanbesteed wordt voorgeschreven dat enkel kwartsloze ballast wordt toegepast. Dat betekent niet dat vanaf 1 januari 2022 op projecten in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud enkel kwartsloze ballast wordt toegepast. ProRail verwacht dat dat binnen een periode van één tot twee jaar realiseerbaar is en dat voor deze projecten binnen die periode voldoende kwartsloze ballast beschikbaar zal zijn. ProRail streeft ernaar deze termijn te halen maar is daarbij afhankelijk van een aantal factoren, zoals de beschikbare ballast voor de Nederlandse markt.
- 2.43 Dit is een andere insteek dan opgenomen in het bestreden besluit. In het bestreden besluit wordt het onderscheid gemaakt tussen enerzijds tunnels, kunstwerken en op en in de directe omgeving van emplacementen, en anderzijds de overige projecten. De keuze voor tunnels en overkappingen is erin gelegen dat op deze locaties de kans groter is dat stof langer blijft hangen. ProRail beperkt

- het voorschrijven van kwartsloze ballast nu tot tunnels en onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud om de op dit moment beperkte beschikbare hoeveelheden kwartsloze ballast in te zetten daar waar de gezondheidsrisico's het grootst zijn, en te voorkomen dat de kwartsloze ballast voor deze werken de komende tijd niet beschikbaar zou zijn.
- 2.44 ProRail kan het door de Arbeidsinspectie gemaakte onderscheid niet plaatsen. De insteek om kunstwerken en emplacementen mee te nemen in deel 1 van de eis lijkt te maken te hebben met een verondersteld risico voor derden (omwonenden, treinreizigers en/of medewerkers van ProRail of andere organisaties die werkzaamheden uitvoeren in de nabijheid van onderhoudswerkzaamheden aan het spoor). Echter is uit onderzoek juist gebleken dat blootstelling van deze groepen aan respirabel kwartsstof niet significant is en ook bij worst case berekeningen binnen de grenswaarden blijven (**Bijlage 21** – onderzoek 16 december 2021 PreventPartner).
- 2.45 ProRail spant zich ook voor de overige projecten in om het risico van respirabel kwartsstof verder terug te dringen en te komen tot een zo laag mogelijk emissie. De in het bestreden besluit gegeven (gedoog)termijnen zijn echter niet haalbaar. De Arbeidsinspectie lijkt dit te onderkennen gelet op de termijnen van de gedoogconstructie. Echter zijn ook de termijnen uit de gedoogconstructie – die evenwel niet duidelijk zijn of dat nu gaat om een periode tot 1 januari 2023 of 2024 – onvoldoende. Het is immers reeds duidelijk dat niet voor 1 januari 2023 of 2024 voldoende kwartsloze ballast beschikbaar zal zijn om aan de jaarlijkse vraag van ProRail te voldoen. Bovendien vergt het voorschrijven en laten toepassen van enkel kwartsloze ballast op alle toekomstige projecten op het gehele spoor ruime voorbereidingstijd met betrekking tot de projectplanning, termijnen voor aanbestedingen en levertijden zoals hiervoor onder randnummers 2.24-2.28 is toegelicht.
- 2.46 In het geval dat de Arbeidsinspectie zou menen dat het opleggen van een eis tot naleving passend is ondanks hetgeen is aangebracht onder bezwaargrond 1 en 2 vragen wij de Arbeidsinspectie om met inachtneming van het voorgaande akkoord te gaan met een termijn van twee jaar voor projecten in tunnels, onder overkappingen en indien beschikbaar bij kleinschalig onderhoud. Mocht dit vertraging oplopen dan zal ProRail de Arbeidsinspectie hierover tijdig informeren. Voor de overige projecten vragen wij de Arbeidsinspectie – gelet op het voorgaande – om aan ProRail geen eis tot naleving op te leggen. ProRail informeert de Arbeidsinspectie graag en gaat graag blijvend in gesprek over de voortgang. Een eis tot naleving past hier gelet op de voornoemde redenen evenwel niet bij.
- 2.47 In de tussentijd blijven er strenge eisen gesteld worden aan (het gebruik van) kwartshoudende ballast met als doel dat er zo min mogelijk emissie van en blootstelling aan respirabel kwartsstof optreedt. Stofbeperkende maatregelen en persoonlijke beschermingsmiddelen als stofmaskers blijven altijd van groot belang, ook bij het werken met kwartsloze ballast. Ook 'gewoon' bouwstof is namelijk schadelijk bij inademing. Daarom blijft de branche, waaronder opdrachtgever ProRail, de maatregelen voorschrijven en nemen en wordt gezamenlijk op zoek gegaan naar innovatieve manieren om stofvorming zoveel mogelijk te beperken.

BEZWAARGROND 3: STRIJD MET ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

- 3.1 Het bestreden besluit is tot slot in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook om die reden verzoekt ProRail het bezwaar gegrond te achten.

3.2 In de voorbereiding van het bestreden besluit is onvoldoende en onvoldoende nauwkeurig onderzoek verricht naar de relevante feiten en belangen. Daarnaast zijn ongefundeerde (spoortechnische) aannames gedaan en heeft de Arbeidsinspectie zich onvoldoende vergewist of de met het besluit te dienen belangen in verhouding staan tot de gevolgen van de eis tot naleving en de daarbij gestelde termijn voor ProRail en de spoorsector. Daarnaast brengt het bestreden besluit ProRail in een hoogst rechtsonzekere situatie door het gebruik van een onduidelijke gedoogconstructie met bijbehorende termijnen.

3.3 Wij zullen dit hierna nader toelichten.

Zorgvuldigheidsbeginsel

3.4 De Algemene wet bestuursrecht ("Awb") schrijft in artikel 3:2 voor dat, bij de voorbereiding van een besluit, het bestuursorgaan alle nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen. ProRail constateert dat de voorbereiding van het bestreden besluit niet aan deze vereisten voldoet.

3.5 Uit hetgeen eerder in dit bezwaarschrift naar voren is gebracht volgt dat in de voorbereiding van het bestreden besluit onvoldoende en onnauwkeurig onderzoek is verricht naar de relevante feiten en af te wegen belangen en er aannames worden gedaan die geen rechtvaardiging vinden in deugdelijke onderbouwingen. Dit is ook reeds in de zienswijze aan de orde gesteld. Indicatief wijst ProRail in dit kader op het volgende:

- ProRail schrijft de aannemers niet voor dat zij moeten werken met kwartshoudende ballast. In zoverre is de door de Arbeidsinspectie gestelde overtreding dan ook niet juist;
- de inspanningen van ProRail omtrent ballast bij het als opdrachtgever contracteren van aannemers (o.a. de ruimte in de SPC00033 en V&G) zijn onvoldoende onderzocht;
- zoals hiervoor gemotiveerd is onderbouwd is het laten treffen van bronmaatregelen technisch niet uitvoerbaar, althans niet binnen de gegeven termijnen, dit onderdeel is niet meegewogen in het bestreden besluit;
- het bestreden besluit geeft er geen blijk van dat rekening gehouden is met de praktische bezwaren om te kunnen voldoen aan de in het bestreden besluit gestelde termijn omtrent de planning van de uitvoering van aanleg- en onderhoudswerkzaamheden aan het spoor;
- er wordt onterecht een correlatie aangenomen tussen het kwartsgehalte in het gesteente ~~en de potentiële respirabele kwartsemissie, en daarmee worden onterechte conclusies~~ getrokken met betrekking tot het kwartsgehalte in een gesteente en de potentiële gezondheidseffecten;
- de geschiktheid van de toepassing van beton als alternatief voor ballast wordt eenvoudigweg aangenomen; het bestreden besluit geeft er geen blijk van dat dit onderdeel daadwerkelijk is onderzocht, en bovendien is dit onderdeel ook niet eerder aan de orde gekomen.

Ondeugdelijke motivering

3.6 De onzorgvuldige voorbereiding van het bestreden besluit leidt tot gebreken in de motivering. Het bestreden besluit verhoudt zich dan ook niet met artikel 3:46 Awb. Indicatief wijst ProRail in dit kader op het volgende:

- de keuze voor het onderscheid tussen deel 1 van de eis (tunnels, kunstwerken en op en in de directe omgeving ban stations(emplacementen)) en deel 2 van de eis ("overige" spoorinfraprojecten) is niet duidelijk gemotiveerd;
- uit het bestreden besluit wordt niet duidelijk dat de eis ook zo moet worden begrepen dat hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige en gerecyclede ballast niet is toegestaan;
- de Arbeidsinspectie stelt in het bestreden besluit navraag te hebben gedaan bij de Basalt Union/H&B Grondstoffen over de beschikbare volumes kwartsloze ballast, zonder dit met stukken te onderbouwen, terwijl de gegevens die de Arbeidsinspectie noemt niet overeenkomen met de informatie die ProRail van dezelfde partijen heeft verkregen; dit houdt zowel een onzorgvuldige voorbereiding als gebrekkige motivering in;
- de Arbeidsinspectie gaat in het bestreden besluit in het geheel niet in op bepaalde onderdelen uit de zienswijze van ProRail, namelijk daar waar ProRail de Arbeidsinspectie reeds wees op de inspanningen die ProRail als opdrachtgever heeft verricht in de ontwerpfase in onder meer het V&G plan en de SPC00033; dit houdt zowel een onzorgvuldige voorbereiding en belangenafweging in als een gebrekkige motivering;
- de Arbeidsinspectie onderkent dat het bestreden besluit voor ProRail binnen de gegeven termijnen niet haalbaar is, omdat daarvoor onvoldoende kwartsloze ballast beschikbaar is, maar betreft dat enkel in een voor ProRail zeer onzekere gedoogconstructie;
- in het bestreden besluit zou gemotiveerd moeten zijn waarom er is gekozen voor een bepaalde termijn en op welke manier er rekening is gehouden met de haalbaarheid van de opgelegde maatregelen en de in dat kader door ProRail aangevoerde belemmeringen.³² In het bestreden besluit wordt niet aan deze eisen voldaan. Er is niet gemotiveerd waarom de termijn van 3 maanden redelijk zou zijn en hoe de Arbeidsinspectie tot die termijn gekomen is. Als reactie op de zienswijze van ProRail waarin onderbouwd is uiteengezet dat de eis niet binnen de gestelde termijnen kan worden uitgevoerd, onderkent de Arbeidsinspectie evenwel dat de termijn van drie maanden voor een deel van de eis niet haalbaar is, maar in plaats van het stellen van een redelijke termijn, kiest de Arbeidsinspectie voor een gedoogconstructie die ProRail geen enkele rechtszekerheid biedt en bovendien afhankelijk is van onzekere en onduidelijke factoren.

Evenredigheid

3.7 Uit het voorgaande volgt dat het bestreden besluit verstrekken gevolgen heeft. Hierna gaan wij nog nader in op die gevolgen die niet alleen ProRail raken. Tegenover die verstrekken gevolgen staan de belangen die met het bestreden besluit gediend worden, te weten de bescherming van

³² Zie in dat verband onder meer Rb Alkmaar 22 juli 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BD9138.

de gezondheid van de spoorwerkers. Herhaald zij dat ProRail die belangen urgent acht. Er is geen discussie over het feit dat mensen die aan of bij het spoor werken dat veilig moeten kunnen doen en dat gezondheidsrisico's moeten worden voorkomen. Daar waar ProRail verantwoordelijkheid toekomt hierin, neemt zij die. Het bestreden besluit gaat echter verder dan noodzakelijk om die belangen te waarborgen en is daarmee onevenwichtig.³³ Om de belangen van spoorwerkers te beschermen volstaan maatregelen lager in de arbeidshygiënische strategie. Met inachtneming van die maatregelen kan immers gewerkt worden binnen de wettelijke grenswaarden. Een deugdelijke belangenafweging op dit punt ontbreekt in het bestreden besluit. Het bestreden besluit geeft er geen blijk van dat de totale impact van het bestreden besluit, inclusief de gevolgen van de daarin gegeven termijnen, door de Arbeidsinspectie zijn afgezet tot de met het bestreden besluit te dienen belangen. De impact van het bestreden besluit is groot, zoals we hierna uiteenzetten.

- 3.8 De Arbeidsinspectie komt al jaren inspecteren bij de onderhoudswerkzaamheden van ProRail en tevens vindt regelmatig overleg plaats. Het werken met alternatieven voor kwartshoudende ballast is niet eerder een onderwerp van gesprek geweest. Naar aanleiding van een enkele controle op één werk is een zeer verstrekkende eis tot naleving opgelegd die ziet op het totale hoofdspoor in beheer bij ProRail (meer dan 7000 km), die binnen een zeer korte termijn moet worden uitgevoerd. Niet alleen wordt van ProRail in het bestreden besluit vereist dat op het gehele hoofdspoor kwartsloze ballast zal moeten worden toegepast, uit gesprekken met de Arbeidsinspectie volgt dat het bestreden besluit zo moet worden begrepen dat ook hergebruik van reeds in de spoorbaan aanwezige ballast en gerecyclede ballast niet is toegestaan. Bovendien is daaraan een onhaalbare termijn verbonden, gecombineerd met een rechtsonzekere gedoogconstructie.
- 3.9 Het bestreden besluit vraagt om een complete vervanging van het bestaande spoor. Het bestreden besluit vereist immers dat het ballastbed uitsluitend compleet mag worden vernieuwd. Dit heeft consequenties voor de uitvoeringsduur met minder beschikbaarheid van het spoor tot gevolg.
- 3.10 Het bestreden besluit heeft ook een grote potentiële financiële impact die voor kwartsloze ballast nog niet goed is in te schatten.³⁴ Het volume van benodigde ballast wordt groter terwijl het aantal groeves dat kan leveren kleiner wordt. De reeds in de spoorbaan aanwezige ballast zal moeten worden afgevoerd, en de status (afvalstof of niet) zal moeten worden onderzocht. Hiervoor is de onmogelijkheid van het gebruiken van beton als alternatief reeds naar voren gebracht. Zelfs al zou dit technisch al een alternatief zijn, een transitie van ballastspoor naar ballastloos betonspoor duurt tientallen jaren, zal tientallen jaren grote hinder opleveren, kent een enorme ruimtelijke en duurzaamheidsimpact en de inschatting is dat dit tientallen miljarden zal kosten ten opzichte van het handhaven van het ballastspoor.
- 3.11 Het bestreden besluit heeft bovendien ook grote gevolgen voor het behalen van de landelijke duurzaamheidsdoelstellingen. Nederland staat voor de transitie naar een klimaatneutrale en circulaire economie. In 2050 moet de CO₂-uitsloot met 95% zijn teruggebracht en de Nederlandse economie circulair zijn; in 2030 moet een CO₂-reductie van 49% zijn gerealiseerd (t.o.v. 1990) en moet het primair grondstofverbruik met 50% zijn teruggebracht (t.o.v. 2015). Deze doelen zijn

³³ Zie de recente uitspraak AbRvS RvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

³⁴ Op basis van een eerste berekening heeft ProRail geconstateerd – uitgaande van een jaarlijkse ballastbehoefte van 500.000 ton – dat toepassing van enkel kwartsloze ballast tussen de EUR 17.500.000 en EUR 31.400.000 per jaar extra gaat kosten waarbij ervan is uitgegaan dat kwartshoudende ballast die bij werkzaamheden vrijkomt in de baan hergebruikt kan worden. De Arbeidsinspectie heeft inmiddels duidelijk gemaakt dat dat wat betreft de Arbeidsinspectie niet het geval kan zijn. De hieraan verbonden meerkosten zijn aanzienlijk, waarbij het de vraag is of de vrijkomende ballast elders hergebruikt kan worden.

uitgewerkt in het Klimaatakkoord (2019) en het Rijksbrede Programma Circulaire Economie (2016). Voor Rijkswaterstaat en ProRail zijn deze doelstellingen verder geconcretiseerd in de Strategie Klimaatneutrale en Circulaire Rijksinfrastructuurprojecten³⁵, die in september 2019 is vastgesteld. Indien ProRail moet overgaan naar 100% kwartsloze ballast en daardoor in de toekomst geen ballast meer kan hergebruiken, noch recycleballast kan toepassen, dan leidt dat tot een stijging van de CO₂-emissie met ruim 10 Kton per jaar. Daardoor komen de doelstellingen van 39 kton reductie in 2025, 55% reductie van CO₂-emissies in 2030 en CO₂-neutraal spoor in 2050 in gevaar (ook Arcadis wijst op impact op de duurzaamheidsdoelstellingen – **Bijlage 17**).

- 3.12 ProRail zal over deze potentiële financiële impact en de gevolgen voor het behalen van de duurzaamheidsdoelstellingen ook moeten spreken met haar opdrachtgever/aandeelhouder. Op grond van de beheerconcessie³⁶ is ProRail verplicht om met haar concessieverlener (de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat) overleg te voeren indien uit geldende wet- en regelgeving voortvloeit dat – gelet op de aan ProRail door deze Staatssecretaris verstrekte financiële middelen – de aan ProRail opgedragen taken (o.a. op het gebied van duurzaamheid) niet meer efficiënt kan worden uitgevoerd. Alsdan dient ProRail bij haar concessieverlener een voorstel in te dienen voor een alternatieve efficiëntere dan wel effectievere uitvoering van het spoorbeheer. Uit de toelichting van artikel 5 van de beheerconcessie blijkt dat het hierbij gaat om publieke middelen waarmee efficiënt en zorgvuldig dient te worden omgegaan. Over de eventuele vergaande gevolgen van het bestreden besluit zal ProRail zich dan ook nader dienen te verstaan met de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat.
- 3.13 Overigens wordt ook internationaal op het spoor niet zoals geëist gewerkt. Ook in andere binnenlandse sectoren waar gewerkt wordt met kwartshoudende materialen, zoals de wegenbouwsector, wordt een dergelijke eis niet gesteld.
- 3.14 Gelet op het voorgaande, is het bestreden besluit niet evenredig in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen en daarmee in strijd met artikel 3:4 Awb. Het bestreden besluit is gegeven de omstandigheden van het geval en betrokken belangen niet evenwichtig.

Rechtszekerheid en evenredigheid termijn

- 3.15 In het bestreden besluit wordt een zeer korte termijn gesteld waarbinnen ProRail aan de eis tot naleving dient te voldoen. Gelijktijdig wordt in het bestreden besluit een termijn genoemd waarin de niet naleving van deel 2 van de gestelde eis onder voorwaarden wordt gedoogd. Blijkens de motivering van het bestreden besluit is hiertoe besloten vanwege hetgeen ProRail in de zienswijze naar voren heeft gebracht omtrent de onuitvoerbaarheid van de eis binnen de daarvoor gestelde termijnen. Uit het bestreden besluit blijkt wel dat de Arbeidsinspectie ook tot het oordeel is gekomen dat de termijn van drie maanden om te voldoen aan deel twee van de eis niet haalbaar is, en dat dit onwenselijke maatschappelijke gevolgen heeft. In het bestreden besluit wordt immers gesteld: *"Binnen 3 maanden na dagtekening van de eis, zal geen 300.000 – 400.000 ton kwartsloze ballast geleverd kunnen worden opdat ProRail volgens de planning de ballastbedden op de overige projecten kan onderhouden. Dat zou betekenen dat onderhoud op deze projecten niet plaats kan*

³⁵ Brief van de minister en staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 15 juni 2020, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 32 813, nr. 535.

³⁶ Artikel 4 lid 4 en artikel 5 van de Beheerconcessie 2015-2025.

*vinden en dat het treinverkeer op de betreffende trajecten dient te worden gestaakt. Dit is niet wenselijk gezien het maatschappelijke belang dat het spoorweginet heeft."*³⁷

- 3.16 De constatering dat de termijn van drie maanden onhaalbaar is, had moeten leiden tot een wél haalbare termijn en niet tot een gedoogconstructie zoals nu in het bestreden besluit is opgenomen. Nu wordt er door de Arbeidsinspectie een termijn opgelegd terwijl ze weet dat die onhaalbaar is en dus vaststaat dat er na verloop van de termijn sprake zal zijn van een overtreding. Deze overtreding kan hooguit voorkomen worden door verstreckende gevolgen, namelijk stillegging van spooronderhoudswerkzaamheden gedurende langere tijd. De constatering dat voor dermate verstreckende gevolgen rechtvaardiging ontbreekt, dient te leiden tot een redelijke termijn om aan de eis te voldoen. Deze redelijke termijn is niet gegeven, en ook daarom is het bestreden besluit onevenredig en oneuwigdurend.
- 3.17 De gedoogconstructie plaatst ProRail bovendien in een rechtsonzekere positie. Het sluit immers niet uit dat de Arbeidsinspectie alsnog – op verzoek van een derde – tot handhaving zal overgaan. Een gedoogbeslissing bevat geen (definitief) standpunt over de verhouding tussen de (vermeende) overtreding en de belangen van derden. ProRail kan er niet op vertrouwen dat van deze gedoogconstructie niet kan worden teruggekomen, zodat de betekenis daarvan betrekkelijk is.³⁸
- 3.18 Daar komt bij dat de gedoogvoorwaarden gekoppeld zijn aan inspanningen van ProRail en een onzekere weging daarvan door de Arbeidsinspectie. ProRail kan gedurende de gedoogperiode gebruik maken van kwartshoudende ballast, maar alleen wanneer uit verzoeken aan leverende partijen blijkt dat er niet voldoende kwartsloze ballast beschikbaar is. Bovendien moet ProRail dan eerst kwartsarme ballast voorschrijven met een maximaal kwartsgehalte van 20%. Indien ook daarvan uit verzoeken aan leverende partijen blijkt dat dit niet in voldoende hoeveelheden beschikbaar is, dan mag gebruik worden gemaakt van ballast met een hoger percentage kwarts. Uit de huidige discussie die ProRail met de Arbeidsinspectie voert over de beschikbare hoeveelheid kwartsloze ballast blijkt al dat dit geen eenvoudige en eenduidige voorwaarden zijn. Immers, hoeveel leveranciers moet ProRail uitvragen, en hoe vaak, en hoe mogen de andere specificaties voor de toepassing van ballast bij deze uitvraag worden afgewogen? De gedoogvoorwaarden maken deze gedoogconstructie nog meer onzeker.
- 3.19 Het is bovendien op basis van het bestreden besluit niet duidelijk of de termijn van gedogen van deel 2 van de eis geldt tot 1 januari 2023 of tot 1 januari 2024.
- 3.20 Gelet op uw eigen constatering dat de in het bestreden besluit gehanteerde termijn van drie maanden onhaalbaar is, had de Arbeidsinspectie een redelijke termijn moeten vaststellen en ter vaststelling daarvan het benodigde onderzoek moeten doen. Het opleggen van een onhaalbare termijn is onjuist en onevenredig.

Tussenconclusie

- 3.21 Het bestreden besluit tot het opleggen van deze eis tot naleving is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook om die reden kan het bestreden besluit niet in stand blijven.

³⁷ Bestreden besluit, p. 7. En zie ook p. 9.

³⁸ RvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356.

CONCLUSIE

ProRail verzoekt u dit bezwaarschrift gegrond te verklaren en in het kader van de heroverweging primair het bestreden besluit te herroepen. Subsidiair verzoekt ProRail u om in het kader van de heroverweging het bestreden besluit te herroepen en een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de bezwaren van ProRail.

ProRail verzoekt u om de kosten die ProRail vanwege dit bezwaar heeft moeten maken – waaronder begrepen de kosten voor juridische bijstand – te vergoeden.

Wij verzoeken om in de gelegenheid te worden gesteld dit bezwaarschrift mondeling toe te lichten.

ProRail verzoekt de Arbeidsinspectie tevens om weer in gesprek te gaan met elkaar om te komen tot een daadwerkelijk uitvoerbare oplossing.

Hoogachtend,

Van Doorne N.V.