

Aan De Minister van Infrastructuur en Milieu
Mevrouw drs. M.H. Schultz van Haegen
Postbus 20901
2500 EX 's-GRAVENHAGE

Datum 15 november 2010
Onderwerp Nader advies inzake artikel 7 van het voorontwerp van een Wet tot gedogen van werken van algemeen belang (versie van juni 2010)
Ons kenmerk CAW-2010/097
Uw kenmerk CEND/HDJZ-2010/1302 sector I&O
Contactpersoon Pieter Jong
Doorkiesnummer 06-21207052
Bijlage(n) -

Geachte mevrouw,

Bij brief van 1 september 2010 heeft de voormalige minister van Verkeer en Waterstaat, de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving (verder: de Commissie) om advies gevraagd over artikel 7 van het voorontwerp van een Wet tot gedogen van werken van algemeen belang (verder: het voorontwerp).

Allereerst spreekt de Commissie waardering uit voor de reactie die u in de bijlage bij uw adviesaanvraag geeft op de hoofdlijnen van het eerdere briefadvies van 19 juli jl. Naar aanleiding van dat advies worden in de toelichting enige opmerkingen ter verduidelijking toegevoegd, onder meer op het punt van de schadevergoeding en de relatie met andere gedoogplichten. Enkele andere punten worden nog in beraad gehouden of worden nader uitgezocht. Het verheugt de Commissie dat haar advisering in deze kan bijdragen tot betere wetgeving.

Dit advies is als volgt opgebouwd. Allereerst worden enkele inleidende opmerkingen gemaakt over het eerdere briefadvies en de adviesaanvraag over artikel 7. Vervolgens vindt een nadere beoordeling van artikel 7 plaats. Daarna komt de kern van dit briefadvies aan de orde, namelijk een voorstel van de Commissie voor een alternatieve formulering van artikel 7. Het briefadvies eindigt met enige slotopmerkingen.

1. Inleidende opmerkingen

In haar briefadvies van 19 juli jl. heeft de Commissie het volgende opgemerkt over artikel 7 van het voorontwerp:

“In artikel 7, eerste lid, wordt gesproken over ‘werken niet zijnde een werk als bedoeld in de artikelen 3, 4, 5 of 6, die gelet op veiligheidsbelangen, milieubelangen, economische belangen of andere maatschappelijke belangen naar het oordeel van Onze Minister worden aangemerkt als werken van algemeen belang’. In de toelichting op artikel 7 wordt gesteld dat ‘een gedegen motivering’ vereist is (p. 25). De Commissie meent voornamelijk dat het samenstel van veiligheidsbelangen, milieubelangen, economische of andere maatschappelijke belangen dermate breed en veelomvattend is, dat de in dit artikel opgenomen bevoegdheid onvoldoende objectief bepaald is. Mede met het oog op de rechtszekerheid adviseert de Commissie om deze bevoegdheid nader objectief te bepalen.”

De opmerkingen over artikel 7 van het voorontwerp zijn voor de voormalige minister van Verkeer en Waterstaat aanleiding geweest om de Commissie om een nader advies te vragen. In de adviesaanvraag stelt uw voorganger “dat als die mogelijkheid er is het wenselijk is de bevoegdheid zoals die nu is opgenomen meer objectief te bepalen.” De minister heeft de Commissie gevraagd om nader te adviseren omtrent de in artikel 7 van het voorontwerp opgenomen bevoegdheid en dan meer in het bijzonder de vraag aan welke kenmerken een werk van algemeen belang in het kader van dit voorontwerp in elk geval moet voldoen.

2. Een nadere beoordeling van artikel 7

De vraag “aan welke kenmerken een werk van algemeen belang in het kader van dit voorontwerp in elk geval moet voldoen” is naar de mening van de Commissie lastig in algemene zin te beantwoorden. Hoewel het begrip ‘algemeen belang’ zich goed lijkt te lenen voor uitgebreide verhandelingen, kiest de Commissie er uit pragmatische overwegingen voor om de beantwoording toe te spitsen op de volgende vraag: hoe zou de inhoud van artikel 7 lid 1 zodanig gepreciseerd kunnen worden dat er voldoende rechtszekerheid geboden wordt? Of anders geformuleerd: hoe kan het artikel zodanig aangepast worden dat voldoende bescherming wordt geboden tegen oneigenlijk gebruik?

Bij de werken die in de artikelen 3, 4, 5 en 6 van het voorontwerp gespecificeerd worden, hoeft er weinig of geen discussie te zijn over de ‘gedoogplichtwaardigheid’ van deze werken. Het gaat immers (grotendeels) om werken waarvoor reeds in de bestaande wetgeving wordt bepaald dat zij onder de werking van de Belemmeringenwet Privaatrecht vallen. De categorie werken waar artikel 7 op doelt, is echter nieuw. Het artikel beoogt een vangnet te bieden voor een niet nader gespecificeerde categorie van werken, waarbij oplegging van een gedoogplicht in de praktijk toch nodig mocht blijken te zijn.

Artikel 7, eerste lid, van het voorontwerp luidt nu als volgt:

“Onze Minister kan op aanvraag van de ondernemer van het werk besluiten tot de oplegging van een gedoogplicht aan een rechthebbende ten behoeve van de aanleg, instandhouding, verandering, verplaatsing of opruiming van werken niet zijnde een werk als bedoeld in de artikelen 3, 4, 5 of 6, die gelet op veiligheidsbelangen, milieubelangen, economische belangen of andere maatschappelijke belangen naar het oordeel van Onze Minister worden aangemerkt als werken van algemeen belang.”

In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt onder meer het volgende opgemerkt (p. 25): “Aangezien van het begrip ‘algemeen belang’ niet een allesomvattende definitie kan worden gegeven omdat dit altijd van de specifieke kenmerken en doelen van de werken afhangt, worden in dit artikel enkele abstracte belangen genoemd.” De formulering van deze ‘abstracte belangen’ is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende precies. De abstracte begrippen ‘veiligheidsbelangen, milieubelangen, economische belangen of andere maatschappelijke belangen’ roepen namelijk diverse vragen op. Zonder uitpuddend te zijn, kunnen bijvoorbeeld de volgende vragen gesteld worden. Wat wordt bedoeld met ‘veiligheidsbelangen’? Om wat voor veiligheid gaat het precies: waterveiligheid, sociale veiligheid, veiligheid in de openbare ruimte of nationale veiligheid (in de context van terrorismebestrijding)? Het begrip ‘milieubelangen’ is als zodanig nergens in de bestaande wetgeving te vinden. Wat wordt daar precies mee bedoeld? Het begrip ‘economische belangen’ roept de vraag op, of ook private economische belangen op zichzelf reeds een voldoende mate van algemeen belang met zich mee kunnen brengen. Het begrip ‘maatschappelijke belangen’ komt als open begrip bijvoorbeeld voor in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:12 en art. 6:168 BW). In de context van de gedoogplichtwetgeving roept het abstracte begrip ‘maatschappelijke belangen’ de vraag op, welke belangen daar wel en niet onder zouden kunnen vallen. Op deze plaats volstaat de Commissie met vragen; in paragraaf 4 gaat ze hier verder op in.

Zoals de Commissie in haar briefadvies reeds heeft aangegeven, concludeert zij op grond van het voorgaande dat het met het oog op de rechtszekerheid nodig is om het laatste gedeelte van deze bepaling objectiever te formuleren. Alvorens de Commissie komt met een voorstel voor een alternatieve formulering van artikel 7, gaat ze in de volgende paragraaf in op de vraag of procedurele waarborgen wellicht afdoende kunnen zijn.

3. Voldoende procedurele waarborgen?

In de adviesaanvraag wordt onder meer gewezen op “extra waarborgen” vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Een citaat:

“In artikel 7 van het voorontwerp wordt voorgesteld om in de plaats van die kb-procedure de bevoegdheid aan de minister van VenW te geven om in het kader van de gedoogplichtbeschikking te besluiten dat een werk van

algemeen belang is. Dat levert een vermindering van administratieve lasten op omdat er een aanvraagmoment vervalt, die valt nu samen met de aanvraag van een gedoogplichtbeschikking. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming bezien geeft deze constructie extra waarborgen ten opzichte van de kb-procedure. Immers het is mogelijk om over de ontwerpgedoogplichtbeschikking een zienswijze in te dienen tegen de motivering waarom een werk als werk van algemeen belang wordt beschouwd. Daarnaast staat er beroep open tegen de gedoogplichtbeschikking. Dat zijn procedurele waarborgen.”

De Commissie meent dat de suggestie dat er onder het nieuwe systeem “extra waarborgen” zouden zijn uit een oogpunt van rechtsbescherming niet juist kan worden geacht. In de eerste plaats lijkt er onder het huidige regime van de Belemmeringenwet Privaatrecht sprake van een soort ‘drietrapsraket’ (erkenning van algemeen belang, concessie, oplegging gedoogplicht), terwijl een rechthebbende onder het voorgestelde systeem direct met een ontwerp van een gedoogplichtbeschikking geconfronteerd wordt. In de tweede plaats meent de Commissie dat het samenstel van veiligheidsbelangen, milieubelangen, economische of andere maatschappelijke belangen dermate breed en veelomvattend is, dat het erop lijkt dat het bestuur, belanghebbenden en de rechter de facto geen inhoudelijk toetsingscriterium hebben. In een concreet geval zal immers altijd wel enig maatschappelijk belang te vinden zijn. Daarvan uitgaande rijst de vraag, hoe de rechter zou kunnen oordelen dat oplegging van een gedoogplicht niet gerechtvaardigd is?

Onder de huidige Belemmeringenwet Privaatrecht is het erkennen van een openbaar belang voor een particulier werk – zonder dat er sprake is van een werk waarvoor een concessie kan worden afgegeven – niet aan de orde. Onder het regime van het voorontwerp is de concessie afgeschaft en lijkt er dus meer ruimte te komen om in het geval van ‘particuliere werken’ een gedoogplichtbeschikking op te leggen.

De Commissie concludeert dat de in de adviesaanvraag en in de toelichting bij het voorontwerp genoemde procedurele waarborgen onvoldoende zijn om het tekort aan rechtszekerheid en objectiviteit in de formulering van artikel 7 lid 1 te kunnen compenseren.

4. Een alternatieve formulering van artikel 7

Wanneer een particuliere onderneming vraagt om oplegging van een gedoogplichtbeschikking dient er een deugdelijke afweging plaats te vinden tussen de betrokken particuliere belangen en het algemene belang. Deze afweging moet ook door de rechter getoetst kunnen worden. Dat vraagt om een scherpere formulering van de in artikel 7 genoemde relevante belangen, mede met het oog op de gewenste rechtzekerheid en zorgvuldigheid. Om meer scherpere aan te brengen, stelt de Commissie voor om het begrip ‘zwaarwegend’ in te voegen waar het gaat om economische en maatschappelijke belangen; tevens stelt de Commissie voor het relevante veiligheidsbelang expliciet te benoemen.

De Commissie stelt voor om artikel 7 van het voorontwerp aldus te herformuleren:

“Onze Minister kan op aanvraag van de ondernemer van het werk besluiten tot de oplegging van een gedoogplicht aan een rechthebbende ten behoeve van de aanleg, instandhouding, verandering, verplaatsing of opruiming van werken niet zijnde een werk als bedoeld in de artikelen 3, 4, 5 of 6, *indien het belang van openbare veiligheid, het belang van de bescherming van het milieu, zwaarwegende economische belangen of andere zwaarwegende maatschappelijke belangen de oplegging rechtvaardigen.*”

Omdat in artikel 7 sprake is van een restcategorie betreffende een niet-gespecificeerde groep werken van een openbaar belang en er ook private belangen aan de orde kunnen zijn, vindt de Commissie het belangrijk dat in dit verband in volle omvang wordt getoetst, zowel door de minister als ook door de rechter. Een dergelijke rechterlijke toetsing wordt mogelijk door de woorden “naar het oordeel van de Minister” uit artikel 7 van het voorontwerp te schrappen.

Naar aanleiding van de gekozen formulering van belangen merkt de Commissie het volgende op:

- In plaats van ‘veiligheidsbelangen’ (in artikel 7 lid 1 van het voorontwerp) kan beter gesproken worden over ‘het belang van openbare veiligheid’, omdat met name op dat belang gedoeld lijkt te worden (artikel 5.24 van de Waterwet regelt de gedoogplichten ten behoeve van de waterveiligheid).
- Het begrip ‘milieubelangen’ waarover in artikel 7 lid 1 van het voorontwerp gesproken wordt, komt als zodanig niet in bestaande wetgeving voor. De Commissie adviseert om aan te sluiten bij een bestaand wettelijk begrip, namelijk: het belang van de bescherming van het milieu (zie artikel 2.14, derde lid, van de Wabo).
- Niet elk economisch belang en maatschappelijk belang is van voldoende gewicht om oplegging van een gedoogplicht te rechtvaardigen. De Commissie stelt daarom voor om te spreken van ‘zwaarwegende’ economische en ‘zwaarwegende’ maatschappelijke belangen (vgl. artikel 6:168 lid 1 BW, waar ook wordt gesproken over ‘zwaarwegende maatschappelijke belangen’). Met het begrip ‘zwaarwegend’ wordt tot uitdrukking gebracht dat op het bestuursorgaan dat de gedoogplicht oplegt een zwaardere motiveringsplicht drukt. Het bestuursorgaan moet motiveren waarom het belang met het oog waarop het de gedoogplicht oplegt in het betreffende geval zwaarwegend wordt geacht. Het bestuurlijke oordeel hierover kan door de rechter getoetst worden.

5. Tot slot

Op grond van het voorgaande adviseren wij u om bij de verdere voorbereiding van de ‘Wet tot gedogen van werken van algemeen belang’ aandacht te schenken aan bovengenoemde punten. Wanneer dit advies en de eventuele overige reacties op het voorontwerp voor u aanleiding zijn tot aanpassing van de tekst van het wetsvoorstel, wordt de Commissie daarover te zijner tijd graag geïnformeerd.

Mocht u het op prijs stellen nader met de Commissie over de inhoud van dit advies van gedachten te wisselen, dan is zij daartoe gaarne bereid.

Met de meeste hoogachting,

A handwritten signature in black ink, reading "van Hall". The signature is written in a cursive style with a large initial 'v'.

Alfred van Hall
Voorzitter