

Open brief aan alle gemeenteraadsfracties inzake Kapelpad Poortugaal

Poortugaal, 5 december 2019

Geachte,

Via deze open brief willen wij u nader informeren inzake het onderwerp Kapelpad. Wij schrijven u deze brief omdat ons is opgevallen dat in de commissievergadering van 2 december jl. veel onduidelijkheden zijn ontstaan en zelfs onjuistheden op tafel gekomen zijn. Wij willen voorkomen dat hierdoor een verkeerd beeld ontstaat wat mogelijk zelfs tot een verkeerd besluit zou kunnen leiden.

Omdat ons verzoek aan de Raad niet alledaags is, kunnen wij ons voorstellen dat dit als iets complex ervaren wordt. Toch is ons verzoek niets meer dan een correctie van een situatie die ten tijde van de vergunningverlening niet bekend was. Niet bij ons en ook niet bij de gemeente.

In het voortraject voor de ontwikkeling van onze woning is het Kapelpad uitvoerig besproken tussen de gemeente, de projectontwikkelaar Maelion en ons als bewoners en niemand had dit kunnen voorzien. Wij zullen hierna de belangrijkste punten toelichten.

Vooronderzoek & kadaster

In de commissie werd gesteld dat het pad openbaar zou zijn op basis van de erfdienstbaarheid in onze koopakte en het kadaster. Hierbij werd ook de suggestie gewekt dat wij daarom hadden kunnen weten dat het pad openbaar was. Wij verwerpen deze suggestie aangezien dit volledig onjuist is. Een erfdienstbaarheid is per definitie privaatrechtelijk en niet publiekrechtelijk. Zoals door onszelf verteld bij de commissie is het recht van overpad alleen voor de bewoners van [REDACTED] (onze directe voorburen). Wij zullen dit hierna als volgt aantonen:

1. In de koopakte staat de volgende tekst:

PUBLIEKRECHTELIJKE BEPERKING -----
Met betrekking tot het onderhavige registergoed is geen inschrijving bekend . -----

2. Erfdienstbaarheden:

Kadastraal uittreksel geeft aan dat gehele perceel aan Achterweg, inclusief het pad naar de [REDACTED] behoort bij de koop/eigendom, zij zijn dienend erf voor alleen het voorstuk.



In het eigendomsbewijs (hyp4 5988 nr 4, d.d. 7/7/1978) van de Diaconie is een erfdienstbaarheid opgenomen. Het volgende is letterlijk verwoord en meegenomen in onze akte van levering:

Ten aanzien van een bestaande erfdienstbaarheid---
van voetpad ten laste van het bij deze overge-
dragen onroerend goed wordt ten deze verwezen----
naar een akte van transport op zes en twintig-----
januari negentien honderd zeven en zeventig ver-
leden voor voornoemde notaris van Breda, overge-
schreven ten hypotheekkantore te Rotterdam op-----
zeven en twintig januari daaraanvolgende in deel--
5399 nummer 21, bij welke akte in eigendom werd---
overgedragen het pand [REDACTED] en [REDACTED] te ----
Poortugaal en in welke akte woordelijk voorkomt:--
" Ten behoeve van het bij deze akte overgedragen--
" gedeelte van het kadastrale perceel gemeente----
" Poortugaal sectie A nummer 1969 en ten laste ---
" van het bij de verkoopster in eigendom blijven-
" de gedeelte van gemeld kadastraal perceel -----
" wordt bij deze gevestigd de erfdienstbaarheid---
" van voetpad, zulks om te voet en al dan niet ---
" met aan de hand gevoerde rijwielen, bromfietsen,
" motorrijwielen, kinderwagens en kruiwagens te ---
" komen en te gaan van en naar de [REDACTED] ----
" volgens de thans bestaande toestand."-----

In deze erfdienstbaarheid (ten laste van de [REDACTED], ons woonhuis) is alleen gevestigd een erfdienstbaarheid voor de voorburen [REDACTED] (en alleen voor hun en hun rechtsopvolgers) om over ons pad te komen en te gaan naar de Dorpsstraat. Er is geen overpad / erfdienstbaarheid om naar de Achterweg te komen. Het betreft hier dus enkel en alleen een recht voor onze voorburen om vanuit hun voordeur naar de [REDACTED] te lopen over de grond die bij ons eigendom is!

Indien het pad openbaar zou zijn, had [REDACTED] helemaal geen erfdienstbaarheid voor het pad nodig gehad. Dit impliceert dat het pad nooit als openbaar bedoeld is geweest.

Om tenslotte alle onduidelijkheid weg te nemen is in de rechterlijke uitspraak deze analyse bevestigd:

4. Niet is gebleken dat het pad voorkomt op de wegenlegger, zodat het pad niet op grond van artikel 49 van de Wegenwet kan worden aangemerkt als 'openbaar'. Daarnaast volgt uit gegevens van het kadaster dat het kadastrale perceel met nummer A1969 in 1978 is gesplitst in een perceel met nummer A2232 en een perceel met nummer A2233. Het pad behoort bij het perceel met nummer A2232 en er is een erfdienstbaarheid op gevestigd ten behoeve van het perceel met nummer A2233. Het pad is privé-eigendom. Indien

Wij wisten bij aankoop van het pand dat er een pad was wat door enkele bewoners gebruikt werd om af te steken naar het dorp. Echter, het openbare karakter was op dat moment voor niemand duidelijk gezien de juridische voorwaarden die daarvoor gelden. In eerste instantie was de bezwaarschriftencommissie ook van mening dat het pad niet openbaar was. Daarna heeft het nog een jaar geduurd voordat de rechter anders geoordeeld heeft. Dit was dus niet zo eenvoudig en duidelijk.

Rechterlijke uitspraak

Wij hebben gemerkt dat de rechterlijke uitspraak bij een aantal partijen voor vragen gezorgd heeft. Ondanks dat de uitspraak duidelijk was over de openbaarheid van het pad, was de rechter ook van mening dat onze (privacy-)belangen zodanig zijn dat hij geen definitief oordeel kon vellen, zie hieronder.

6. Het beroep is gegrond. Gelet op de mededelingen ter zitting van verweerder over het mogelijk onttrekken van het pad aan de openbaarheid en de (privacy-)belangen van [REDACTED] en [REDACTED] ziet de rechtbank onvoldoende mogelijkheden om in deze zaak tot een definitief oordeel te komen over de vraag of verweerder gehouden is handhavend op te treden. De rechtbank volstaat daarom met de vernietiging van het bestreden besluit en geeft verweerder met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht de opdracht om binnen zes maanden een nieuw besluit te nemen met inachtneming van deze uitspraak.

Met andere woorden, de kans dat de openbaarverklaring geen stand gaat houden bij een onttrekkingsverzoek achtte hij zeer groot. Dit heeft hij zelfs letterlijk gezegd ter zitting. Hierna willen wij een aantal punten uitwerken waarom dit zo is. Dit is de juridische context waar de Raad rekening mee moet houden.

Belangenafweging

In ons onttrekkingsverzoek hebben wij vermeld dat de Raad een belangenafweging moet maken. Wij hebben onze argumenten daarin uitgebreid aangegeven (privacy, waardevermindering, veiligheid). In het artikel Verkeersrecht van de ANWB staan een aantal vragen geformuleerd die de Afdeling Bestuursrechtspraak kan stellen. Dezelfde vragen helpen de Raad wellicht ook om tot een goede belangenafweging te komen.

Deel tekst uit artikel ANWB:

In feite komt dit neer op een zware (bijkans onmogelijke) onderbouwing van de beslissing die op de raad rust. Niet de verzoeker dient te bewijzen dat zijn belangen sterk genoeg zijn om de weg aan het openbaar verkeer te onttrekken, maar de raad dient aan te tonen dat het algemeen belang zich dusdanig verzet tegen een onttrekking dat geen gevolg kan worden gegeven aan de wens van de verzoeker. Daarbij komt dat het begrip 'algemeen belang' vrij diffuus van aard is, zodat de raad dit belang zal moeten concretiseren. In dit kader kunnen (ook door de Afdeling) vragen worden gesteld in de trant van: Zijn er in de directe omgeving van de bewuste weg voor (weg)gebruikers alternatieve routes voorhanden als de weg daadwerkelijk wordt onttrokken aan het openbaar verkeer? Heeft de bewuste weg een noodzakelijke functie als doorgang voor het openbaar verkeer?^[15]. Hoe zit het in dit kader met het aantal verkeersbewegingen op de bewuste weg, maken er veel mensen gebruik van, is er sprake van omrij(d)schade en zo ja, valt deze dan onder het zogenaamde normaal maatschappelijk risico ('it's all in the game') of is er sprake van **onevenredige** schade die zal worden geleden?

De enige argumenten die wij op de commissie vergadering gehoord hebben van omwonenden zijn bijv. "het is makkelijker om door het pad te lopen" en "iedereen neemt graag de kortste weg". Wij begrijpen dat het vervelend is om een stukje om te lopen, maar in de afweging van belangen zijn dit geen sterke argumenten. Er zijn namelijk voldoende alternatieve routes voorhanden.

Verder willen wij nog meegeven dat wij tijdens en na de bouw veel mensen hebben gesproken die aangaven dat de verandering van looproute wennen was, maar niet bezwaarlijk. Op de totale loopafstand naar bijv. de Plus supermarkt zijn de paar extra meters lopen relatief klein. Men gaf aan alle begrip te hebben voor de afsluiting van het pad. Dit wordt ook gestaafd door het gebrek aan bezwaren in de afgelopen 2 jaar van zowel omwonenden als van de winkeliersvereniging.

Daarnaast is de concentratie van winkels verplaatst van de [REDACTED] naar de andere kant van de dorpskern en zal dit nog verder gestimuleerd worden met de bouw van de appartementen met winkels en horeca in de [REDACTED]. De rol van het pad als doorgang van parkeerplaats naar de winkels in de Dorpsstraat is al niet relevant en wordt hierdoor steeds minder relevant.

Wij snappen dat de Raad wellicht het gevoel heeft gekregen voor voldongen feiten te staan en geen keuze hebben. Dit is natuurlijk niet zo. Echter, wij willen hierbij ook wel aangeven dat wij onze kans van slagen hoog inschatten, anders hadden wij deze stap niet genomen. B&W zal waarschijnlijk dezelfde afwegingen gemaakt hebben en steunen ons verzoek door middel van hun besluit.

(Eventuele) vervolgstappen

De rechterlijke uitspraak is een grote inperking van ons eigendomsrecht die wij niet hadden kunnen voorzien. De gevolgen hiervan op het gebied van privacy, waardevermindering en veiligheid zijn niet acceptabel voor ons. Daarom hebben wij er voor gekozen dit onttrekkingsverzoek in te dienen. Indien de Raad niet instemt met ons verzoek zullen wij administratief beroep instellen bij het College van Gedeputeerde Staten. Wij willen de Raad wijzen op de volgende zinsnedes uit hetzelfde artikel Verkeersrecht van de ANWB:

Wanneer toch (alleen) een onttrekking(sverzoek) rest, zal een (daartoe afwijzend staande) raad met objectieve, goed onderbouwde en steekhoudende tegenargumenten moeten komen, die minstens van even groot gewicht zijn als het belang dat de verzoeker om onttrekking aannemelijk weet te maken. Vervolgens is het aan de (geadieerde) bestuursrechter om in een rechtsgeschild te beoordelen of er sprake is van een zodanige onevenwichtigheid bij de afweging van de betrokken belangen dat in redelijkheid niet tot het besluit inzake de (al dan niet) onttrekking van de weg aan het openbaar verkeer had kunnen worden gekomen. Daarbij zal de rechter factoren als het daadwerkelijke gebruik en de (verkeers)functie van de weg alsmede de vraag naar de aanwezigheid van alternatieve (ontsluitings)wegen in de directe omgeving zwaar laten meewegen^[25]. Slotsom is in elk geval dat de onderbouwing en de onderzoeksplicht voor de beslissing omtrent de onttrekking voor het overgrote deel op de raad rust.

Samengevat, in alle gevallen dient vooral de raad als bestuursorgaan dat op het ingekomen verzoek dient te beslissen deze beslissing voldoende te onderbouwen. De verzoeker hoeft zijn belang slechts genoegzaam aannemelijk te maken. En als de raad bij besluit in primo weigert om de weg aan het openbaar verkeer te onttrekken, wordt die beslissing vaak herroepen door het college van Gedeputeerde Staten, dat - vanuit het uitgangspunt van de volledige heroverweging ex. art. 7:25 Awb - beslist in het kader van (een daartoe ingesteld) administratief beroep^[18]. GS toetsen het bestreden besluit in volle omvang en behoeven de beleidsaspecten daarbij niet te ontzien^[19].

Bemiddeling

De gevolgen van de inperking van ons eigendomsrecht zijn niet acceptabel voor ons, vandaar ons verzoek tot onttrekking aan de Raad. Wij hebben echter ook een aantal maal de vraag gehoord of deze situatie nog met bemiddeling op te lossen is. Wij delen u hierbij mee dat wij bereid zijn tot bemiddeling over gedeeltelijke openstelling onder voorwaarde dat de openbaarheid van het pad opgeheven wordt. Dit kan alleen door onttrekking.

Voor verdere vragen of toelichting zijn wij altijd bereikbaar.

Met vriendelijke groet,

