

Aan De Minister van Verkeer en Waterstaat
De heer Ir. C.M.P.S. Eurlings
Postbus 20901
2500 EX S-GRAVENHAGE

Datum 19 juli 2010
Onderwerp Voorontwerp van een Wet tot gedogen van werken van algemeen belang
(versie van juni 2010)
Ons kenmerk CAW-2010/070
Uw kenmerk CEND/HDJZ-2010/750 sector I&O
Contactpersoon Pieter Jong
Doorkiesnummer 06-21207052
Bijlage(n) -

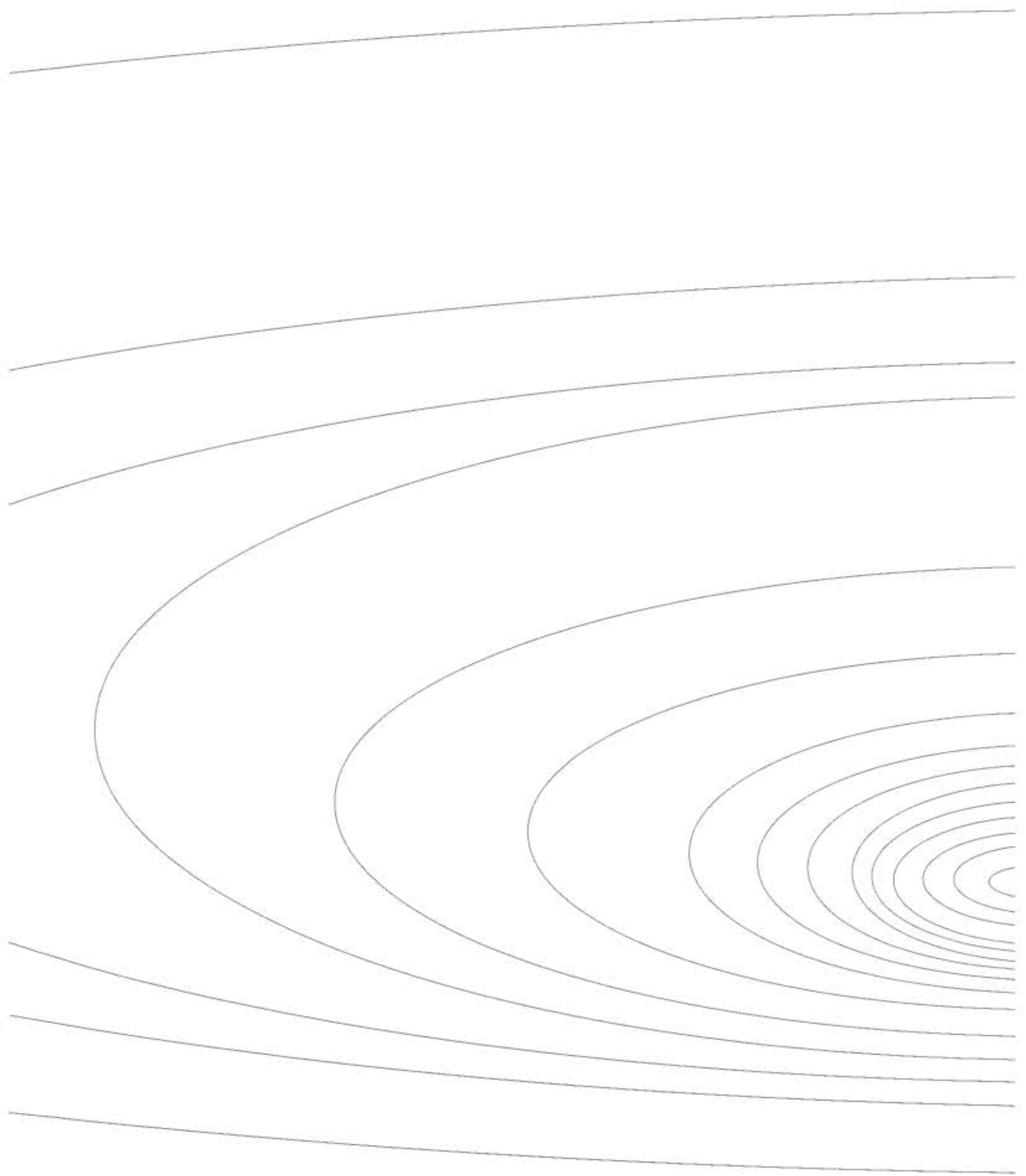
Geachte heer Eurlings,

Bij brief van 7 mei 2010 (kenmerk: VENW/HDJZ-2010/750) heeft u de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving (verder: de Commissie) om advies gevraagd over een concept van een voorontwerp van een Wet tot gedogen van werken van algemeen belang (verder: het voorontwerp). Op 18 juni ontving de Commissie het voorontwerp zoals dat op hoofdlijnen is aangepast naar aanleiding van een consultatieronde.

Dit briefadvies is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt een beknopte samenvatting van dit briefadvies gegeven. Vervolgens gaat de Commissie in op de voorgeschiedenis. Daarna worden de algemene en specifieke punten uiteengezet, waaraan volgens de Commissie in het verdere wetgevingsproces aandacht dient te worden besteed.

1 Samenvatting van het advies

De Commissie onderschrijft het streven naar modernisering en vereenvoudiging van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Zij kan zich op hoofdlijnen vinden in de opzet van de nieuwe wet en in de memorie van toelichting behorende bij het voorontwerp. De Commissie plaatst enkele inhoudelijke kanttekeningen bij het voorontwerp en doet enkele concrete aanbevelingen tot aanpassing van de wettekst en de daarbij behorende toelichting.



2 Voorgeschiedenis

Onderhavig voorontwerp behelst de modernisering van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Op verzoek van een vorige minister van Verkeer en Waterstaat heeft de Commissie in december 2004 reeds geadviseerd over een ambtelijk voorontwerp van een ‘Wet opheffing juridische belemmeringen’. Dat voorontwerp beoogde de Belemmeringenwet Privaatrecht en de Belemmeringenwet Verordeningen te vervangen en te moderniseren. In haar advies van december 2004 heeft de Commissie gesteld dat het niet meenemen van de Belemmeringenwet Landsverdediging volgens haar afbreuk zou doen aan de te behalen winst.

In het algemeen deel van de toelichting bij het huidige voorontwerp wordt aangekondigd dat de Belemmeringenwet Verordeningen per 1 januari 2011 in het kader van de Wet revitalisering generiek toezicht ingetrokken zal worden. In het recent bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel voor een Wet revitalisering generiek toezicht (Kamerstukken II 2009-2010, 32 389, nrs. 1-4) ontbreekt echter, als de Commissie het goed ziet, enige verwijzing naar de Belemmeringenwet Verordeningen.

Daarnaast wordt in de toelichting opgemerkt dat de Belemmeringenwet Landsverdediging een wet van twee andere ministeries is die niet in dit voorstel betrokken wordt. Deze argumentatie is meer van praktische dan van inhoudelijke aard. Naar het oordeel van de Commissie verdient het nog steeds aanbeveling om de drie genoemde belemmeringenwetten tegelijkertijd te moderniseren.

3 Algemene punten

3.1 *Ondernemer*

Bij vergelijking van het voorontwerp met de tekst van de huidige Belemmeringenwet Privaatrecht (hierna: BP) valt onder meer de hantering van het begrip ‘ondernemer’ in het voorontwerp op. In de BP wordt gesproken over “openbare werken” die door het Rijk, een provincie, een waterschap of een gemeente “worden of zijn ondernomen” (artikel 1). De Commissie mist in de toelichting op het voorontwerp een toelichting op deze verandering van terminologie. Meer in het bijzonder mist de Commissie een toelichting op het in het voorontwerp gehanteerde, in deze context nieuwe, begrip ‘ondernemer’. Dit begrip komt voor in financieel-economische wetgeving; in die context is het een begrijpelijk begrip. In de sfeer van de belemmeringenwetgeving daarentegen gaat het vanouds om ‘openbare werken’ waarvan het ‘openbaar belang’ van overheidswege is erkend. De verzoekers om toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrechtprocedure zijn het Rijk, provincies, waterschappen en gemeenten, alsmede vennootschappen, waaronder waterleiding- en elektriciteitsmaatschappijen.¹ Het lijkt erop alsof de Minister met het begrip

¹ Zie: Leidraden, De gedoogplichtprocedure ingevolge de Belemmeringenwet Privaatrecht, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Den Haag, maart 2008, p. 21.

‘ondernemer’ in het voorontwerp wil aansluiten bij de terminologie in artikel 1 van de BP – het gaat om het ‘ondernemen van werken’ –, maar duidelijk is dat niet.

In de voorgestelde definitie van ‘ondernemer van het werk’ wordt gesproken over “degene onder wiens verantwoordelijkheid een werk van algemeen belang wordt aangelegd etc.”. Wat wordt precies bedoeld met die verantwoordelijkheid? De verantwoordelijkheid voor de aanleg van een werk van algemeen belang kan in de praktijk bij een andere instantie liggen dan de verantwoordelijkheid voor instandhouding of verandering, verplaatsing of opruiming van dat werk. Uit het voorontwerp blijkt dat de ‘ondernemer van het werk’ degene is die de gedoogplichtbeschikking aanvraagt. De aanvrager zal in zijn aanvraag onder andere een specificatie van het werk geven waarvoor de gedoogplichtbeschikking feitelijk wordt aangevraagd.

Op grond van het voorgaande adviseert de Commissie om het begrip ‘ondernemer van het werk’ uit het voorontwerp te schrappen. In plaats daarvan kan gekozen worden voor introductie van het begrip ‘de aanvrager’ in artikel 1. De aanvrager kan bijvoorbeeld als volgt omschreven worden: “het openbaar lichaam of het bedrijf dat een gedoogplichtbeschikking aanvraagt teneinde een werk van algemeen belang aan te leggen, in stand te houden, te veranderen, te verplaatsen of op te ruimen, of dat te laten doen.” In de toelichting zou aangegeven kunnen worden dat met name bedoeld wordt op de volgende openbare lichamen: rijk, provincie, waterschap en gemeente. Er zijn meer openbare lichamen dan deze, maar het is niet waarschijnlijk dat andere openbare lichamen gedoogplichtbeschikkingen aanvragen (gezien de kosten etc.). Hetzelfde geldt voor bedrijven: er zijn meer bedrijven dan elektriciteitsbedrijven en drinkwaterbedrijven, die in de praktijk nu vooral om gedoogplichtbeschikkingen verzoeken, maar het is niet nodig om andere bedrijven hier expliciet uit te sluiten. In de overige artikelen van het voorontwerp kan de ‘ondernemer van het werk’ vervangen worden door de ‘aanvrager’. De formulering ‘op aanvraag van de ondernemer van het werk’ in de artikelen 3, 4, 5, 6, en 7 kan vervangen worden door: ‘op verzoek van de aanvrager’ (deze terminologie komt bijvoorbeeld ook voor in artikel 2.5 lid 1 van de Wabo).

3.2 Rechtsbescherming

In artikel 16 van het voorontwerp is geregeld dat een belanghebbende tegen een gedoogplichtbeschikking beroep kan instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat uit verschillende wetten blijkt dat beroep in één instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State “een gewenste situatie is voor het beoordelen van de gedoogplichtbeschikking” (pagina 28). Waarom dit een ‘gewenste situatie’ is, wordt niet onderbouwd. In paragraaf 7 van het algemeen deel van de toelichting wordt nog gezegd dat dit “naar analogie van de oorspronkelijke bedoeling van de BP” is die beroep in één instantie regelde, maar dan bij het Gerechtshof. Terzijde zij opgemerkt, dat ook nog beroep in cassatie open staat. Wat daar ook van zij, deze motivering van de keuze voor beroep in één instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak kan de Commissie niet zonder meer overtuigen. Het ligt, in

aanmerking genomen de keuze voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen dit soort beschikkingen, in beginsel in de rede om aan te sluiten bij de hoofdregel van rechtsbescherming in twee (feitelijke) instanties. De Commissie adviseert om de keuze van het regime van rechtsbescherming in ieder geval beter te motiveren.

3.3 *Schadevergoeding*

In paragraaf 5 van hoofdstuk 3 van het voorontwerp wordt de schadevergoeding geregeld. De Commissie acht het aangewezen dat in de toelichting een meer uitvoerige en inzichtelijke beschouwing omtrent het recht op schadevergoeding wordt gegeven. Daarin zou onder meer tot uitdrukking moeten worden gebracht dat degene die gerechtigd zijn tot de zaak waarop de gedoogplicht rust een recht op volledige vergoeding van de door hen geleden schade hebben. Voorts zou onder meer dienen te worden uiteengezet, of de gerechtigde aanspraak kan maken op vergoeding in één keer, inclusief eventuele toekomstige schade. Daarbij zou ook aandacht moeten worden besteed aan de consequenties die een gedoogplicht mogelijk kan hebben voor het achterwege blijven van mogelijke toekomstige (voor de rechthebbende gunstige) planologische mutaties.

De Commissie vraagt zich naar aanleiding van artikel 17, tweede lid, van het voorontwerp af, wat de redenen zijn om als regel te bepalen dat de verzoekende rechthebbenden de schade dient te vergoeden die voortvloeit uit de verplaatsing van het werk van algemeen belang. De Commissie kan zich voorstellen dat hier voor een meer genuanceerde benadering wordt gekozen. De Commissie constateert voorts dat de toelichting bij artikel 17, lid 2 (p. 28), niet aansluit bij de tekst van bedoeld lid 2. In lid 2 wordt immers niets geregeld over de bevoegdheid van de rechtbank. Voorts wordt in de toelichting vermeld: “Anders dan bij de gedoogplichtbeschikking die is genomen op verzoek van de ondernemer van het werk, hoeft er ook niet altijd sprake te zijn van volledige schadevergoeding door de verzoeker, omdat het naar omstandigheden redelijk kan zijn dat de ondernemer van het werk een deel van deze kosten zelf moet dragen”. Deze nuance komt, als de Commissie het goed ziet, niet in de tekst van de wet tot uitdrukking.

3.4 *Handhaving*

De Commissie vraagt zich af, waarom het nodig is om in artikel 18 aan de Minister de bevoegdheid toe te kennen tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van het bepaalde in een gedoogplichtbeschikking en het bepaalde in artikel 12 en 14. De argumentatie in de toelichting acht de Commissie niet zonder meer duidelijk en overtuigend. In de toelichting wordt gesteld: “gebruikmaking van de last onder dwangsom zal zich *niet* snel voordoen” (cursivering CAW). En verder: “De huidige praktijk van de BP wijst echter *wel* uit dat zulke situaties zich mogelijk een enkele keer kan (sic!) voordoen. Verwacht wordt dan ook dat van deze bevoegdheid *niet* veel gebruik zal hoeven worden gemaakt. *Wel* ligt het in de rede om deze bevoegdheid toe te bedelen aan Onze Minister voor de *niet ondenkbeeldige situatie* dat een gedoogplichtige daadwerkelijk weigert om toegang tot zijn perceel te verlenen aan de ondernemer van het werk of diens gemachtigden (cursivering CAW).” Vervolgens

wordt gesteld dat de ondernemer de gedoogplichtige middels een kort geding kan 'dwingen' om toegang tot de percelen te geven. Daarover wordt gezegd: "Dat is een *goede* manier om de toegang af te dwingen, maar tegelijkertijd ook *bevreemdend* omdat nu juist de door de minister opgelegde gedoogplichtbeschikking niet wordt nageleefd (cursivering CAW)."

De toelichting op de keuze om in het voorontwerp een bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheid van de Minister op te nemen, bevat meerdere innerlijke tegenstrijdigheden en overtuigt dus niet. De toelichting op de keuze om de strafbepaling te laten vervallen acht de Commissie overigens ook niet overtuigend: het argument dat er recentelijk geen gebruik van is gemaakt, is niet sterk.

Bij de keuze van het handhavingsregime kan naar het oordeel van de Commissie een visie op het (eigen) karakter van gedoogplichten niet worden gemist. In de visie van de Commissie is met name van belang dat de hier bedoelde werken in, op, boven of onder bepaalde onroerende zaken worden aangelegd en dat het voor het functioneren van die werken nodig is dat duurzaam of tijdelijk gebruik moet worden gemaakt van die onroerende zaken. Het draait dus vooral om de relatie tussen de onroerende zaken en de werken. De vraag rijst dan: waaróm zou de overheid zich in het kader van de handhaving direct in die relatie mengen? Het feit dat de gedoogplichtbeschikking door de overheid wordt verleend, is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende om te concluderen dat bestuurlijke handhaving (meer) aangewezen lijkt. De fundamentele relatie tussen het werk van de ondernemer en de betreffende onroerende zaken pleit naar de mening van de Commissie primair voor privaatrechtelijke handhaving.

Op grond van het voorgaande adviseert de Commissie om de keuze van het handhavingsregime opnieuw te bezien. De toelichting bij dit voorontwerp bevat in ieder geval onvoldoende argumentatie om te kiezen voor het loslaten van de privaatrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsmogelijkheden die de Belemmeringenwet Privaatrecht biedt.

3.5 Vergelijking met andere gedoogplichten

De Commissie vraagt zich af hoe de gedoogplichten uit het onderhavige voorontwerp zich verhouden tot gedoogplichten in andere (waterstaats)wetgeving. De gemoderniseerde Belemmeringenwet Privaatrecht én (bijvoorbeeld) de Waterwet, de Waterstaatswet 1900, de Ontgrondingenwet, de Mijnbouwwet en de Telecommunicatiewet bevatten bij elkaar een grote variatie aan gedoogplichten. Er zijn raakvlakken tussen de verschillende gedoogplichten. Misschien is er in een concreet geval ook een overlap van gedoogplichten mogelijk. Dan rijst onder meer de vraag hoe de verschillende gedoogplichten zich tot elkaar verhouden en hoe omgegaan moet worden met een mogelijke interferentie tussen gedoogplichten en/of vergunningen (zie bijvoorbeeld artikel 42 van de Mijnbouwwet). De Commissie adviseert om in de toelichting bij het uiteindelijke wetsvoorstel in te gaan op de relatie met andere gedoogplichten, met name de gedoogplichten van de Waterwet en de Waterstaatswet 1900.

4 Specifieke punten

4.1 *Rechthebbende(n)*

De hantering van het begrip ‘rechthebbende(n)’ in het voorontwerp roept bij de Commissie een enkele vraag en opmerking op.

In artikel 2, sub a, van het voorontwerp wordt als één van de voorwaarden van oplegging van een gedoogplicht genoemd, dat er duurzaam of tijdelijk gebruik moet worden gemaakt van een onroerende zaak die geen eigendom is van de ondernemer van het werk. De Commissie vraagt zich af waarom hier enkel de eigenaarspositie wordt vermeld, terwijl elders in het ontwerp gesproken wordt over rechthebbende(n). Het begrip ‘rechthebbende’ omvat meer dan alleen de eigenaar. Stel: de ondernemer is enkel bloot eigenaar en een derde is erfpachter of vruchtgebruiker; is het dan niet mogelijk om een gedoogplicht op te leggen? De woorden “die geen eigendom is van de ondernemer van het werk” lijken overigens overbodig in artikel 2, sub a (zie ook artikel 1 BP). De toepassing van hoofdstuk 2 begint de facto altijd met een aanvraag van de ‘ondernemer van het werk’; een dergelijk verzoek wordt niet gedaan wanneer de ondernemer zelf voldoende rechten heeft op de betreffende onroerende zaken.

In artikel 2, onder b en d, van het voorontwerp wordt gesproken over ‘rechthebbenden’ (meervoud). Dit roept bij de Commissie een opmerking en enkele vragen op. De meervoudsvorm lijkt te suggereren dat wanneer er slechts één rechthebbende is, er niet aan de gedoogplichtvoorwaarden voldaan wordt. De Commissie veronderstelt dat dit niet de bedoeling is en adviseert om in de bepaling te spreken over: ‘rechthebbende(n)’. Daarnaast rijst de vraag hoe de situatie is wanneer er meerdere rechthebbenden zijn en deze niet allemaal (volledig) instemmen. Krijgen in dat geval alleen de ‘onwillige rechthebbenden’ een gedoogplicht opgelegd? Of kan het ook in verband met eventuele rechtsopvolgers verstandig zijn om aan alle rechthebbenden ten aanzien van de betreffende onroerende zaken een gedoogplicht op te leggen?

4.2 *Werken ten behoeve van afvalwatertransport*

Zowel in artikel 3, onder b, als in artikel 5, onder b, wordt gesproken over “werken ten behoeve van afvalwatertransport”. In de toelichting op artikel 3 wordt gesproken over ‘rioleringswerkzaamheden’. De Commissie adviseert om de terminologie in deze te uniformeren en te controleren aan de hand van de recentelijk in de Waterwet vastgelegde terminologie (zie met name het begrip ‘openbaar vuilwaterriool’ in artikel 1.1 Waterwet).

4.3 *Gedoogplichtbeschikkingen op grond van artikel 7*

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 voorsnog 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.

4.4 Opruimen op verzoek

Naar aanleiding van de consultatieronde is een nieuw artikel 13 ingevoegd. Dat artikel bepaalt dat de ondernemer van een werk waarvoor de gedoogplichtbeschikking is ingetrokken, op verzoek van degene op wie de gedoogplicht rustte, verplicht is het werk op te ruimen. De Commissie waardeert deze bepaling positief; toepassing ervan draagt immers ook bij tot een meer opgeruimde bodem. Tegelijkertijd roept deze bepaling bij de Commissie enige vragen op. Hoe zit het met rechtsopvolgers? De Commissie meent dat ook rechtsopvolgers van degene op wie de gedoogplicht oorspronkelijk rustte, een opruimingsverzoek zouden moeten kunnen doen. Daarnaast vraagt de Commissie zich af of dit artikel wel ver genoeg gaat. Zou het opruimen van werken waarvoor de gedoogplicht is vervallen geen hoofdregel moeten zijn? Denkbaar is te bepalen dat opruiming alleen dan achterwege mag blijven indien daar geen bodemkundige en waterstaatkundige bezwaren tegen bestaan en het planologisch toegestane gebruik geen hinder ondervindt of kan ondervinden van een niet-opgeruimd werk.

4.5 Telecommunicatiewet en andere specifieke wetten

In de toelichting op artikel 3 wordt gesteld dat onderdeel d van artikel 3 zijn oorsprong heeft in artikel 15 van de Spoedwet wegverbreding. De toelichting op artikel 3 stelt ook dat de betreffende artikelen uit enkele specifieke wetten met de inwerkingtreding van deze wet komen te vervallen. Verderop in het voorontwerp blijkt echter dat artikel 20a Tracéwet, artikel 36 Wet bereikbaarheid en mobiliteit en artikel 15 van de Spoedwet wegverbreding niet vervallen, maar gewijzigd worden. Alleen artikel 24, derde lid, van de Spoorwegwet vervalt (naast andere in artikel 27 van het voorontwerp genoemde artikelen). De Commissie adviseert om de toelichting op dit punt te preciseren.

4.6 Transformerings tabel

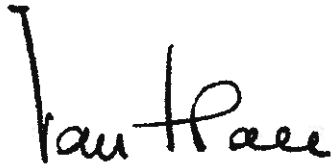
De Commissie mist in de toelichting van het voorontwerp een transformerings tabel die inzicht geeft in de precieze omzetting van bepalingen van de oude BP in de nieuwe wet. Zoals in het bovenstaande is gebleken – bijvoorbeeld bij het begrip ‘ondernemer van het werk’ –, zijn er verschillen tussen de bestaande Belemmeringenwet Privaatrecht en het voorontwerp, die in de huidige toelichting helaas weinig of geen aandacht krijgen. De Commissie acht het van belang dat de gebruikers van de wet en de (overige) belanghebbenden maximale duidelijkheid wordt geboden over de veranderingen die de nieuwe wet met zich meebrengt.

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, appearing to read 'van Hall', written in a cursive style.

Alfred van Hall
Voorzitter

