

No.W17.21.0371/IV

's-Gravenhage, 16 maart 2022

Bij Kabinetsmissive van 14 december 2021, no.2021002482, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Spoorwegwet ten behoeve van de overwegveiligheid, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in maatregelen die zijn gericht op veilig gebruik van zogenoemde niet actief beveiligde overwegen (NABO's). In dat kader voorziet het in de bevoegdheid voor de minister van Infrastructuur en Waterstaat (de minister) om een aanwijzing te geven tot het opheffen van een NABO indien de veiligheid daarvan volgens hem in het gedrang is of dreigt te komen. Ten slotte voorziet het voorstel in de bevoegdheid van de minister om een bestuurlijke boete op te leggen indien een aanwijzing niet wordt opgevolgd.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het grote belang van spoorveiligheid. Verbetering van de veiligheid van overwegen, in het bijzonder van de NABO's, kan helpen om de kans op ongelukken aanzienlijk terug te dringen. In de toelichting bij het wetsvoorstel is duidelijk beschreven welke knelpunten er zijn bij het veilig maken van NABO's. De Afdeling onderschrijft het belang om die knelpunten op korte termijn op te lossen. De beoordeling van het wetsvoorstel beoogt dan ook op geen enkele wijze af te doen aan die doelstelling. Zij heeft alleen betrekking op de weg waarlangs dit doel kan worden bereikt en of het wetsvoorstel daartoe een, ook uit constitutioneel oogpunt, effectief en geschikt instrument is.

De in het wetsvoorstel opgenomen aanwijzingsbevoegdheid is een afwijking van het gebruikelijke instrumentarium voor interbestuurlijk toezicht. Om die reden heeft de staatssecretaris in zijn adviesaanvraag gevraagd specifiek in te gaan op de vraag of de aan dit voorstel ten grondslag liggende overwegingen voldoende zwaarwegend zijn om de voorgestelde afwijking voor het generiek interbestuurlijk toezicht te rechtvaardigen.

De Afdeling beantwoordt die vraag ontkennend. Door het gebrek aan normstelling heeft tot nu toe geen toepassing van het generieke instrumentarium van het interbestuurlijke toezicht plaats kunnen vinden. In de toelichting wordt verder niet beargumenteerd waarom het generieke instrumentarium ontoereikend zou zijn. Ook wordt niet toegelicht hoe met de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid het door het Rijk gewenste effect kan worden bereikt. De Afdeling acht de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid daarom bezwaarlijk en adviseert daarvan af te zien.

Verder is de voorgestelde bevoegdheid om aan de wegbeheerder een bestuurlijke boete op te leggen een onwenselijke afwijking van het generieke instrumentarium voor interbestuurlijk toezicht. Een dergelijk bestraffend

AAN DE KONING

instrument is niet passend in het bredere kader van de interbestuurlijke verhoudingen. De Afdeling adviseert daarom af te zien van de bevoegdheid om aan de wegbeheerder in dat kader een bestuurlijke boete op te leggen.

Ook adviseert de Afdeling in de toelichting zowel ten aanzien van de zorgplicht als ten aanzien van de uitvoering van een aanwijzing inzicht te geven in de financiële gevolgen voor gemeenten en hoe die gevolgen kunnen worden opgevangen. Ten slotte wijst de Afdeling nog op enkele aandachtspunten ten aanzien van de regeling voor niet-openbare NABO's en adviseert daaraan in de toelichting aandacht te besteden.

In verband met deze opmerkingen kan over het voorstel niet positief worden geadviseerd.

1. Inleiding

a. Achtergrond van het voorstel

De Minister van I&W is verantwoordelijk voor de aanleg en het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur.¹ Het streven van het Rijk is om samen met alle betrokkenen, dat wil zeggen spoorbeheerders, wegbeheerders, spoorwegondernemingen, belangenorganisaties en burgers, te zorgen voor nul (dodelijke) slachtoffers en nul verstoringen op en rondom overwegen om een veilige, vlotte en duurzame mobiliteit te kunnen garanderen.² Binnen dit brede spoorveiligheidsbeleid is de veiligheid van spoorwegovergangen een belangrijk deelaspect.³

Volgens de toelichting heeft het Rijk samen met de decentrale overheden de achterliggende jaren fors geïnvesteerd in overwegveiligheid. Daarbij is er speciale aandacht voor de 277 niet actief beveiligde overwegen die Nederland kent. In dat kader heeft ProRail een programma opgestart dat zich richt op de 180 openbare NABO's. De ambitie van het genoemde programma is om uiterlijk in 2023 alle openbare NABO's te hebben aangepakt. Daarbij worden verschillende mogelijkheden genoemd: het opheffen van een overweg, het opheffen met parallelweg, het opheffen met een spoortrap, het opheffen met een eenvoudige voetgangerstunnel of het actief beveiligen van een overweg met bomen, bellen en lichtsignalen. Dit programma loopt sinds 2018.⁴

In samenspraak met wegbeheerders (gemeenten en provincies)⁵ zijn in de achterliggende jaren verschillende NABO's opgeheven dan wel beveiligd, en

¹ Artikel 5 van de Spoorwegwet.

² Memorie van toelichting, paragraaf 1.

³ Idem.

⁴ Zie voor het voorgaande de Memorie van toelichting, paragraaf 1. Zie verder <https://www.prorail.nl/programmas/nabo>.

⁵ Zie ook de definitiebepaling in artikel I, onderdeel A, dat artikel 1 van de Spoorwegwet wijzigt.

daarmee een actief beveiligde overweg geworden.⁶ Desalniettemin vinden er nog steeds overwegongevallen plaats. Daarbij vielen in 2020 vijf dodelijke slachtoffers, zo geeft de toelichting weer.⁷ Dit wordt mede geweten aan het ontbreken van een doeltreffend instrumentarium om op korte termijn op te treden tegen onveilige situaties. Volgens de toelichting komt dit ten aanzien van openbare NABO's doordat ProRail afhankelijk is van decentrale besluitvorming omtrent de onttrekking aan de openbaarheid van de weg, het vragen van een verkeersbesluit of een verzoek tot het treffen van feitelijke maatregelen.⁸ Bij NABO's op particulier terrein is veelal een onteigeningsprocedure nodig.⁹

b. Inhoud van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel heeft als doel de kans op ongevallen op NABO's zoveel mogelijk te reduceren en de spoorveiligheid te waarborgen.¹⁰ Om dit doel te bereiken voorziet het voorstel in een aantal instrumenten. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen NABO's op openbaar terrein (openbare NABO's) en NABO's op particulier terrein (niet openbare NABO's).

Voor openbare NABO's regelt het voorstel dat de wegbeheerder (veelal een gemeente) zorg draagt voor een veilig gebruik van die overweg. Het wetsvoorstel regelt ook dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met het oog op de veiligheid van NABO's. De wegbeheerder heft de NABO op als veilig gebruik niet mogelijk gemaakt kan worden. Het voorstel regelt verder dat de minister in het geval de veiligheid naar diens oordeel in het gedrang is of dreigt te komen, een bindende aanwijzing kan geven tot het opheffen van de desbetreffende NABO.¹¹

Voor niet openbare NABO's regelt het voorstel dat deze voorzien zijn van afsluitbare hekken. De gerechtigde gebruiker van zo'n niet openbare NABO draagt zorg voor een veilig gebruik van die overweg en voor het sluiten van de hekken na gebruik ervan.¹² Ook ten aanzien van particuliere NABO's wordt een aanwijzingsbevoegdheid geïntroduceerd. De minister kan aan de gerechtigde gebruiker een bindende aanwijzing tot het opheffen van de NABO geven indien een veilig gebruik naar diens oordeel in het geding is of dreigt te komen.

Voor beide situaties wordt bepaald dat een aanwijzing de termijn en de maatregelen omvat die degene tot wie de aanwijzing is gericht moet treffen,

⁶ Ter illustratie: Uit cijfers van de Inspectie Leefomgeving en Transport blijkt dat in 2020 24 NABO's zijn opgeheven, waarvan 14 openbaar waren en 10 niet-openbaar. Ook zijn 10 NABO's beveiligd en daarmee een actief beveiligde overweg geworden, waardoor het totaal aantal NABO's met 34 is verminderd (zie Jaarverslag Spoorwegveiligheid 2020, september 2021, blz. 11 en blz. 53 (tabel B3)).

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁹ Idem.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

¹¹ Voorgesteld artikel 20 van de Spoorwegwet.

¹² Voorgesteld artikel 21 van de Spoorwegwet.

alsmede dat de kosten verbonden aan het nemen van de maatregelen geheel ten laste van de begroting van het Ministerie van I&W komen.¹³ Toegelicht wordt dat deze aanwijzingsbevoegdheid altijd zal inhouden dat de overweg opgeheven wordt "omdat dit de meest kostenefficiënte en snelste oplossing is voor het probleem dat de veiligheid in het geding is".¹⁴

Tot slot regelt het voorstel, zowel ten aanzien van de wegbeheerder van openbare NABO's als ten aanzien van de gerechtigde gebruikers van niet-openbare NABO's, dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd als die aanwijzing niet wordt opgevolgd.¹⁵

c. Leeswijzer

In de punten 2 tot en met 5 gaat de Afdeling in op de aspecten die gemoeid zijn met de openbare NABO's. In dat kader wordt eerst ingegaan op de specifieke vraag die is gesteld inzake de aanwijzingsbevoegdheid en het daarbij relevante wettelijk kader (punt 2), waarna deze vraag beantwoord wordt (punt 3). Daarna gaat de Afdeling in op de voorgestelde introductie van een bestuurlijke boete (punt 4). Ook wordt aandacht besteed aan de financiële aspecten van het voorstel (punt 5). Daarna worden de aandachtspunten genoemd met betrekking tot de niet-openbare NABO's (punt 6). Afgesloten wordt met een eindconclusie (punt 7).

2. Constitutionele uitgangspunten interbestuurlijk toezicht

a. Specifieke vraag

De Minister van I&W heeft in de adviesaanvraag verzocht specifiek in te gaan op de vraag of de aan dit wetsvoorstel ten grondslag liggende overwegingen voldoende zwaarwegend zijn om de voorgestelde afwijking voor het generiek interbestuurlijk toezicht te rechtvaardigen.¹⁶

De specifieke vraag betekent dat de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid moet worden beoordeeld in het licht van het generieke interbestuurlijk toezicht en de uitgangspunten waarop dat instrumentarium gebaseerd is. Dat komt in punt 3 aan de orde. Ter beoordeling van die vraag schetst de Afdeling hieronder:

1. het wettelijk kader van het interbestuurlijk toezicht (onderdeel b) en
2. de uitgangspunten op basis waarvan dit toezicht in 2012 is herijkt (onderdeel c).

b. Wettelijk kader interbestuurlijk toezicht

Gemeenten en provincies zijn beide wegbeheerders. Openbare NABO's bevinden zich vrijwel uitsluitend op gemeentelijk grondgebied. Daarom beperkt zich de Afdeling in het navolgende bij de bespreking van dit vraagstuk tot de gemeenten.

¹³ Voorgesteld artikel 20, derde lid, en, voorgesteld artikel 21, vierde lid, van de Spoorwegwet.

¹⁴ Memorie van toelichting, par. 2.1.

¹⁵ Voorgestelde wijziging van artikel 77 van de Spoorwegwet.

¹⁶ Adviesaanvraag van 13 december 2021.

Het interbestuurlijk toezicht heeft zijn grondslag in artikel 132 van de Grondwet en berust op twee pijlers. Beslissingen van organen van het gemeentebestuur (en provinciebestuur) kunnen door de Kroon worden vernietigd indien deze in strijd zijn met het recht of met het algemeen belang.¹⁷ Daarnaast is er de mogelijkheid van ingrijpen bij taakverwaarlozing. Verwaarloost een gemeentelijk bestuursorgaan (bijvoorbeeld de raad) een bepaalde taak, dan kan een provinciaal bestuursorgaan (in dat voorbeeld gedeputeerde staten) in de plaats treden door zelf in de desbetreffende zaak te voorzien, op kosten van de gemeente.¹⁸ In sommige gevallen van taakverwaarlozing door gemeenten is op grond van de Gemeentewet niet de provincie maar het Rijk (de vakminister) degene aan wie de toezichtsbevoegdheden toekomen.¹⁹

Van taakverwaarlozing is sprake wanneer een gemeentelijk bestuursorgaan een bij of krachtens een wet gevorderde beslissing niet of niet naar behoren neemt; een bij of krachtens een wet gevorderde handeling niet of niet naar behoren verricht; of een bij of krachtens een wet gevorderd resultaat niet, niet tijdig of niet naar behoren tot stand brengt.²⁰

c. Revitalisering generiek toezicht

In 2012 is met de komst van de Wet revitalisering generiek toezicht het hierboven geschetste generieke toezichtinstrumentarium als kader herijkt.²¹ De regering overwoog dat interbestuurlijk toezicht is bedoeld voor die gevallen waarin zich risico's of knelpunten voordoen bij de uitoefening van een bij of krachtens de wet opgedragen taak, niet om het werk van een bepaalde bestuurslaag op een ander bestuursniveau nog eens over te doen.²² Waar de wet ruimte bood aan decentrale overheden, werd deze ruimte in de bestuurlijke praktijk van destijds ontnomen via de toepassing van specifieke toezichtsinstrumenten ("voor elk gedecentraliseerd beleidsterrein") en de bijbehorende instructies.²³ De aanwezigheid van sectorspecifieke toezichtsbepalingen leidde er ook toe dat toepassing van het generieke instrumentarium van indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing zelden tot niet plaatsvond; het werd beschouwd als ultimum remedium.²⁴

De regering overwoog dat het interbestuurlijk toezicht ertoe had geleid dat in specifieke wetgeving en in de bestuurspraktijk de balans te zeer was doorgeslagen naar het bewaken van eenheid. Uit het oog werd verloren, aldus de regering, dat provincies en gemeenten niet zonder meer kunnen worden

¹⁷ Artikel 132, vierde lid, van de Grondwet en uitgewerkt in artikel 268 e.v. van de Gemeentewet.

¹⁸ Artikel 132, vijfde lid, van de Grondwet en uitgewerkt in artikel 124 e.v. van de Gemeentewet.

¹⁹ Zie artikel 124b, eerste lid, en Bijlage I van de Gemeentewet. Ten aanzien van de wetten die in die bijlage zijn genoemd, komt de toezichthoudende taak niet aan de provincie maar aan het rijk toe.

²⁰ Artikel 124, eerste lid, van de Gemeentewet.

²¹ Stb. 2012, 233. Aan dit wetsvoorstel lag het rapport van de commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtsarrangementen (commissie-Oosting) ten grondslag.

²² Kamerstukken II 2009/10, 32389, nr. 3, blz. 3.

²³ Idem, blz. 4.

²⁴ Idem.

onderworpen aan instructies van de rijksoverheid. Als grondwettelijk uitgangspunt werd geformuleerd dat provincies en gemeenten zelfstandige territoriale bestuurslagen zijn met vrijheid van handelen. Dit betekende ook dat differentiatie en prioritering door de decentrale overheden binnen de kaders van de toepasselijke wet zijn toegestaan en geen reden kunnen zijn om door middel van toezichtsinstrumenten 'bij te sturen'.²⁵

Tegen deze achtergrond ontwierp het kabinet nieuwe kaders.²⁶ Sturing vanuit het Rijk op de uitvoering van medebewindstaken zou voortaan primair plaatsvinden door sturing via algemeen verbindende voorschriften en algemene beleidskaders. De specifieke vormen van toezicht vervielen vrijwel geheel, een enkele uitzondering daargelaten.²⁷

Uitgangspunt van de Wet revitalisering generiek toezicht is dat indien er aanleiding bestaat voor uitoefening van toezicht dat met het hiervoor geschetste generieke instrumentarium gebeurt. Een ander uitgangspunt is dat een door de wetgever geconstateerd (vermeend) kwaliteitstekort bij de uitvoering van medebewind, geen motief is voor nieuwe specifieke toezichtarrangementen. Bij een structureel kwaliteitstekort moet de oplossing volgens de regering worden gezocht in aanpassing van de wet of van de condities waaronder de decentrale overheden deze wet moeten uitvoeren (bijvoorbeeld de financiën); niet in meer of ander toezicht.²⁸

Het voorstel van Wet revitalisering generiek toezicht is langs deze lijnen door het parlement aanvaard en tot wet verheven. In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is ter nadere toelichting op de vraag naar bovengenoemde uitgangspunten gesteld: "Indeplaatsstelling is de ultieme sanctie voor een stilzittend bestuursorgaan."²⁹

3. Specifieke aanwijzingsbevoegdheid versus generiek toezicht

Uit hetgeen onder punt 2 naar voren is gekomen volgt dat interbestuurlijk toezicht pas aan de orde kan zijn in het geval van een bij of krachtens de wet gevorderde beslissing, handeling of resultaat waaromtrent een bestuursorgaan

²⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32389, nr. 3, blz. 4.

²⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32389, nr. 3, blz. 7: 'Uitgangspunten en uitwerking van de stelselherziening'.

²⁷ De uitzonderingsgronden die in de toelichting bij de Wet revitalisering generiek toezicht genoemd worden (Kamerstukken II 2009/10, 32389, nr. 3, blz. 5) zijn: a) indien functioneel bestuur (bijv. waterschappen) moet worden ingepast in algemeen beleid; b) in situaties van uitvoeringsvervlechting, waarbij een hogere bestuurslaag een eigen wettelijke operationele verantwoordelijkheid heeft en daarbij volledig is aangewezen op een decentrale uitvoeringsorganisatie (bijv. veiligheidsregio's). In de toelichting bij het nu voorliggende wetsvoorstel wordt niet aangegeven dat een dergelijke, strikt te interpreteren uitzondering zich hier voordoet.

²⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32389, nr. 3, blz. 7.

²⁹ Kamerstukken II 2011/12, 32389, nr. E, blz. 2.

van een gemeente in gebreke blijft. Dat gebrek berust dan niet zozeer op een kwaliteitstekort maar op het gegeven dat het desbetreffende bestuursorgaan ten onrechte heeft stilgezeten. Waar de wet ruimte laat voor eigen afwegingen van betrokken belangen en invulling van een wettelijke taak, moet deze ruimte niet via de uitoefening van toezicht ongedaan gemaakt worden.

De Afdeling zal het voorstel in dat licht bezien en gaat daarbij in op

- (a) het gebrek aan normstelling,
- (b) de effectiviteit van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid en
- (c) de toepassing van het generieke instrumentarium;
- (d) daarna volgt in onderlinge samenhang een conclusie.

a. Gebrek aan normstelling

Zoals hiervoor onder 2b is opgemerkt is een van de uitgangspunten van de Wet revitalisering generiek toezicht dat sturing vanuit het Rijk op de uitvoering van medebewindstaken primair plaatsvindt door sturing via algemeen verbindende voorschriften en algemene beleidskaders.

Op dit moment ontbreken in de Spoorwegwet – en in andere wetten – normen waaraan overwegen moeten voldoen.³⁰ Het is bij gebreke aan duidelijke wettelijke normen aan de wegbeheerder om invulling te geven aan de veilige inrichting van overwegen. Daarbij maakt hij een eigen beoordeling en belangenafweging. Zoals uit de toelichting volgt, spoort die afweging van de wegbeheerder niet altijd met de beoordeling van de minister als verantwoordelijke voor het hoofdrailnetwerk. Dit verschil van inzicht zal, naar mag worden aangenomen, vaker blijven bestaan wanneer duidelijke wettelijke normen voor veilige overwegen ontbreken. Het is daarom in de eerste plaats noodzakelijk om bij of krachtens de wet duidelijke en specifieke normen te stellen waaraan die overwegen moeten voldoen. De wegbeheerder weet daarmee aan welke vereisten hij moet voldoen. De minister kan vervolgens de wegbeheerder aanspreken op nakoming van die normen.

Het wetsvoorstel beoogt te voorzien in normstelling door een zorgplicht te introduceren die behelst dat de wegbeheerder zorg draagt voor een veilig gebruik van de NABO.³¹ Het wetsvoorstel bepaalt echter zelf niet wat moet worden verstaan onder veilig gebruik van een NABO. Wel regelt het voorstel dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met het oog op de veiligheid van niet actief beveiligde overwegen.³² Daarmee voorziet de wet echter niet in een verplichting dergelijke regels te stellen. Het stellen van heldere criteria voor het veilig gebruik van NABO's wordt met het voorstel daarom onvoldoende verzekerd. Waar van wegbeheerders wordt gevraagd zorg te dragen voor veilig gebruik van NABO's, moet de wetgever duidelijkheid bieden

³⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

³¹ Voorgesteld artikel 20, eerste lid, eerste volzin.

³² Voorgesteld artikel 20, vijfde lid.

over de materiële invulling daarvan en daarmee sturing geven aan de manier waarop wegbeheerders uitvoering kunnen of moeten geven aan die zorgplicht.

Die noodzaak klemt te meer nu het wetsvoorstel wel in een dwingende aanwijzing tot het opheffen van een overweg voorziet, in het geval de wegbeheerder niet aan zijn zorgplicht voldoet. Daarmee zou een ingrijpende maatregel van kracht worden, zonder dat vooraf helder is op grond van welke normen dat geschiedt. Dat is in de gekozen constructie niet aanvaardbaar.

b. Effectiviteit aanwijzing

In het voorstel wordt de nadruk gelegd op het belang van een aanwijzingsbevoegdheid om een einde te kunnen maken aan de patstellingen die zijn ontstaan ten aanzien van een aantal NABO's. De toelichting zet uiteen dat op dit moment in 15 gevallen "de onderhandelingen over de aanpak ervan zeer langdurig lopen" en dat in 7 gevallen de aanwijzingsbevoegdheid tot "een versnelling in de aanpak" zou kunnen leiden.³³ Het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid wordt, toekomstige situaties meegerekend, in totaal geschat op ca. 25-30 gevallen. De aanwijzingsbevoegdheid wordt aangewend vanuit het perspectief van de spoorwegveiligheid waaraan "één of meer belanghebbenden bij de desbetreffende overweg geen medewerking wenst c.q. wensen te verlenen en deze medewerking niet juridisch kan worden afgedwongen dan wel dat aan het afdwingen daarvan een aanzienlijke tijd is verbonden", aldus de toelichting.³⁴

Daarmee is in de toelichting een kwantitatieve onderbouwing gegeven van het aantal gevallen waarin een patstelling is ontstaan over de aanpak van NABO's. Uit de toelichting kan echter niet worden opgemaakt waardoor die patstellingen zijn ontstaan, of dit NABO's betreft die in de afgelopen jaren een rol speelden bij overwegongevallen en of het openbare dan wel niet openbare NABO's betreft. Daarom is ook onduidelijk of de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid, los van het vraagstuk van interbestuurlijke verhoudingen (zie hierna), een passend instrument is om aan die patstellingen een einde te maken.

De aanwijzingsbevoegdheid is gericht op het opheffen van NABO's in die gevallen waarin dat op korte termijn noodzakelijk is.³⁵ In dit verband wijst de Afdeling erop dat het voorstel niet voorziet in mogelijkheden voor de minister om de opheffing zelf uit te voeren. Het is in het wetsvoorstel zo geregeld dat de wegebeheerder de overweg dient op te heffen indien veilig gebruik onmogelijk is³⁶ en de minister een aanwijzing kan geven tot sluiting indien hij van oordeel is dat veilig gebruik in het geding is of dreigt te komen.³⁷

³³ Memorie van toelichting, paragraaf. 1.

³⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

³⁵ Idem.

³⁶ Voorgesteld artikel 20, eerste lid, tweede volzin.

³⁷ Voorgesteld artikel 20, tweede lid.

Voor het daadwerkelijk realiseren van de noodzakelijk geachte handelingen blijft de minister daarmee afhankelijk van de wegbeheerder. Weliswaar voorziet het voorstel in de bevoegdheid voor de minister om een bestuurlijke boete op te leggen bij het niet nakomen van een aanwijzing (zie hierna punt 4), maar dat kan per aanwijzing slechts één keer. De toelichting gaat niet in op de mogelijkheid dat een wegbeheerder de aanwijzing, ook na oplegging van een bestuurlijke boete, niet opvolgt. Ook is in het wetsvoorstel niet voorzien in de mogelijkheid van een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang.

De Afdeling wijst er voorts op dat tegen het besluit tot het geven van een aanwijzing rechtsmiddelen openstaan. Met een verzoek om voorlopige voorziening kan om schorsing van het besluit gevraagd worden. Langdurige procedures zijn daarom ook nu niet uitgesloten. De gewenste versnelling tot opheffing wordt in die gevallen niet bereikt.

c. Toepassing generiek instrumentarium taakverwaarlozing

In samenhang met de twee voorgaande punten (a en b) rijst de vraag in hoeverre in het licht van het bestaande generieke toezichtsinstrumentarium de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid noodzakelijk en proportioneel is. Omdat op dit moment concrete wettelijke normstelling ontbreekt kan in de eerste plaats niet worden vastgesteld wanneer een "bij of krachtens de wet" gevorderde beslissing, handeling of resultaat niet is gerealiseerd. Reeds om die reden kan niet worden geconcludeerd dat het instrumentarium van het generiek toezicht ontoereikend is en om die reden een aanwijzingsbevoegdheid zoals voorgesteld, aangewezen zou zijn.

Voorts merkt de Afdeling op dat waar de effectiviteit van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid in de toelichting niet inzichtelijk is gemaakt (zie hiervoor), het generieke instrumentarium de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk tot het realiseren van de gewenste situatie over te gaan.³⁸ Zijn er bij of krachtens de wet normen gesteld en is op enig moment sprake van taakverwaarlozing in bovenbedoelde zin, dan kan de toezichthouder (in dit geval de provincie) met inachtneming van het daarvoor opgestelde beleidskader³⁹ de noodzakelijke stappen zetten die ertoe leiden dat de wegbeheerder de desbetreffende taak naar behoren uitvoert.

³⁸ Hoewel in het interbestuurlijk toezicht ook rechtsmiddelen open staan, geldt dat deze beperkt zijn en bovendien slechts toekomen aan het orgaan wiens besluit vernietigd is (en niet aan derden). Er is voor dat bestuursorgaan dan beroep in eerste en enige aanleg mogelijk bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State; de bezwaarfase wordt overgeslagen. Zie Algemene wet bestuursrecht, Bijlage I (Regeling rechtstreeks beroep) en Bijlage II (Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak), artikel 1 (Geen beroep) en artikel 2 (Beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State).

³⁹ Algemeen beleidskader indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing (Kamerstukken II 2010/11, 32500 VII, nr. 85).

Bij dat laatste kan, indien overleg uiteindelijk niet tot het gewenste resultaat leidt, gedacht worden aan het stellen van een termijn waarbinnen de wegbeheerder moet komen tot naleving van de betreffende veiligheidsvoorschriften.⁴⁰ Indien ook dan de wegbeheerder stil blijft zitten dan kan de toezichthouder in laatste instantie overgaan tot indeplaatsstelling en in dat kader zelf voorzien in het herstel van het gebrek, ten laste van de gemeente.⁴¹ Onder omstandigheden zou indeplaatsstelling ook sluiting kunnen betekenen.

Hierbij tekent de Afdeling aan dat generiek toezicht wel impliceert dat het in laatste instantie ook daadwerkelijk moet kunnen worden toegepast. Dat betekent in het voorliggende geval dat indien het belang van de spoorveiligheid dat vereist, uiteindelijk op grond van de taakverwaarlozingsregeling maatregelen genomen moeten kunnen worden jegens een onwillige wegbeheerder. In dat kader bestaat op rijksniveau een bijzondere verantwoordelijkheid voor de minister van BZK om effectief generiek toezicht in voorkomende gevallen ook daadwerkelijk mogelijk te maken.

d. Conclusie

De aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende problematiek wordt in de eerste plaats gecompliceerd door het feit dat op dit moment niet is voorzien in wettelijke normen waaraan een NABO zou moeten voldoen. Ook het voorliggende wetsvoorstel geeft daarover geen duidelijkheid. De zorgplicht is in dat kader te onbepaald, mede omdat de daarin opgenomen bevoegdheid om regels te stellen met het oog op de veiligheid van NABO's facultatief is.

Alleen al door het gebrek aan wettelijke normstelling heeft tot nu toe geen toepassing van het generieke instrumentarium van het interbestuurlijk toezicht plaats kunnen vinden. In de toelichting wordt niet beargumenteerd op grond waarvan het generieke instrumentarium ontoereikend zou zijn, gesteld dat concrete wettelijke normstelling voorhanden is. In samenhang daarmee wordt ook niet toegelicht hoe met de aanwijzingsbevoegdheid het door het Rijk gewenste effect daadwerkelijk kan worden bereikt en waarom in dat licht bezien van de bij de Wet revitalisering generiek toezicht aanvaarde uitgangspunten zou moeten worden afgeweken. Daarbij is van belang dat interbestuurlijk toezicht niet bedoeld is om het werk van een bepaalde bestuurslaag op een ander bestuursniveau nog eens over te doen, zoals de regering destijds in dat kader heeft aangegeven.⁴²

⁴⁰ Zie hoofdstuk 3 van het beleidskader. Daarin worden op de 'bestuurlijke interventieladder' vijf fasen onderscheiden: 1. Signaleren; 2. Informatie opvragen en valideren; 3. Actief toezicht: afspraken over acties, termijnen en vervolg, 4. Vooraankondiging van juridische interventie, 5. Besluit tot indeplaatsstelling met laatste termijn om alsnog zelf te voorzien, 6. Sanctie indeplaatsstelling.

⁴¹ Artikel 124, eerste lid, van de Gemeentewet.

⁴² Zie voetnoot 22.

Het voorgaande betekent dat allereerst dient te worden voorzien in concrete wettelijke normstelling. Op basis daarvan kan het reguliere toezichtsinstrumentarium zijn werk doen. Het Rijk kan daarbij indien nodig aan provincies nadere handvatten verstrekken over de wijze waarop het reguliere kader van indeplaatsstelling concreet in de praktijk functioneert waar het gaat om spoorwegovergangen.

In antwoord op de specifieke vraag van de minister in de adviesaanvraag zijn de aan dit wetsvoorstel ten grondslag liggende overwegingen niet voldoende zwaarwegend om de voorgestelde afwijking van genoemde uitgangspunten te rechtvaardigen. Om die redenen is de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid bezwaarlijk. De Afdeling adviseert dan ook daarvan af te zien.

4. Bestuurlijke boete wegbeheerder

Het voorstel regelt dat de minister aan de wegbeheerder bij niet nakoming van de aanwijzing een bestuurlijke boete kan opleggen.⁴³ De wegbeheerder is in het voorstel gedefinieerd als het college van gedeputeerde staten of het college van burgemeester en wethouders van de provincie respectievelijk de gemeente, die de niet actief beveiligde overweg onderhoudt.⁴⁴ Het gaat derhalve om het opleggen van een punitieve sanctie door een minister aan een bestuursorgaan van een decentrale overheid.

De Afdeling wijst erop dat (zoals in punt 2 uiteen gezet) het interbestuurlijke toezicht het instrumentarium van schorsing en vernietiging kent en het instrumentarium van indeplaatsstelling. Deze instrumenten dragen geen punitief karakter. Het zijn voorzieningen die erop gericht zijn het handelen van een decentraal bestuursorgaan in overeenstemming te brengen met hoger recht. De voorgestelde bestuurlijke boete acht de Afdeling (onverminderd het vorenstaande) een onwenselijke afwijking van (of toevoeging aan) het generieke instrumentarium voor interbestuurlijk toezicht. Ook is een dergelijk bestraffend instrument niet passend in het bredere kader van de interbestuurlijke verhoudingen. Voorts geldt dat tegen een dergelijke bestuurlijke boete bezwaar en beroep openstaat, hetgeen de bestuurlijke verhoudingen verder nodeloos compliceert en naar verwachting niet probleemoplossend werkt.

De voorgestelde bevoegdheid om aan de wegbeheerder een bestuurlijke boete op te leggen is dan ook bezwaarlijk. De Afdeling adviseert daarvan af te zien.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

5. Financiële aspecten

⁴³ Voorgestelde wijziging van artikel 77 van de Spoorwegwet.

⁴⁴ Voorgestelde wijziging van artikel 1 van de Spoorwegwet.

De Afdeling gaat er mede gelet op de toelichting van uit dat het bij de betrokken partijen⁴⁵ niet ontbreekt aan de bereidheid om over het voortbestaan van een bepaalde NABO te spreken. Die gesprekken leiden er in de praktijk ook toe dat NABO's opgeheven of beveiligd worden (zie punt 1). In een beperkt aantal gevallen (circa 10%) leiden deze gesprekken voor betrokken partijen niet tot een (tijdig en) bevredigend resultaat. De Afdeling constateert dat in die gevallen de financiële aspecten die met dit vraagstuk gepaard een belangrijke rol spelen.⁴⁶

Het voorstel voorziet in een nieuwe zorgplicht voor wegbeheerders om zorg te dragen voor veilig gebruik van NABO. Hoewel het voorstel niet inzichtelijk maakt hoe wegbeheerders aan hun zorgplicht invulling moeten geven, is het aannemelijk dat te nemen maatregelen aanzienlijke kosten met zich brengen. Afhankelijk van de aan de overweg te stellen eisen zullen wegbeheerders immers meer of minder dure maatregelen moeten treffen. De toelichting gaat hierop onvoldoende in. In dat verband wijst de Afdeling erop dat gemeenten op grond van artikel 108, tweede lid, van de Gemeentewet de benodigde financiële middelen moeten hebben ontvangen om de aan hen opgelegde taak goed uit te kunnen voeren.⁴⁷

Ten aanzien van de kosten die het gevolg zijn van een aanwijzing, beperkt het wetsvoorstel de kosten die ten laste komen van de Minister van I&W tot de feitelijke kosten van afsluiting van de overweg als zodanig. Geen aandacht wordt gegeven aan bijkomende kosten (zoals het omleiden van een weg om het aanleggen van een tunnel) die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de ontsluiting van het verkeer.

De Afdeling adviseert – zowel ten aanzien van de zorgplicht als ten aanzien van de uitvoering van een aanwijzing – inzicht te geven in de financiële gevolgen voor gemeenten en via welke bekostigingswijze die financiële gevolgen kunnen worden opgevangen.⁴⁸

6. Aandachtspunten niet-openbare NABO's

Het voorstel voorziet ook in de bevoegdheid voor de Minister van I&W de gerechtigde gebruiker van een niet-openbare NABO een aanwijzing te geven deze NABO op te heffen. Dit roept de vraag op wat daarbij van die gebruiker wordt verwacht. Gaat het om de fysieke opheffing of beperkt de aanwijzing zich tot een verbod op het gebruik ervan? De toelichting maakt dit niet inzichtelijk.

⁴⁵ De Minister van I&W (als verantwoordelijke voor het hoofdrailnetwerk) en anderzijds de gemeenten (handelend vanuit hun verantwoordelijkheid voor het wegbeheer).

⁴⁶ Dit mede naar aanleiding van gesprekken die zijn gevoerd met I&W, BZK, IPO en VNG.

⁴⁷ Zie ook de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 24 maart 2021 over de interbestuurlijke verhoudingen (W04.20.0440/I), Kamerstukken II 2020/21, 35570 VII, nr. 97, waarin is benoemd dat een goede raming van de financiële middelen die decentrale overheden nodig hebben voor het uitvoeren van aan hen toebedeelde taken, essentieel is.

⁴⁸ Aanwijzing 4.46 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Volgens de toelichting berusten niet-openbare NABO's meestal op een erfdienstbaarheid (recht van overpad).⁴⁹ Voor opheffing daarvan, in het geval niet tot minnelijke overeenstemming tot opheffing van de NABO kan worden gekomen, is een procedure tot onteigening van dat zakelijk recht nodig.⁵⁰ Uit de toelichting wordt niet duidelijk of en hoe de aanwijzing die noodzaak tot onteigening wegneemt. In het licht van de beoogde versnelling moet daarover wel duidelijkheid bestaan.

Op grond van de Spoorwegwet bedraagt de hoogte van een bestuurlijke boete voor een natuurlijke persoon, niet zijnde een onderneming, maximaal € 5.700 en voor een onderneming maximaal € 225.000.⁵¹ Het voorstel kent geen bepalingen waarin de maximale hoogte van de bestuurlijke boetes die met het wetsvoorstel mogelijk worden gemaakt, wordt gedifferentieerd, bijvoorbeeld ten aanzien van boeren (die handelen in de uitoefening van een onderneming). Evenmin wordt in de toelichting gemotiveerd uiteengezet welke maximale boetehoogte passend en evenredig wordt geacht in geval van in het voorstel voorziene overtredingen.

De Afdeling merkt op dat de boetehoogte een essentieel onderdeel is van de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Een motivering van de boetehoogte mag in de toelichting daarom niet ontbreken. In dat verband dient tevens aandacht te worden geschonken aan het uitgangspunt dat bij het vaststellen van een maximale bestuurlijke boete in beginsel wordt verwezen naar een van de boetecategorieën in het Wetboek van Strafrecht.⁵²

De Afdeling adviseert in de toelichting op deze punten in te gaan.

7. Conclusie

De Afdeling onderschrijft het grote belang van spoorveiligheid. Zij ondersteunt de wens om de knelpunten die worden ondervonden bij het veilig maken van NABO's op korte termijn op te lossen. Het wetsvoorstel behelst echter geen effectieve en geschikte manier om dat doel te bereiken, ook niet uit constitutioneel oogpunt. De Afdeling heeft bezwaren tegen de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid, de bestuurlijke boete en andere daarmee samenhangende onderdelen van het wetsvoorstel. De bezwaren betreffen zowel de openbare als de niet-openbare NABO's. In verband met deze opmerkingen tezamen kan over het voorstel niet positief worden geadviseerd. De Afdeling adviseert daarom het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten Generaal in te dienen.

⁴⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

⁵⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁵¹ Artikel 80, eerste lid, van de Spoorwegwet.

⁵² Aanwijzing 5.43 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft ernstige bezwaren tegen het voorstel en adviseert het niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen.

De vice-president van de Raad van State,