

ARTIKELEN

Gedogen van kabels en leidingen – de wettelijke regeling nu en straks

mr. G.J.M. de Jager

1. Inleiding

Tot 1 januari 2024 is de Belemmeringenwet Privaatrecht (BP) het wettelijk kader voor het opleggen van een gedoogplicht voor de aanleg van kabels en leidingen. Per 1 januari 2024 treedt de Omgevingswet in werking en wordt dat het wettelijk kader.¹ Met de Omgevingswet verandert/verbetert de wijze waarop een gedoogplicht wordt opgelegd aanmerkelijk. Wat betreft de schadeloosstelling verandert er minder, maar daarover is toch genoeg te zeggen, ook vanwege het feit dat er in sommige gevallen een gebruiksvergoeding moet worden verstrekt aan rechthebbenden en dat is nieuw. Tot slot worden nog enkele opmerkingen gewijd aan het overgangsrecht.

2. Belemmeringenwet Privaatrecht

In zijn belangrijkste toepassing biedt de BP ondernemers die openbare werken exploiteren een wettelijk instrument dat de aanleg, instandhouding of wijziging van die openbare werken op, over en onder andermans onroerende zaken mogelijk maakt. Ook overheden komt een beroep op de BP toe voor werken die nodig zijn voor de uitvoering van hun taken. Het instrument komt van pas als er geen overeenstemming wordt bereikt over het medegebruik van de onroerende zaken en heeft de vorm van een gedoogplicht voor de rechthebbende van de betreffende onroerende zaak.

De minister van Infrastructuur en Waterstaat is bevoegd tot het opleggen van die gedoogplicht. De gedoogplicht houdt in dat een eigenaar (of andere rechthebbende) moet toestaan dat bijvoorbeeld een energiebedrijf een hoogspanningsmast of een hoogspanningsleiding in, op of boven zijn onroerende zaak aanbrengt. Wanneer het energiebedrijf in dit voorbeeld geen overeenstemming kan bereiken met

de grondeigenaar of andere rechthebbenden, dan kan het energiebedrijf een verzoek indienen om de gedoogplicht op te leggen.

De gedoogplicht kan op grond van artikel 2, vijfde lid, en 3, tweede lid, BP alleen worden opgelegd, indien het belang van dat werk van algemeen nut is. Dat wil zeggen dat er sprake moet zijn van een erkend openbaar belang. Is dat niet het geval, dan dient er, voordat een gedoogplicht kan worden aangevraagd, eerst een erkenning openbaar belang en/of een concessie te worden verleend. De minister van Infrastructuur en Waterstaat is ook daar het bevoegd gezag.

De BP biedt een uitgebreide, maar ook versnipperde rechtsbescherming. De wet kent allereerst de verplichting om te proberen tot een minnelijke regeling te komen. Die minnelijke regeling strekt er dan (vaak) toe dat een zakelijk recht (meestal een opstalrecht) zal worden gevestigd onder compensatie van de schade, te betalen door de kabel- en leidingenbeheerder aan de rechthebbende(n). Mochten partijen daar niet uitkomen, dan hebben alle rechthebbenden (eigenaren, beperkt gerechtigden en/of houders) de mogelijkheid zich te verweren tegen een gedoogplicht. Verweer loopt eerst via een (omslachtige) administratieve procedure naar aanleiding van het ontwerp van de gedoogplicht. Als de gedoogplicht definitief wordt opgelegd, kan deze vervolgens op grond van en binnen de grenzen van artikel 4 BP in eerste en enige aanleg worden voorgelegd aan het gerechtshof binnen het gebied waar de onroerende zaak ligt. Dat wordt ingeleid met een verzoekschrift dat strekt tot vernietiging van de gedoogplicht. Het gerechtshof mag slechts toetsen aan twee criteria, namelijk of de minister ten onrechte heeft geoordeeld

- a. dat de belangen van de rechthebbenden ten aanzien van die zaak redelijkerwijze onteigening niet vorderen en/of

¹ Stb. 2023, 89.

- b. dat in het gebruik van die zaak niet meer belemmering wordt gebracht dan redelijkerwijze voor den aanleg, de instandhouding, de verandering of de overbrenging van het werk nodig is.²

Op het eerste criterium wordt geregeld een beroep gedaan en meer dan op het tweede, zo volgt uit de gepubliceerde jurisprudentie. De (subsidiariteits) discussie is ook relevant, immers als er sprake is van een te grote inbreuk op de eigendom van een onroerende zaak, zal gebruik moeten worden gemaakt van het onteigeningsmiddel. De gedachte is dat de Onteigeningswet meer waarborgen biedt voor een zorgvuldige afweging en recht geeft op een volledige schadeloosstelling, daar waar dat bij de toepassing van de BP in ieder geval wat betreft de kosten van juridische en deskundigenbijstand niet het geval is.

Het verweer dat ertoe strekt dat gekozen had moeten worden voor een onteigeningsprocedure slaagt overigens zelden. Om de mate van impact van de toepassing van de BP te objectiveren, kiest de rechtspraak voor een percentagebenadering. Als slechts een beperkt gedeelte van een perceel met een gedoogplicht wordt belast, wordt onteigening niet nodig geacht. Een voorbeeld van zo een situatie is de beschikking van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 januari 2016³. In die beschikking was een situatie aan de orde, waarin 1% van de oppervlakte van een perceel nodig was. Een dergelijk klein percentage rechtvaardigt niet dat een onteigeningsprocedure zou moeten worden doorlopen, zulks onafhankelijk van de grootte van het perceel, aldus het gerechtshof. Andere voorbeelden waarin het verweer dat een onteigeningsprocedure had moeten worden doorlopen, wordt gepasseerd, zijn een beschikking van 8 maart 2018 van het Gerechtshof Amsterdam⁴ en een beschikking van 26 april 2016 van hetzelfde gerechtshof.⁵

Uit de rechtspraak rond de toepassing van de b-grond volgt dat met name gekeken wordt of de

minister oog heeft gehad voor een minimalisatie van de gevolgen van het werk (vaak met name in de aanlegfase). Als dat voldoende blijkt uit de genomen beschikking, dan worden verzoeken tot vernietiging van die beschikking afgewezen.⁶ De vraag of er met het voorziene gebruik niet meer belemmering wordt gebracht dan redelijkerwijs nodig, is vaak ook een vraag naar alternatieve oplossingen. Uit de rechtspraak volgt dat er dan niet hoeft te worden gekeken naar alternatieve tracés voor de kabels en leidingen op (bijvoorbeeld) percelen van derden. Het gaat hooguit om mogelijke alternatieve oplossingen op het perceel dat al wordt geraakt met de gedoogplicht.⁷

Alle andere rechtsvragen over een opgelegde gedoogbeschikking (bijvoorbeeld de vraag of er voldoende is onderhandeld ter voorkoming van het moeten opleggen van de gedoogplicht en/of motiveringsklachten) kunnen/mogen niet door het gerechtshof worden behandeld. Zij moeten worden voorgelegd aan de bestuursrechter (rechtbank in eerste aanleg en vervolgens Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in hoger beroep).⁸ In sommige gevallen (bij bijzondere wet aldus bepaald en met uitsluiting van de civiele rechter) is de Afdeling in eerste en enige aanleg bevoegd te oordelen over een opgelegde gedoogbeschikking. Die laatste gevallen zijn beperkt tot gedoogplichten die nodig zijn vanwege besluiten genomen op grond van de Tracéwet, de coördinatie-regeling uit de Wet ruimtelijke ordening en de Spoedwet wegverbreding.⁹

Tot zover de afweging die gemaakt wordt wat betreft de gedoogplicht zelf.¹⁰ De verplichting bepaalde werken, tijdelijk dan wel permanent, te gedogen heeft schadelijke gevolgen en die gevolgen moeten door degene ten behoeve van wie de gedoogplicht is opgelegd aan de rechthebbende volledig worden vergoed. Het gaat om vermogens- en inkomensschade, waardevermindering van het overblijvende daaronder begrepen.

2 Dit is een terughoudende toetsing, zo volgt uit HR 3 maart 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB3594.

3 ECLI:NL:GHARL:2016:803.

4 ECLI:NL:GHAMS:2016:814.

5 ECLI:NL:GHAMS:2016:1624; zie verder ook Gerechtshof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2754; een wat atypisch geval volgt nog uit Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GRHARL:2019:7120, TBR 2020/10 m. nt. J.A.M.A. Sluysmans, waarin de rechthebbende bepleitte dat de minister in plaats van het opleggen van een gedoogplicht voor het aanleggen van een nieuw elektriciteitsnetwerk eerst het oude, ter plaatse aanwezige elektriciteitsnetwerk moest (laten) onteigenen. Het gerechtshof zag geen grondslag in de BP voor een dergelijke onteigening en al evenmin een noodzaak daartoe.

6 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 7 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1105.

7 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2422 (zie rov. 2.11 en de in de voetnoot van die rechtsoverweging genoemde jurisprudentie).

8 Zie (o.m.) ABRvS 18 januari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4603, AB 2000, 81 en Gerechtshof Leeuwarden 21 juli 2004, ECLI:NL:LGHLEE:2004:AU6859.

9 Zo volgt uit artikel 2 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht.

10 Een bredere uiteenzetting van de procedure is te vinden in twee leidraden, te vinden op de website van Rijkwaterstaat: <http://publicaties.minienm.nl/documenten/leidraden-belemmeringenwet-privaatrecht-maart-2008>.

Artikel 14 BP en de uitleg die aan die bepaling in de rechtspraak is gegeven, verplicht daartoe.¹¹

De BP voorziet in artikel 2, vijfde lid, in de hiervoor al kort besproken verplichting tot overleg voorafgaand aan de procedure tot vaststelling van de tegemoetkoming in de schade. De kabel- en leidingenbeheerder moet een schadevergoeding aanbieden en kan (bijvoorbeeld) ook voorstellen doen hoe tot vaststelling te komen als partijen het over de vergoeding niet eens worden, bijvoorbeeld door bindend advies door een deskundigencommissie overeen te komen. Zodra partijen over de voorwaarden waaronder schadeloos zal worden en/of over de hoogte van de schadeloosstelling geen overeenstemming bereiken, kan de rechthebbende schadeloosstelling vorderen bij de civiele rechter. Op de reikwijdte van schadeloosstelling zal hierna nog nader worden ingegaan.

3. Omgevingswet

3.1. Algemeen

Voor een goed begrip van de regeling in de Omgevingswet is het allereerst van belang om een onderscheid te maken tussen de gedoogplichten van rechtswege (afdeling 10.2 Omgevingswet) en de bij beschikking op te leggen gedoogplichten (afdeling 10.3 Omgevingswet).

3.2. Gedoogplichten van rechtswege

In de Omgevingswet is voorzien in een gedoogplicht van rechtswege waar het betreft het moeten gedogen van de aanleg van kabels en leidingen. In artikel 10.2, eerste lid, onder d, van de Omgevingswet is een gedoogplicht opgenomen die op dit moment nog in artikel 10 van de Waterstaatswet 1900 staat. Rechthebbenden op een onroerende zaak hebben nu reeds en onder de Omgevingswet ook te gedogen dat een beheerder van waterstaatswerken ‘elektrische geleidingen’ (lees: kabels¹²) aanlegt en in stand houdt, voor zover dat niet plaatsvindt in afgesloten tuinen en erven die een geheel vormen met bewoonde percelen. Het betreft een gedoogplicht die (bij mijn weten) maar zelden van stal wordt gehaald, maar kan wellicht op een bredere toepassing rekenen, nu deze uit de mottenballen is gehaald en weer even in de schijnwerpers staat.

Voor die bredere toepassing kan een financiële reden zijn. Rechthebbenden krijgen in geval van een gedoogplicht van rechtswege (slechts) het daardoor door hen geleden nadeel gecompenseerd. Dat betreft, anders dan bij bij beschikking opgelegde gedoogplichten (waarover hierna meer), geen volledige schadeloosstelling. Dit volgt uit artikel 15.13, eerste lid, van de Omgevingswet. Dat artikel bepaalt dat schade die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van een gedoogplicht als bedoeld in afdeling 10.2 Omgevingswet aan de rechthebbende die de schade lijdt, wordt vergoed. Voorwaarden zijn wel dat a) die schade uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en b) de rechthebbende in vergelijking met anderen onevenredig zwaar wordt getroffen.

Andere voorbeelden van de gedoogplichten van rechtswege zijn (de al langer bekende) gedoogplichten tot het plegen van onderhoud aan wegen en waterstaatswerken (artt. 10.2 en 10.3 Omgevingswet) en de gedoogplichten rond landinrichting, zoals het tijdelijk in gebruik geven van percelen aan een ander dan de rechthebbende vanwege een besluit tijdelijk gebruik (10.10g jo. 12.21, derde lid, van de Omgevingswet).

Al deze gedoogplichten behoeven (vanzelfsprekend) geen beschikking om effect te hebben en gehandhaafd te kunnen worden. De uitvoering van de werkzaamheden die gedoogd moeten worden, behoeven meestal enkel tijdige aankondiging bij de rechthebbenden.

3.3. Gedoogplichten op te leggen bij beschikking

De bij beschikking op te leggen gedoogplichten op grond van afdeling 10.3 Omgevingswet kunnen ambtshalve of op verzoek worden opgelegd. Op de voorbereiding is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (uov) uit afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht van toepassing (artikel 16.33, eerste lid, van de Omgevingswet). Als de beschikking eenmaal is gegeven, kan daartegen beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter van de rechtbank. Vervolgens kan van diens uitspraak in hoger beroep worden gekomen bij de Afdeling. Beide beroepen hebben geen schorsende werking. De onder de BP ontstane (onhandige) praktijk dat zowel de civiele rechter als de bestuursrechter bevoegd waren te oordelen over de rechtmatigheid van een en dezelfde gedoogbeschikking komt daarmee ten einde.

11 HR 2 februari 1979, NJ 1979, 384 en, meer recent, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM1190.

12 De term ‘geleidingen’ kwam ook voor in de Telecommunicatiewet. Bij de totstandkoming van de (die wet vervangende) Wet op de telecommunicatievoorzieningen overwoog de wetgever dat die term gelijk staat aan ‘kabels’; zie voor een uitgebreide toelichting daarop de conclusie van A-G IJzerman van 15 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY3909.

Een bij beschikking op te leggen gedoogplicht moet voldoen aan elk van de volgende criteria. Een gedoogplicht kan worden opgelegd voor een werk van algemeen belang in het geval:

- a. voor bepaalde of onbepaalde tijd gebruik moet worden gemaakt van een onroerende zaak,
- b. met de rechthebbende op de onroerende zaak ondanks een redelijke poging daartoe geen schriftelijke overeenstemming is bereikt over het gebruik daarvan,
- c. het gebruik van de onroerende zaak niet meer zal worden belemmerd dan redelijkerwijs nodig is, en
- d. de belangen van de rechthebbende redelijkerwijs onteigening niet vorderen.

Deze vier criteria volgen grotendeels de criteria uit de BP. De criteria in de onderdelen a., c. en d. zijn gelijkkluidend aan die uit die wet. Het eerste onderdeel geeft overigens ook richting bij de toepassing van andere gedoogplichten, zoals artikel 10.17, tweede lid, onder b, van de Omgevingswet, het oude artikel 5.24 Waterwet. De Waterwet bepaalt niet expliciet dat dergelijke gedoogplichten tijdelijk kunnen worden opgelegd. De praktijk heeft de gedoogplicht wel aldus toegepast. Het nieuwe artikel 10.11 Omgevingswet stelt buiten twijfel dat gedoogplichten ook voor werkzaamheden die slechts tijdelijk nodig zijn, kunnen worden opgelegd.

Uit de criteria onder c. en d. volgt dat de wetgever geen wijziging heeft willen voorzien in de wijze waarop moet worden afgewogen of een gedoogplicht kan worden opgelegd. Er is – met andere woorden – niet voorzien in een algemene bevoegdheid om gedoogplichten op te leggen, onafhankelijk van de vraag hoeveel grond feitelijk nodig is voor het werk. Het moeten benutten van een (te) groot gedeelte van een onroerende zaak is over het algemeen de reden waarom wordt aangenomen dat voor de onteigeningsprocedure had moeten worden gekozen. De wetgever wijdt daaraan geen overwegingen in de kamerstukken, maar de keuze zal van doen hebben met het feit dat artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens de ruimte voor een al te brede toepassing van een gedoogplicht beperkt. Overigens zijn de onteigeningsbeschikkingsprocedure uit afdeling 11.2 en 16 van de Omgevingswet en de procedure tot het

opleggen van een gedoogplicht procedureel exact gelijk. In beide procedures wordt ook hetzelfde verlangd aan minnelijk overleg voorafgaand aan het moment waarop de inbreuk mag plaatsvinden. Beide worden voorbereid met de uov en er wordt daarover door twee rechterlijke instanties geoordeeld. Het is enkel bij de schadeloosstelling dat er (overigens beperkte, zie ook hierna) verschillen zijn. In zoverre was er mijns inziens minder reden om het criterium onder d. te handhaven.

Het enige relevante verschil dat ik zelf zie, is dat in geval van onteigening de rechthebbende onder omstandigheden overneming van het overblijvende of overname van een gebouw dat geraakt wordt (artikel 11.3 Omgevingswet), kan vorderen/verlangen. Dat is bij bij beschikking opgelegde gedoogplichten niet aan de orde. Of dat nu per se rechtvaardigt dat de bestuursrechter onder Omgevingswet moet blijven beoordelen of de rechthebbende onteigend moet worden in plaats van dat hij een gedoogplicht heeft te dulden, vraag ik mij af. Anders gezegd, er is mijns inziens geen grote noodzaak geweest om het criterium onder d. uit de BP over te nemen in de Omgevingswet. De wens van de wetgever om zoveel mogelijk beleidsneutraal over te gaan naar de Omgevingswet, is hier klaarblijkelijk leidend geweest.¹³

Het criterium onder b. is in hoge mate gelijkkluidend aan artikel 2, eerste en vijfde lid, van de BP, maar is verduidelijkt en aangescherpt. In dit onderdeel is op basis van de jurisprudentie toegevoegd dat er een redelijke poging tot minnelijke overeenstemming moet zijn gedaan (door degene ten behoeve waarvan de gedoogplicht wordt opgelegd) om nog meer dan in de BP te benadrukken dat oplegging van een gedoogplicht voorkomen moet worden als het redelijkerwijs mogelijk is om er minnelijk uit te komen. Bij het bepalen van de vraag of in voldoende mate is gepoogd tot minnelijke overeenstemming te komen, moet, zo stelt de wetgever, aangesloten worden bij de lijn die de Kroon hanteert bij het inzetten van de administratieve onteigeningsprocedure: er moet sprake zijn geweest van een redelijke, maar vruchteloos gebleken poging om tot minnelijke overeenstemming te komen. Hoe ver die poging moet strekken, kan van geval tot geval verschillen.

Er zijn meerdere uitspraken van de Afdeling over de vraag of er voldoende minnelijk overleg heeft

13 Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, nr. 3, pag. 303.

plaatsgevonden.¹⁴ De Afdeling stelt daarin ook vast dat degene die de gedoogplicht oplegt, de hoogte van de geboden schadevergoeding niet hoeft te toetsen.¹⁵ De Afdeling toetst wel of degene die de gedoogplicht oplegt zich op het standpunt heeft mogen stellen dat de voorstellen die de initiatiefnemer heeft gedaan om tot minnelijke overeenstemming te komen niet op voorhand als onwettelijk en onredelijk moeten worden aangemerkt. In dat kader oordeelt de Afdeling onder meer dat het toegelaten kan zijn gestandaardiseerde voorwaarden en vergoedingen toe te passen in de onderhandelingen (zoals de Gasunie-tarieflijst). Een bod tot schadevergoeding is echter niet een hard vereiste. Wanneer een rechthebbende verder overleg enkel afhankelijk stelt van een voorwaarde waarvan het niet direct in de macht van de initiatiefnemer ligt om daaraan te voldoen (bijvoorbeeld de verwerving van compenserende grond of wijziging van een bestemmingsplan), kan dit de initiatiefnemer niet worden tegengeworpen bij de beoordeling van de vraag of er voldoende minnelijk overleg heeft plaatsgevonden. De initiatiefnemer hoeft ook geen genoegen te nemen met de toezegging van de rechthebbende dat deze de aanleg van het werk zal toestaan als hij niet ook bereid is daartoe een schriftelijke overeenkomst te sluiten.¹⁶

Opvallend is verder dat in de Omgevingswet het moeten hebben van een concessie voor het mogen aanleggen van kabels en leidingen, is komen te vervallen. Die concessieverplichting is van toepassing op particuliere initiatieven onder de BP waarbij de ontwikkeling niet bij wet is gegeven. Het bevoegde bestuursorgaan behoeft onder de Omgevingswet enkel nog vast te stellen of het werk waartoe een gedoogplichtbeschikking wordt gevraagd, een werk van algemeen belang is. Als die (voor)vraag positief wordt beantwoord, kan de beschikking worden gegeven. Op grond van artikel 10.1 Omgevingswet geldt dat een werk van algemeen belang, een werk als bedoeld in paragraaf 10.3.2 (zijnde de bij wet gegeven, bij beschikking op te leggen gedoogplichten). Onder die gedoogplichten staat ook een gedoogplicht die als vangnet is bedoeld. Dat betreft artikel 10.21 Omgevingswet en dat luidt:

*“1. Onze Minister van Infrastructuur en Waterstaat kan aan een rechthebbende een gedoogplicht opleggen voor het tot stand brengen of opruimen van een werk van algemeen belang dat geen werk of activiteit is als bedoeld in de artikelen 10.13 tot en met 10.19a, als het belang van de openbare veiligheid, het belang van het beschermen van de fysieke leefomgeving, zwaarwegende economische belangen of zwaarwegende andere maatschappelijke belangen dit rechtvaardigen.
(...)”*

Met andere woorden: alle gedoogplichten die nodig zijn, maar niet bij wet afzonderlijk zijn geregeld, kunnen onder toepassing van deze bepaling worden opgelegd.

Een laatste punt betreft nog het feit dat – anders dan in de BP – in artikel 10.28 Omgevingswet wordt voorzien in een regeling van de eigendom van het werk van algemeen belang. Artikel 5:20, tweede lid, van het BW (‘horizontale natrekking’) is van overeenkomstige toepassing op werken van algemeen belang waartoe een gedoogplicht wordt opgelegd. Dat geldt ook voor eventuele wijzigingen of verplaatsingen. Dat maakt dat zowel de initiatiefnemer van het werk van algemeen belang als diens rechtsopvolgers eigenaar zijn van het betreffende werk.¹⁷ Voor kabels en leidingen gold dat al op grond van het BW. Omdat met een gedoogplicht onder de Omgevingswet ook andersoortige werken kunnen worden gerealiseerd, moest dat voor die werken nog wettelijk vastgelegd worden. Zou dit niet geregeld worden, dan zou het werk mogelijk eigendom worden van de eigenaar van de grond.¹⁸

4. Schadeloosstelling vanwege bij beschikking opgelegde gedoogplichten – oud en nieuw

Artikel 14 BP bepaalt dat alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade dienen te worden aangebracht bij en worden beslecht door de kamer voor kantonzaken van de rechtbank. Van het vonnis kan in appel

14 (o.m.) ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6968, 1 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:253, 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:126, 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2014:2468, 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:129 en 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1597.

15 ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1597.

16 Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, nr. 3, pag. 524.

17 Artikel 10.28 Omgevingswet volgt hier de tekst van artikel 5:20, tweede lid, van het BW. Er wordt in de bepalingen geen onderscheid in de soort van rechtsopvolging en daarmee moet het ervoor worden gehouden dat het gaat om rechtsopvolgers onder algemene en bijzondere titel. De wetsgeschiedenis van artikel 5:20, tweede lid, van het BW geeft overigens evenmin een onderbouwing van deze wijze van formuleren, zie Kamerstukken II, 2005–2006, 29 834, nr. 9, pag. 7 e.v.

18 Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, nr. 3, pag. 532 en 533.

worden gegaan bij het gerechtshof en tegen het arrest van het gerechtshof in cassatie bij de Hoge Raad.¹⁹

Onder de Omgevingswet blijft de civiele rechter bevoegd om over vorderingen tot schadevergoeding vanwege bij beschikking opgelegde gedoogplichten te oordelen.²⁰ Dat volgt uit artikel 15.15 Omgevingswet. Uit die bepaling volgt dat (op een enkele, voor dit artikel niet relevante uitzondering na) schade die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van een gedoogplicht als bedoeld in afdeling 10.3 of artikel 10.3, derde lid, van de Omgevingswet aan de rechthebbende die de schade lijdt, volledig wordt vergoed. Daarmee sluit deze bepaling aan bij de tekst van artikel 15.18 Omgevingswet dat de omvang van de schadeloosstelling in geval van onteigening beschrijft.

In dit artikel heb ik eerder de opmerking gemaakt dat wat het volledige karakter van de schadeloosstelling betreft er maar beperkte verschillen zijn tussen de schadeloosstelling als gevolg van een onteigening en de bij beschikking opgelegde gedoogplicht. Dat wordt in de wetsgeschiedenis ook bevestigd.²¹

Het belangrijkste verschil is gelegen in de kostenvergoeding. In geval van onteigening kan de rechthebbende aanspraak maken op vergoeding van alle gemaakte juridische en deskundigenkosten, zowel voor de kosten die zijn gemaakt om verweer te voeren tegen de onteigening als de kosten die worden gemaakt in de schadeloosstellingsfase van de onteigening. Dat is bij het opleggen van een gedoogplicht niet het geval. Verweren tegen de gedoogplichten worden zowel in het civiele procedure als in de bestuursrechtelijke procedure (bij toewijzing of gegrondverklaring) vergoed langs de gebruikelijke, forfaitaire regelingen.²² Vergoedingen van alle gemaakte juridische en deskundigenkosten in die

zaken waarin schadeloosstelling wordt gevorderd, is al evenmin aan de orde. Dat heeft alles van doen met het feit dat artikel 50 Ontheingingswet nu (straks de artikelen 15.46, 15.47 en 15.51 Omgevingswet) stelt dat de onteigende recht heeft op een dergelijke volledige vergoeding (mits de opgevoerde kosten voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets). Een pendant van die bepaling ontbreekt in de BP en zal ook ontbreken in de Omgevingswet. Uit de gepubliceerde rechtspraak volgt niet dat rechters desondanks een volledige kostenvergoeding aan de orde hebben geacht in procedures tot het verkrijgen van de schadeloosstelling en het is mijns inziens ook niet de verwachting dat dat onder de Omgevingswet anders zal worden.

Er zijn nog meer verschillen, maar die hebben met name van doen met het moment van het bepalen van de schade en het moment waarop schade moet worden vergoed. Daar waar in de ontheingingsprocedure (enkel) schade wordt vergoed die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de onteigening en die wordt geleden op het peilmoment²³, zijnde het moment waarop de eigendom overgaat van de onteigende naar de onteigende partij, ligt dat bij schadeloosstelling vanwege een opgelegde gedoogplicht anders. Er geldt bij het opleggen van een gedoogplicht geen peilmoment waartegen de schade moet worden begroot en ook vergoed. Op enig moment kan de rechthebbende de door hem geleden schadeloosstelling vorderen. Vanzelfsprekend wordt er schade geleden per het moment waarop het werk wordt aangelegd (teeltschade en/of vermogensschade in de vorm van waardevermindering c.a.). Het kan echter ook zo zijn dat het onzeker is of een bepaalde schadepost zich wel zal verwezenlijken. De rechthebbende kan dan met het aanhangig maken van zijn vordering wachten tot het moment waarop

19 Voorbeelden van recente vonnissen zijn: Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:545 en Rechtbank Noord-Holland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:2642; een voorbeeld van een procedure die tot en met de Hoge Raad is gevoerd, is het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:996, TvAR 2019/8002, m.nt. W.J.E. Van der Werf; over het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:22 dat met dat arrest gedeeltelijk werd vernietigd, schreef ik een bijdrage in het Land- en Tuinbouwbuletin (LTB 2018/35).

20 Artikel 15.15 Omgevingswet benoemt enkel de civiele rechter en niet (langer) de kamer voor kantonzaken. Bij gebrek aan enige overweging daaromtrent in de wetsgeschiedenis (Invoeringswet Omgevingswet), moet daarom worden aangenomen dat de (absolute) competentieregel uit artikel 93 Rv bepalend is voor de vraag bij welke kamer van de rechtbank de vordering aanhangig moet worden gemaakt.

21 Kamerstukken II, 2017–2018, 34 986, nr. 3, pag. 249 e.v.

22 In ABRvS 14 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1590 speelde een verzoek om compensatie ex artikel 7.14 Waterwet vanwege een eerder opgelegde gedoogplicht op grond van artikel 5.24 Waterwet. Die gedoogplicht strekte ertoe dat een perceel grond gedeeltelijk zou worden afgegraven. Het waterschap had de rechthebbende een volledige schadeloosstelling daarvoor gegeven. De stelling van de rechthebbende was dat hij dan ook aanspraak zou moeten kunnen maken op een volledige kostenvergoeding. Dat standpunt volgde de Afdeling niet onder verwijzing naar de gehoudenheid tot toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht.

23 Althans, wat toekomstige inkomensschade betreft, contant gemaakt naar het peilmoment.

die schade zich openbaart en dat kan ook zolang het werk in stand blijft.²⁴

Het spreekt voor zich dat het de initiatiefnemer is die de schade als gevolg van de bij beschikking opgelegde gedoogplicht vergoedt.²⁵ Dat geldt overigens ook voor de gedoogplichten van rechtswege. Dat is dus niet het bestuursorgaan dat de gedoogplicht op verzoek oplegt.

5. Gebruiksvergoeding

Nieuw in de Omgevingswet is dat een rechthebbende op een onroerende zaak (onder omstandigheden) recht heeft op een gebruiksvergoeding. Dit volgt uit artikel 13.3e, eerste lid, van de Omgevingswet dat door een amendement in de wet terecht is gekomen.²⁶

Het gaat om de volgende gevallen:

- gedoogplichten voor het realiseren van energievoorzieningen en mijnbouw (artikel 10.14 Omgevingswet). Voorwaarde is wel dat de initiatiefnemer geen netbeheerder als bedoeld in de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet of de Warmtewet is;
- gedoogplichten voor het tot stand brengen of opruimen van andere werken van algemeen belang (artikel 10.21 Omgevingswet). Voorwaarde is dan dat de initiatiefnemer geen bestuursorgaan is.

De gedachte achter de gebruiksvergoeding is dat de rechthebbende zou moeten delen in het voordeel dat de initiatiefnemer van het gebruik van de onroerende zaak heeft. Met deze gebruiksvergoeding wordt dit voordeel afgeroomd ten gunste van degene die de onroerende zaak ter beschikking heeft moeten stellen. Dat is goed te rechtvaardigen vanuit het gegeven dat de in deze bepaling bedoelde initiatiefnemers marktpartijen zijn die geacht worden te streven

naar winstmaximalisatie. Het is ook om deze reden dat deze bepaling is geplaatst in afdeling 13.2 van de Omgevingswet, zijnde de afdeling die ziet op vergoedingen en verhaal van kosten vanwege grondexploitatie.²⁷

In afdeling 14.2 van de Omgevingsregeling is de methode voor het berekenen van de hoogte van de gebruiksvergoeding opgenomen. De redelijke, jaarlijkse gebruiksvergoeding wordt bepaald volgens de formule: gebruiksvergoeding = grondoppervlakte x grondwaarde x rendementsfactor. De rendementsfactor is bepaald op 2% in artikel 14.49, eerste lid, van de Omgevingsregeling. Hieruit volgt dus dat de rechthebbende jaarlijks 2% van de grondwaarde van de benutte oppervlakte vergoed krijgt van (kort gezegd) de private initiatiefnemer.

De civiele rechter is ook hier bevoegd om te beslissen over geschillen tussen de initiatiefnemer en de rechthebbende. Voor de gebruiksvergoeding is overigens enkel ruimte als in de schadeloosstelling vanwege de gedoogplicht niet reeds is voorzien in een volledige gebruiksvergoeding, aldus artikel 13.3e, eerste lid, van de Omgevingswet.²⁸ In voorkomend geval zal de initiatiefnemer er (dus) goed aan doen om in zijn aanbieding tot vergoeding van de schade ook meteen deze post gekapitaliseerd mee te nemen. Doet de initiatiefnemer dat niet, dan loopt de initiatiefnemer het risico in meerdere procedures verzeild te raken.

6. Overgangsrecht

Uit artikel 4.27 Omgevingswet volgt het volgende.

1. Als voor de inwerkingtreding van afdeling 10.3 van de Omgevingswet mededeling is gedaan en kennis is gegeven van de terinzagelegging in overeenstemming met artikel 2, tweede lid, van

24 HR 6 december 1963, NJ 1965, 56 en HR 2 februari 1979, NJ 1979, 384.

25 De initiatiefnemer is lang niet altijd een bestuursorgaan. Dat is ook de reden waarom de procedure tot schadevergoeding niet bij de bestuursrechter terecht is gekomen, maar bij de civiele rechter is gelaten, zie Kamerstukken II, 2017–2018, 34 986, nr. 3, pag. 252.

26 Kamerstukken II, 2018-2019, 34 986, nr. 22.

27 De indieners van het amendement wijzen in de toelichting op het amendement op artikel 4 van de Mijnbouwwet die een recht op gebruiksvergoeding biedt aan rechthebbenden tot een onroerende zaak waarin beneden de 100 meter mijnbouwwerken plaatsvinden. Zij vonden dat er genoeg reden was om die bepaling breder te trekken en dat vond het parlement ook.

28 Deze gebruiksvergoeding gaat dan weer verder dan wat een rechthebbende krijgt nadat hij onteigend is. Een dergelijke vorm van baatafoming kent het onteigeningsschadeloosstellingsrecht niet. Een vergelijking dringt zich wel op met artikel 40e Onteigeningswet en straks artikel 15.25 Omgevingswet. In die (gelijkluidende) bepalingen is voorzien in de mogelijkheid de prijs (werkelijke waarde) van een onteigende onroerende zaak te verhogen met een nadeel dat niet ten laste van de onteigende behoort te blijven. Het toekennen van een gebruiksvergoeding is mijns inziens niet een dergelijk nadeel, maar mogelijk dat daarover in de rechtspraak anders wordt geoordeeld, gegeven de kennelijke wens van de wetgever te komen tot afroming van voordelen genoten door private initiatiefnemers van ruimtelijke ontwikkelingen. Artikel 40e Omgevingswet is vooralsnog vrijwel een dode letter gebleken, aldus ook Kamerstukken II, 2018-2019, 35 133, nr. 3, pag. 264.

de Belemmeringenwet Privaatrecht, blijft het oude recht van toepassing tot een besluit als bedoeld in artikel 1, 2, vijfde lid, of 3, tweede lid, van die wet onherroepelijk is.

Het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat heeft daarop laten weten dat een verzoeker tot oplegging van de gedoogplicht, bijvoorbeeld een beheerder van een elektriciteitsnet, die wenst dat zijn verzoek nog volgens de regels van de BP wordt afgehandeld er goed aan doet het definitieve gedoogverzoek uiterlijk 4 maanden vóór inwerkingtreding van de Omgevingswet te hebben ingediend. Alleen dan kan verwacht worden dat er nog voldoende tijd is om het verzoek volgens de regels van de BP te kunnen uitvoeren, aldus het ministerie.²⁹

7. Conclusie

Waar het het opleggen van gedoogplichten vanwege de aanleg van kabels en leidingen betreft, vindt er met de inwerkingtreding van de Omgevingswet inhoudelijk geen grote systeemwijziging plaats. Dat laat onverlet dat

er processueel het nodige gaat veranderen. Daar waar de rechtsbescherming voorheen behoorlijk ingewikkeld en versnipperd was, zal dat onder de Omgevingswet niet langer het geval zijn. Wat betreft de schadeloosstelling geldt dat de wetgever heeft bevestigd dat rechthebbers onverminderd recht hebben op volledige schadeloosstelling. Als kers op de taart krijgen rechthebbers bij commerciële ontwikkelingen waartoe een gedoogplicht wordt opgelegd jaarlijks een (extra) gebruiksvergoeding van 2% over de grondwaarde van de te gebruiken oppervlakte. Te denken valt dan aan zonneparken en andere commerciële energieprojecten. Alles overziend, is de Omgevingswet (in dit geval) ronduit een verbetering voor de ontvangende kant van gedoogplichten. Private partijen zullen daar vanwege de extra schadevergoedingsverplichtingen mogelijk anders over denken.

Over de auteur

Gert-Jan de Jager is advocaat bij Knepelhout te Rotterdam.

²⁹ <https://www.rijkswaterstaat.nl/wegen/wetten-regels-en-vergunningen/wetten-aanleg-en-beheer/belemmeringenwet-privaatrecht>.