

ADVIES

VERKORTE VERSIE EINDRAPPORTAGE

AAN	Citydeal Openbare Ruimte t.a.v. Platform31 - Ontwikkelteam 6	VAN	prof. mr. G. A. van der Veen mr. M.P.C. Hendriks mr. S.M. Schipper advocaten
DATUM	20 oktober 2023	TELEFOON	+31 88 253 5912
ONS KENMERK	1013275	FAX	+31 88 253 5934
		E-MAIL	gvanderveen@akd.nl mhendriks@akd.nl sschipper@akd.nl
ONDERWERP	Citydeal Openbare Ruimte – Advies		

1. Inleiding en leeswijzer

In opdracht van de Citydeal Openbare Ruimte (“Citydeal”) heeft AKD vijf mogelijke instrumenten/maatregelen uitgewerkt met daarbij vijf concrete aanbevelingen. Deze kunnen worden ingezet om de beschikbare (ondergrondse) ruimte optimaal en toekomstbestendig te kunnen gebruiken, mede met het oog op de belangen van de diverse transitie die een ander gebruik van de openbare ruimte vergen. Het uitgangspunt voor die opdracht is gevormd door de conclusies en aanbevelingen uit vijf producten die eerder in opdracht van Ontwikkelteam 6 van Citydeal zijn opgesteld.¹ Citydeal heeft AKD gevraagd om aan de hand van de beschreven aanbevelingen in deze producten in de eerste plaats concrete voorstellen op te stellen en in de tweede plaats uit te werken hoe deze op structurele basis (het stelsel van) de Omgevingswet verankerd kunnen worden.

AKD heeft deze opdracht uitgewerkt en heeft tussentijds twee tussenrapportages opgeleverd met bevindingen ten aanzien van de uit te werken voorstellen. De oplossingsrichtingen in deze eerste tussenrapportage van 12 juli 2023 en tweede tussenrapportage van 12 september 2023 zijn besproken met de begeleidingscommissie. Daarnaast heeft AKD twee workshops georganiseerd op 27 juli 2023 en 15 september 2023, waarin de voorgestelde oplossingsrichtingen zijn besproken. De aanbevelingen van de begeleidingscommissie en input van de deelnemers van de workshop zijn vervolgens betrokken bij het uitwerken van de definitieve instrumenten. Deze input, samen met aanbevelingen uit eerdere adviezen, is beschreven in de eindrapportage, die als bijlage bij dit advies is gevoegd. Dit advies betreft een verkorte en eenvoudiger te lezen versie van de eindrapportage.

Op basis van de knelpunten, aanbevelingen en opmerkingen uit eerdere adviezen en van de begeleidingscommissie en deelnemers van de workshops, hebben wij onderzocht op welke wijze verschillende instrumenten in de Omgevingswet ingezet kunnen worden om knelpunten in de ondergrond weg te nemen en de beschikbare ondergrondse ruimte optimaal en toekomstbestendig te kunnen gebruiken. Daarbij hebben we gekeken naar de volgende instrumenten:

¹ Zie hoofdstuk 2 van de Eindrapportage, bijlage bij dit advies.

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 2 van 12

Daarbij hebben wij gekeken naar de volgende instrumenten:

1. Het Omgevingsplan, mede in relatie tot;
2. De rijksregels in het Bkl;
3. Het programma;
4. Het projectbesluit en de gemeentelijke coördinatieprocedure, en
5. De omgevingsvergunning.

Daarnaast hebben wij onderzocht in hoeverre bijzondere wetten zoals de Telecommunicatiewet ("Tw") en de Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken ("Wibon") een belemmering vormen voor één van de belangrijkste doelen van het nieuwe stelsel van de Omgevingswet, te weten een integraal wettelijk kader voor de fysieke leefomgeving. Daarnaast hebben wij bijvoorbeeld getoetst in hoeverre het Europeesrechtelijk mogelijk zou zijn om de bepalingen uit de Tw te integreren in de Omgevingswet en om de bepalingen uit de Tw die zien op de fysieke leefomgeving zodanig te wijzigen dat deze meer mogelijkheden bieden voor overheden om te sturen op de inrichting van de openbare ruimte. Dit is niet zozeer verwerkt in een concreet instrument in de Omgevingswet, maar heeft vooral een informatiefunctie. Ook kunnen deze inzichten gelden als uitgangspunt voor eventuele volgende projecten of onderzoeken.

Hierna lichten wij de verschillende instrumenten kort toe.

2. Samenvatting aanbevelingen

2.1. Aanbeveling 1: Staalkaart integrale benadering van het gebruik van de ondergrond

Een "Staalkaart integrale benadering van het gebruik van de ondergrond" geeft gemeenten houvast om de effecten van activiteiten op de ondergrond, meer specifiek vanuit het oogpunt van spaarzaam en zorgvuldig ruimtegebruik van de ondergrond, ook met het oog op toekomstige functies, beter te kunnen monitoren en waar mogelijk bij te sturen. Ook kan een Staalkaart een rol spelen bij het vergroten van kennis binnen gemeenten over het belang van een evenwichtige inrichting van de ondergrond en de effecten van activiteiten boven de ondergrond op de ondergrond en vice versa. In de Staalkaart wordt aangesloten bij de reeds bestaande staalkaarten die zijn uitgewerkt om de verplichtingen in het Bkl én de regels uit de huidige gemeentelijke verordeningen te implementeren in het omgevingsplan. In de redactie van de voorbeeldregels is aangesloten bij de structuur van het Casco voor het omgevingsplan van de VNG.

Hoe wij tot deze aanbeveling zijn gekomen en voor de verdere uitwerking daarvan verwijzen wij naar hoofdstuk 3.1 en Bijlage 1 bij dit advies.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 3 van 12

2.2. Aanbeveling 2: Aanvulling en wijziging van het Bkl

Een aanbeveling is om instructieregels voor te stellen in het Bkl, die gemeenten verplichten om bij het opstellen van het omgevingsplan ook aandacht te besteden aan het ondergronds ruimtegebruik. Wij stellen voor om een regeling met aandachtspunten in het Bkl op te nemen, die ertoe leidt dat gemeenten een regeling treffen over de ondergrond en de schaarste aldaar.

Hoe wij tot deze aanbeveling zijn gekomen en voor de verdere uitwerking daarvan verwijzen wij naar hoofdstuk 3.2.

2.3. Aanbeveling 3: Het toevoegen van een Programma voor de ondergrond aan artikel 3.6 Ow

Door in de Omgevingswet een verplichting op te nemen om een programma op de ondergrond op gemeentelijk niveau vast te stellen, worden gemeenten aangespoord om na te denken en een visie over de ondergrond te formuleren. Dit zou kunnen bijdragen aan het vergroten van kennis en bewustzijn en het stimuleren van een meer integrale plek voor de ondergrond bij gemeentelijke besluitvorming.

Hoe wij tot deze aanbeveling zijn gekomen en voor de verdere uitwerking daarvan verwijzen wij naar hoofdstuk 3.3.

2.4. Aanbeveling 4: Schrappen artikel 2.29, onder p, aanhef en onder 4° Bbl

Het verdwijnen van de mogelijkheid een aanlegvergunning te vereisen in gemeentelijke regelgeving wordt door zowel de begeleidingscommissie als de deelnemers aan de workshop als een leemte gezien. Om die reden stellen wij voor om artikel 2.29, onder p, aanhef en onder 4° Bbl te schrappen. Dit zorgt ervoor dat de huidige aanlegvergunning desgewenst door gemeenten als omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit in het omgevingsplan kan worden opgenomen.

Hoe wij tot deze aanbeveling zijn gekomen en voor de verdere uitwerking daarvan verwijzen wij naar hoofdstuk 3.5.

2.5. Aanbeveling 5: Integreren van hoofdstuk 5, 5b en 5c Tw in de Omgevingswet en nuanceren absolute gedoogplicht van aanbieders

Naar onze mening zijn er een aantal oplossingsrichtingen die niet alleen in de geest van de Omgevingswet zijn (het integraal reguleren van de fysieke leefomgeving), maar die ook meer handvatten bieden om te kunnen sturen op de inrichting en de kwaliteit van de (ondergrondse) fysieke leefomgeving. Het integreren van hoofdstuk 5, 5b en 5c in de Omgevingswet en het nuanceren van de absolute gedoogplicht in (thans nog) de Tw voor openbare gronden. Voor dit laatste kan dan gedacht worden aan bijvoorbeeld een beperkt aantal – limitatief op te nemen – weigeringsgronden voor het gedogen van telecommunicatie-infrastructuur in openbare gronden.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 4 van 12

Hoe wij tot deze aanbeveling zijn gekomen en voor de verdere uitwerking daarvan verwijzen wij naar hoofdstuk 4.2.

3. Instrumenten in de Omgevingswet

3.1. Het omgevingsplan

Het instrument omgevingsplan bevat veel verschillende mogelijkheden om activiteiten te reguleren en geboden of verboden op te leggen. Een omgevingsplan gaat over de gehele fysieke leefomgeving en alle onderdelen daarin. Tot de fysieke leefomgeving wordt ook de ondergrond gerekend, meer specifiek rekent artikel 1.2 Ow onder meer infrastructuur en bodem tot de fysieke leefomgeving. Deze onderwerpen zullen onder de Omgevingswet allemaal in het omgevingsplan geregeld worden.

Gemeenten hebben veel vrijheid om in het omgevingsplan regels op te nemen over de ondergrond. Uit de verschillende knelpunten en aanbevelingen volgt dat een uniform kader voor de ondergrond gewenst is, maar ook dat het niet overal mogelijk is om hetzelfde kader toe te passen. Dit komt met name omdat niet overal de situatie in de ondergrond hetzelfde is en de uitdagingen voor gemeenten niet overal hetzelfde zijn. Om dit te kunnen ondervangen, maar toch een uniform kader op te stellen waar de verschillende huidige verordeningen, handreikingen en andere algemene regels in opgaan, hebben wij het opstellen van een integrale “Staalkaart Bodem en Ondergrond” onderzocht als oplossingsrichting.

Omdat er zeer veel mogelijkheden zijn om zaken in het omgevingsplan te reguleren, hebben wij zowel in gesprek met de begeleidingscommissie als tijdens de workshop besproken welke zaken in ieder geval opgenomen moeten worden in een Staalkaart. Dit heeft helaas geen eenduidig beeld gegeven. Ook heeft dit geleid tot de conclusie dat het niet goed mogelijk is om een integrale Staalkaart Bodem en Ondergrond op te stellen. Er zijn namelijk veel uiteenlopende ideeën zijn over het detailniveau van een staalkaart. Een zeer gedetailleerde staalkaart minder wenselijk is, maar ook over de zaken die al dan niet in een staalkaart geregeld zouden moeten worden en de wijze waarop dit gedaan zou moeten worden bestaat geen duidelijkheid.

Wij hebben geïnventariseerd welke staalkaarten er reeds zijn en in hoeverre deze toepasbaar zijn. Wij wijzen daarbij onder meer naar de volgende staalkaarten:

- Staalkaart Verordeningen in het omgevingsplan – deel 2 van de VNG, te raadplegen via: https://vng.nl/sites/default/files/2020-09/staalkaart-verordeningen-deel-2_20200915.pdf.
- Staalkaarten van Samen de Diepte In, te raadplegen via <https://samendedieptein.nl/bodembeheer-van-de-toekomst/voorbeeldregels/>.

Deze staalkaarten geven een goed idee van de wijze waarop het reguleren van ruimtegebruik in de ondergrond er uit kan zien en de website van Samen de Diepte In met de verschillende modules geven veel opties waarmee gemeenten, naar gelang de specifieke situatie in de desbetreffende gemeente, goede afwegingen kunnen maken.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 5 van 12

Naar ons oordeel bieden de bestaande staalkaarten voldoende keuzemogelijkheden en inzicht in de mogelijkheden om regels over de bodem en ondergrond op te nemen in het omgevingsplan. In aanvulling daarop hebben wij een module gemaakt die aansluit bij de regels die wij voorstellen voor het Bkl om het ruimtegebruik in de ondergrond te reguleren (zie hieronder) en voor het opnemen van een programma. Deze module is als bijlage bij deze eindrapportage gevoegd. Wij menen dat dit een waardevolle aanvulling is op de bestaande staalkaarten en sluiten hiermee aan bij de modules van Samen de Diepte In.

Met de conceptbepalingen in de Staalkaart Integrale benadering van het gebruik van de ondergrond, wordt aangesloten op de conceptregeling over de ondergrond die wordt voorgesteld in het Bkl (zie hieronder). De Staalkaart is als separaat document bijgevoegd.

In de staalkaart, wordt aangestuurd op een integrale benadering van de boven- en ondergrond bij het uitvoeren van activiteiten, door het opnemen van een algemene zorgplicht die ziet op alle activiteiten en een drietal bepalingen die zien op bouwactiviteiten, aanlegactiviteiten en sloopactiviteiten. Deze bepalingen geven een verplichting om de effecten van activiteiten op de ondergrond in kaart te brengen en het bevoegd gezag daarmee in staat te stellen om eventuele maatwerkvoorschriften te verbinden aan de activiteit en zo te sturen op spaarzaam en zorgvuldig ruimtegebruik. Dit hoeft geen omvangrijk onderzoek te zijn, er kan ook gedacht worden aan een vragenlijst. Het gaat met name om de signaleringsfunctie voor het bevoegd gezag, maar ook om bewustwording voor degene die de activiteit uitvoert. Door deze verplichting op te nemen als algemene regel (en niet te koppelen aan een omgevingsvergunning), kan deze ook worden toegepast op activiteiten waarvan in artikel 2.29 Bbl is bepaald dat daarvoor (vooralsnog) in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit verplicht kan worden gesteld.

3.2. Rijksregels in het Besluit kwaliteit leefomgeving

Ten aanzien van de inhoud van het omgevingsplan, worden in de rijksregels in het Besluit kwaliteit leefomgeving ("Bkl") instructieregels gegeven over diverse onderwerpen die in het omgevingsplan geregeld moeten worden. Vreemd genoeg is er geen verplichting om het ruimtebeslag van de bodem te betrekken bij het omgevingsplan, hoewel de bodem wel een onderdeel is van de fysieke leefomgeving (artikel 1.2 Ow). Het ruime begrip van de fysieke leefomgeving geeft gemeenten veel vrijheid om zaken te regelen, maar geen duidelijkheid over de wijze waarop dit gedaan kan worden. Een van de oplossingsrichtingen is daarom om instructieregels voor te stellen in het Bkl, die gemeenten verplichten om bij het opstellen van het omgevingsplan ook aandacht te besteden aan het ondergronds ruimtegebruik.

Omdat een te strikt kader ook beperkingen kan geven blijktens de knelpunten en gelet op de aanbevelingen, hebben wij gekozen voor het opnemen van rijksregels die gemeenten verplichten om in ieder geval de bodem en ondergrond te betrekken bij het opstellen van een omgevingsplan. Een van de knelpunten is immers dat er vaak beperkingen ontstaan in de ondergrond door het uitwerken van (maatschappelijke) verplichtingen die er zijn voor de bovengrond, bijvoorbeeld in het kader van de transities. Wij zijn van mening dat het stelsel van de wet hier ook ruimte voor biedt. Voor een uitgebreide toelichting verwijzen wij naar hoofdstuk 4 van de eindrapportage.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 6 van 12

Hoe een regeling op lokaal niveau wordt vormgegeven, zal in het licht van de variatie aan ruimtebeslagen en andere lokale aspecten, lokaal afgewogen moeten worden. Daarom stellen wij voor om wel een aansporing in het Bkl op te nemen, die ertoe leidt dat gemeenten een regeling treffen over de ondergrond, maar dat wij vrij weinig inhoudelijke eisen aan een dergelijke regeling zouden willen stellen. De meest belangrijke eis die we benoemen, is die van spaarzaam ruimtegebruik. Die spaarzaamheid hebben we uitgewerkt als verplichting voor nieuwe activiteiten of uitbreiding van bestaande activiteiten, en voor het overige als – minder streng – aandachtspunt. Al met al zouden wij nu willen volstaan met de volgende voorzet tot aanvulling van het Bkl, in samenhang met een wijziging van het hieronder geciteerde artikel 5.166.

Voorzet aanvulling Bkl

////

Artikel 5x1 Bkl

1. *In een omgevingsplan wordt voorzien in een regulering van het gebruik van de ondergrond.*
2. *Het omgevingsplan kan in ieder geval regels stellen ten aanzien van de volgende activiteiten:*
 - a. *de aanleg, wijziging of instandhouding van kabels, leidingen, waterbergingen, kelders, parkeergarages, bodemenergiesystemen en rioleringen;*
 - b. *tijdelijke activiteiten als bedoeld onder a of activiteiten ten behoeve van de aanleg, wijziging of instandhouding van activiteiten als bedoeld onder a;*
 - c. *het scheppen, wijzigen of behouden van een ruimte rond de onder a en b bedoelde activiteiten.*
 - d. *activiteiten boven de ondergrond die een aanzienlijk effect kunnen hebben op de ondergrond, daarin aanwezige voorzieningen als bedoeld onder a en b en aanwezige verontreiniging.*
 - e. *onderzoeksverplichtingen ten aanzien van de aanvaardbaarheid van activiteiten als bedoeld onder a tot en met d in relatie tot aanwezige voorzieningen in de boven- en ondergrond.*
3. *Een omgevingsplan voorziet in een motivering voor de regulering van de in het tweede lid onder a tot en met d genoemde activiteiten waarbij in ieder geval rekening wordt gehouden met belangen van de bescherming van de ondergrond en het belang van zo spaarzaam en zorgvuldig mogelijk ruimtegebruik in de ondergrond, mede met het oog op toekomstige ruimtebeslagen in de ondergrond, alsmede de relatie tussen boven- en ondergrond.*

Artikel 5x2 Bkl

Voor zover een omgevingsplan voorziet in nieuwe ontwikkelingen of uitbreiding van bestaande voorzieningen in de ondergrond, worden in afwijking van artikel 5x1 lid 3 belangen van de bescherming van de ondergrond en het belang van zo spaarzaam en zorgvuldig mogelijk ruimtegebruik van de ondergrond, mede met het oog op toekomstig ruimtegebruik in de

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 7 van 12

ondergrond, in acht genomen.

De bovenstaande artikelen dienen dan nog te worden opgenomen in de opsomming van artikel 5.166 Bkl. Het artikel luidt thans:

Artikel 5.166 (ontheffing instructieregels omgevingsplan)

Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, in voorkomend geval in overeenstemming met Onze Minister die het aangaat, kan op verzoek van het college van burgemeester en wethouders ontheffing verlenen van de regels in de paragrafen 5.1.3.2, 5.1.3.3, 5.1.3.4, 5.1.3.5, 5.1.5.2, 5.1.5.3, met uitzondering van de artikelen 5.129d, eerste lid, onder a en g, en 5.129e, eerste en tweede lid, 5.1.6.2, 5.1.6.3, 5.1.6.4, 5.1.6.5 en 5.1.7 en artikel 5.163.

3.3. Programma

Gelet op de aandachtspunten die zijn meegegeven door de begeleidingscommissie, ligt de eerste focus op een programma op nationaal niveau, zoals nu in STRONG is opgenomen. Dit is een interessant instrument omdat dit – vooruitlopend op het aanpassen van regelgeving – sneller kan worden opgesteld en richting kan geven aan een integrale benadering van de ondergrond. Wel merken wij daarbij op dat een programma alleen het vaststellend orgaan bindt. Bij een nationaal programma, dat op grond van artikel 3.4 Ow wordt vastgesteld door de betreffende minister, kan dus enkel de minister worden gehouden aan het programma. Hierin kan dus geen prioritering worden opgenomen ten aanzien van bevoegdheden die liggen bij de gemeente. Wel kunnen hierin beleidsvoornemens van de minister worden opgenomen. In het kader van het project Citydeal is het landelijk programma wellicht minder nuttig, tenzij dit programma niet alleen door de minister, maar ook door de betrokken regionale overheden wordt vastgesteld.

Daarom hebben wij ook gekeken naar de mogelijkheden van een programma op regionaal niveau, vergelijkbaar met een Regionale Energie Strategie, dat wordt vastgesteld door gedeputeerde staten en colleges van burgemeester en wethouders, hetgeen mogelijk is op grond van artikel 3.4 juncto 2.2 Ow.

Omdat de inrichting van de ondergrond binnen een gemeente ook gevolgen kan hebben voor buurgemeenten, is een programma ook voor de samenwerking tussen gemeenten interessant. De begeleidingscommissie heeft ook aangegeven dat een regionaal programma interessant wordt gevonden. Helemaal als het opstellen van een programma wordt verplicht en er heldere deeldoelen worden gesteld die samen opgeteld het totale doel bereiken.

Een programma als bedoeld in hoofdstuk 3 van de Omgevingswet is een beleidsdocument dat wordt vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders, gedeputeerde staten of de verantwoordelijke minister (artikel 3.4 Ow). Een programma is een pakket met (sectorale of gebiedsgerichte) beleidsvoornemens en maatregelen om omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving te bereiken (artikel 3.5 Ow). Een programma is gericht op de uitwerking van het te voeren beleid dat mogelijk al is beschreven in de omgevingsvisie. Het kan zowel sectoraal als

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 8 van 12

gebiedsgericht zijn. Een gemeentelijk of regionaal programma voor de ondergrond zou in dit opzicht de kenmerken hebben van een sectoraal programma. Een programma kan maatregelen voor de bescherming, het beheer, gebruik en ontwikkeling van de fysieke leefomgeving bevatten. Daarbij zijn verschillende elementen mogelijk. Zo kunnen er plannen in worden beschreven voor de uitvoering van projecten, maar ook maatregelen om sectorale doelen te verwezenlijken en om aan omgevingswaarden te (blijven) voldoen. Omdat een programma enkel bindend is voor het vaststellend orgaan, zouden er in een programma ook beleidsregels opgenomen moeten worden waar bijvoorbeeld het college van burgemeester en wethouders zich aan moet houden bij het verlenen van een omgevingsvergunning. Op die manier zou kunnen worden bewerkstelligd dat er altijd rekening wordt gehouden met de impact die een project heeft op de ondergrond en mogelijk ook het afwegen van bepaalde belangen.

Er zijn verschillende soorten programma's, namelijk het verplichte programma, zoals bedoeld in artikel 3.6, 3.7, 3.8 en 3.9 Ow, het verplichte programma bij de (dreigende) overschrijding van omgevingswaarden, zoals bedoeld in artikel 3.10 Ow, een onverplicht programma zoals bedoeld in artikel 3.14 en artikel 3.14a en een programmatische aanpak uit artikel 3.15 Ow. Een programma dat is gericht op de ondergrond valt niet onder de beschreven categorieën. Echter is het ook mogelijk om buiten deze categorieën om een programma vast te stellen. Die mogelijkheid biedt artikel 3.4 Ow.

Een programma, al dan niet vastgesteld in regionaal verband, kan naar onze mening mogelijkheden bieden, mits alle partijen die daarbij betrokken worden het eens zijn over de inhoud van een dergelijk programma. In een programma kunnen bovendien beleidsregels opgenomen worden, waaraan bij het verlenen van vergunningen getoetst moet worden. Dit kan heel interessant zijn om een eerste stap te zetten in een uniforme aanpak op regionaal niveau.

Voor wat betreft de inhoud is het erg lastig om voor te schrijven wat er in een programma gericht op de ondergrond zou moeten staan. Het past namelijk niet bij de aard van het instrument programma om dit gedetailleerd voor te schrijven. Wel zou het een meerwaarde kunnen zijn om het programma voor de ondergrond te verplichten aan in ieder geval gemeenten op grond van artikel 3.6 Ow. Daarbij kan in overweging worden gegeven om dit samen met andere overheden vast te stellen.

Door in de Omgevingswet een verplichting op te nemen om een programma op de ondergrond op gemeentelijk niveau vast te stellen, worden gemeenten gedwongen om na te denken en een visie te formuleren. Dit zou kunnen bijdragen aan het vergroten van kennis en bewustzijn en het stimuleren van een meer integrale plek voor de ondergrond bij gemeentelijke besluitvorming. Gelet op het voorgaande doen wij hierbij een tekstvoorstel voor toevoeging van het programma op de ondergrond aan artikel 3.6 Ow. Dit kan als volgt komen te luiden:

Voorzet aanvulling Ow

Artikel 3.6, lid X

Het college van burgemeester en wethouders van een gemeente, stelt eventueel in samenwerking met het college van burgemeester en wethouders van een of meerdere naburige gemeenten, een

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 9 van 12

programma ondergronds ruimtegebruik vast, waarin het college beschrijft op welke wijze het doelmatige gebruik van de ondergrond wordt betrokken bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden, bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, voor een of meer onderdelen van de fysieke leefomgeving.

3.4. Projectbesluit en gemeentelijke coördinatieprocedure

Wij hebben de mogelijkheden van het projectbesluit en de gemeentelijke coördinatieprocedure onderzocht, en wij zien in het kader van de Citydeal geen toegevoegde waarde in die zin dat het op dit moment zinvol is om op basis daarvan een oplossingsrichting uit te werken. De reden daarvoor is dat het projectbesluit, dat op zich heel zinvol is voor infrastructurele projecten, niet kan worden ingezet door gemeenten. De gemeentelijke coördinatieprocedure kan heel nuttig zijn, maar biedt onvoldoende mogelijkheden om echt sturend op te treden in een specifiek project. Daarom werken wij dit ook niet uit in het kader van de Citydeal. Voor de informatievoorziening en kennisvergroting is het echter wel nuttig om te weten hoe deze instrumenten werken. Dit is toegelicht in hoofdstuk 6 van de Eindrapportage.

3.5. Omgevingsvergunning

Wij hebben geconstateerd dat de mogelijkheid om een aanlegvergunning voor kabels en leidingen voor te schrijven in een gemeentelijke verordening zal gaan verdwijnen. Dit komt omdat de huidige aanlegvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid en onder b, Wabo, onder de Omgevingswet zal terugkomen als een omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit als bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, onder a, Ow. Deze mogelijkheid is echter ernstig beperkt door artikel 2.29, aanhef en onder p, Bbl, waarin een aantal soorten bouwwerken voor infrastructurele of openbare voorzieningen is uitgesloten. Meer specifiek wordt in artikel 2.29, onder p, aanhef en onder 4° Bbl het volgende bepaald:

Artikel 2.29 (vergunningvrije omgevingsplanactiviteiten met betrekking tot bouwwerken)

Onverminderd regels in het omgevingsplan over het in stand houden van een bouwwerk die betrekking hebben op de ernstige ontsiering van het uiterlijk van dat bouwwerk, geldt het verbod, bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, van de wet, om zonder omgevingsvergunning een omgevingsplanactiviteit te verrichten, niet voor een omgevingsplanactiviteit voor zover de activiteit betrekking heeft op een van de volgende bouwwerken:

p. een bouwwerk voor een infrastructurele of openbare voorziening, voor zover het gaat om:

4°. ondergrondse buis- en leidingstelsels, met inbegrip van ondergrondse faunapassages en met uitzondering van:

i. een buisleiding als bedoeld in artikel 3.101, eerste lid, aanhef en onder a tot en met e, van het Besluit activiteiten leefomgeving; en

ii. een buisleiding voor warm water of stoom anders dan een buisleiding als bedoeld onder i;

Hieruit volgt dat er in het omgevingsplan in beginsel geen omgevingsvergunningplicht mag worden opgenomen voor buis- en leidingstelsels, tenzij het gaat om buis- en leidingstelsels die zijn genoemd in artikel 3.101 van het Besluit activiteiten leefomgeving ("Ba"). Het gaat dan om buisleidingen voor aardgas of andere stoffen dan aardgas die ontvlambaar zijn, gevaarlijke stoffen in bepaalde klassen, kooldioxide ,

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 10 van 12

warmte als onderdeel van een warmtenet en koude als onderdeel van een koudenet. Voor deze buisleidingen mag wel een omgevingsvergunningplicht worden opgenomen in het omgevingsplan. Er geldt een andere uitzondering voor een buisleiding voor warm water of stoom. Als deze geen deel uitmaakt van een warmtenet, mag hier geen omgevingsvergunningplicht voor worden opgenomen in het omgevingsplan.

Het verdwijnen van de mogelijkheid een aanlegvergunning te vereisen in gemeentelijke regelgeving wordt door zowel de begeleidingscommissie als de deelnemers aan de workshop als een leemte gezien. Dit zorgt er namelijk voor dat men binnen de gemeente minder mogelijkheden heeft om te sturen op het gebruik van de ondergrond. De aanlegvergunning stelt gemeenten in staat om voorschriften te verbinden aan de aanleg van kabels en leidingen en daarmee te sturen op efficiënt ruimtegebruik in de ondergrond. Het wegvallen daarvan levert voor de uitvoeringspraktijk enorme problemen op. De gemeente kan dan namelijk niet meer sturen op zaken als de locatie waar de leiding komt te liggen, het tijdvak waarbinnen de werkzaamheden wordt uitgevoerd, en de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd. Dit zou deels ondervangen kunnen worden met algemene regels, maar het kunnen stellen van voorschriften per locatie is wel noodzakelijk. Ook kan het wegvallen van de aanlegvergunning grote problemen hebben voor de handhaving. Door vooraf een vergunning te verlenen, worden handhavers in staat gesteld beter toezicht te houden. Het is volgens gemeenten echt noodzakelijk dat er voorafgaand aan het uitvoeren van de werkzaamheden een toets door de gemeente plaatsvindt van de wijze waarop de werkzaamheden door het nutsbedrijf worden uitgevoerd, om schade aan de fysieke leefomgeving (bijvoorbeeld aan bomen, het wegprofiel, andere objecten) te voorkomen.

In het licht van het voorgaande, stellen wij voor om artikel 2.29, onder p, aanhef en onder ^o4 Bbl te schrappen. Dit zorgt ervoor dat de huidige aanlegvergunning, desgewenst door gemeenten als omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit in het omgevingsplan kan worden opgenomen.

Wij merken op dat het gedurende de overgangperiode als bedoeld in artikel 22.4 en 22.5, eerste lid, Ow nog mogelijk is om een vergunning op grond van de huidige bestaande gemeentelijke verordeningen zoals de AVOI of de leidingenverordening te verlenen, dit volgt uit artikel 22.8 Ow. Om te voorkomen dat gemeenten het instrument van de aanlegvergunning behouden, zullen ze totdat artikel 2.29, onder p, aanhef en onder ^o4 Bbl is geschrapt de bestaande verordening nog niet moeten opnemen in het nieuw op te stellen omgevingsplan en zelfstandig laten bestaan. Dit kan tot waarschijnlijk 31 december 2031, waardoor de mogelijkheid uit artikel 22.8 Ow benut kan worden.

4. Aspecten van bijzondere wetten over de fysieke leefomgeving

4.1 Wibon

Hoewel de Wibon naar onze mening wel – in brede zin - betrekking heeft op de fysieke leefomgeving, meer in het bijzonder het zorgvuldig uitvoeren van werkzaamheden in onder meer de (ondergrondse) openbare ruimte, gaat de Wibon niet op in de Omgevingswet. De reden hiervoor is waarschijnlijk dat de regels en doelstellingen van de Wibon te ver afstaan van, dan wel te weinig directe raakvlakken hebben met, de ordening van de fysieke leefomgeving.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 11 van 12

De Wibon behoudt aldus haar zelfstandige betekenis en scheidt ook (gebruiks)regels waaraan men ook na inwerkingtreding van de Omgevingswet en bij het werken met diens instrumenten is gebonden. Desalniettemin biedt bijvoorbeeld het Omgevingsplan naar onze mening straks de mogelijkheid om verdergaande – maar wel in lijn met de Wibon liggende – gebruiksregels op te nemen. Deze gebruiksregels mogen niet in strijd zijn met de minimumeisen die de Wibon aan netbeheerders en grondroerders stelt én ook niet in strijd zijn met hogere normen binnen de Omgevingswet, zoals Rijksregels, maar wij menen dat – mits deze in het licht van de doelstellingen van het Omgevingsplan een redelijk doel dienen - denkbaar is dat dergelijke gebruiksregels in een Omgevingsplan kunnen worden opgenomen. Reeds een goed voorbeeld hiervan is artikel 5.10 van de voorbeeldregels voor een Omgevingsplan zoals opgenomen in de “Staalkaart Verordeningen in het omgevingsplan – deel 2” van de VNG, betreffende de verplichting om proefsleuven te graven met een minimale lengte.²

4.2 Tw

Het huidige gedoogstelsel in de Tw kan naar onze mening in voorkomend geval belemmerend werken voor het beheren van de openbare ruimte en ook het kunnen sturen op de invulling van die openbare ruimte. De Omgevingswet brengt daarin geen fundamentele verandering. Sterker nog, de Tw wordt als een specifieke wettelijke regeling gezien, waardoor de Omgevingswet op grond van artikel 1.4 van diezelfde wet toepassing mist op het deel van de Tw dat de fysieke leefomgeving raakt en waarin uitputtend is voorzien in bepaalde regels of voorschriften.³ Bovendien blijft de regeling van gedoogplichten van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet bij inwerkingtreding van de Omgevingswet (voor zover hier relevant) ongewijzigd.⁴

Het voorgaande roept tevens de vraag op of er wél regels of voorschriften kunnen worden opgenomen die aanbieders in de zin van de Tw rechtstreeks via het Omgevingsplan binden én die voor het integraal beheren van de openbare ruimte van wezenlijk belang zijn.

Die vraag lijkt bevestigend te kunnen worden beantwoord, hoewel met de recente inwerkingtreding van hoofdstuk 5b (colocatie en gedeeld gebruik) en 5c (medegebruik van voorzieningen) van de Tw een groter pallet aan onderwerpen uitputtend lijkt te zijn geregeld. Gedacht kan worden aan voorschriften die betrekking hebben op een periodieke dialoog tussen alle gebruikers van de openbare ruimte met een net van enige omvang ten behoeve van het signaleren van knelpunten binnen de openbare ruimte, het creëren

² “Staalkaart Verordeningen in het Omgevingsplan – deel 2”, VNG, juli 2020, p. 10.

³ Vgl. MvT Omgevingswet, 33 962, nr. 3 onder paragraaf 4.1.3.

⁴ Uitzondering daarop vormt artikel 5.9 van de Telecommunicatiewet. Dat artikel bepaalt momenteel dat de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk verplicht is om op verzoek van de Minister van Infrastructuur of Milieu, de spoorwegbeheerder of een waterschap op eigen kosten maatregelen te nemen ten aanzien van zijn telecommunicatie-infrastructuur (waaronder het verplaatsen daarvan). Die plicht bestaat voor zover de maatregelen noodzakelijk zijn voor de uitvoering van werken waarvoor een ontwerp-Tracébesluit of een projectplan is vastgesteld. Dat deze bepaling opgaat in de Omgevingswet lijkt logisch, aangezien de Tracéwet (waarin het tracébesluit is geregeld) en de Waterwet (waarin het projectplan is geregeld) opgaan in de Omgevingswet.

DATUM 20 oktober 2023
ONS KENMERK 1013275
PAGINA 12 van 12

of behouden van ruimte op specifieke plekken en/of het doorspreken van toekomstige ontwikkelingen. Een ander voorbeeld zouden regels of voorschriften kunnen zijn die de zorgplicht van een ieder (artikel 1.6 van de Omgevingswet) of van een ieder die activiteiten met mogelijk negatieve gevolgen heeft voor de fysieke leefomgeving (artikel 1.7 van de Omgevingswet) op sommige punten nader inkaderen.

Een oplossingsrichting die wij verder zien is het integreren van hoofdstuk 5, 5b en 5c van de Tw, welke juist de fysieke leefomgeving raken, in het stelsel van de Omgevingswet, waarbij een herijking plaatsvindt van het uitgangspunt dat altijd sprake is van een gedoogplicht. Juist om meer te kunnen sturen op knelpunten als de overvolle ondergrond en de ondergrondse inrichting van een gebied.

Het Europees recht verplicht naar onze mening lidstaten niet tot een gedoogplichtsystematiek als de Nederlandse, waarin de instemmingsaanvraag van de aanbieder in beginsel leidend is, en de mogelijkheden voor het college om daarvan af te wijken beperkt zijn. Een dergelijke verplichting volgt immers niet uit de Telecomcode, maar is een gevolg van in het (verre) verleden gemaakte keuzes van de nationale wetgever. De eisen die in de Telecomcode gesteld worden, komen er in het kort gezegd op neer dat de procedure voor het verkrijgen van toegangsrechten eenvoudig, efficiënt, transparant, en non-discriminerend moeten zijn.⁵ Deze eisen doen niet af aan – onder meer – bepalingen omtrent “*het gebruik van eigendom, de normale uitoefening van eigendomsrechten [en] het normale gebruik van de openbare ruimte*”.

Er zijn tal van varianten denkbaar van een procedure die aan deze eisen voldoet, doch waarbij de rechthebbende van openbare gronden meer invloed heeft op onder meer het tijdstip, de plaats en wijze van uitvoering en/of inrichting van de werkzaamheden met betrekking tot telecommunicatie-infrastructuur. Dat hoeft immers niet strijdig te zijn met de genoemde eisen (qua eenvoud, efficiëntie, transparantie, non-discriminatie et cetera). Bovendien lijkt dit uitdrukkelijk toegestaan, nu ruimte bestaat voor bepalingen omtrent (onder meer) het gebruik van eigendom en het normale gebruik van de openbare ruimte.

Naast het voorgaande stellen wij naar beste weten vast dat de wetgever niet specifiek heeft toegelicht waarom hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet – het deel dat de fysieke leefomgeving raakt - niet wordt opgenomen in de Omgevingswet. Wij zien echter geen Europeesrechtelijke verplichting om dit hoofdstuk over gedoogplichten op te (moeten) nemen in een aparte, specifiek op telecommunicatie ziende wet. Naar onze mening staat het Europees recht er dan ook niet aan in de weg dat hoofdstuk 5, 5b en 5c van de Telecommunicatiewet zouden (kunnen) worden opgenomen in de Omgevingswet.

AKD

⁵ Zie artikel 43 van de Telecomcode.