

212. Gedoogplichten en de energietransitie

ROMÉE BESET EN STIJN BERNIS¹

De strijd om de grond en ruimte is in volle gang. De samenleving wil meer ruimte voor woningen, rivieren, ruimte voor de natuur, ruimte voor recreatie, nieuwe wegen, nieuwe bedrijventerreinen en ruimte voor duurzame energieprojecten. In deze bijdrage gaan wij in op de duurzame energieprojecten behorende bij de energietransitie² en de hierbij benodigde grond en ruimte. Daarbij geven wij aan de gedoogplichtprocedure van de Belemmeringenwet Privaatrecht meer bekendheid en zetten wij deze procedure af tegen de energietransitie met bijbehorende werken.

1. Inleiding

Nederland heeft zich als doel gesteld om de uitstoot van broeikasgassen te verminderen zodat kan worden voldaan aan het Klimaatakkoord³. De aan de energietransitie te verbinden (bouw)werken ('het werk') kenmerken zich als 'kleinschalig', zoals windmolens, warmtenetten, zonnepanelen en andere bovengrondse en ondergrondse infrastructuur en installaties. Met kleinschalig wordt bedoeld op de benodigde relatief geringe oppervlakte en de resterende bruikbaarheid van de grond. Als de aanleg niet onder de grond kan plaatsvinden, is boven de grond slechts een beperkte oppervlakte nodig en worden de bestaande gebruiksmogelijkheden niet onmogelijk gemaakt. De eerder genoemde strijd om de grond en ruimte speelt zich voornamelijk af boven de grond. In beginsel geschiedt de ontwikkeling van voornoemde 'werken' participierend, in de minnelijke sfeer en in goed overleg. Onderdeel van de strijd kan de inzet van grondbeleidsinstrumenten zijn die al dan niet op verzoek door de overheid kunnen worden ingezet als uiterst middel. Ten aanzien van de ontwikkeling van, vooral bovengrondse, 'werken' kan de overheid, wanneer aankoop of een regeling op een andere wijze niet lukt, het grondbeleidsinstrument van 'onteigening' inzet-

ten. Een ander – minder bekend – grondbeleidsinstrument is de 'gedoogplichtprocedure'. De in de Belemmeringenwet Privaatrecht (hierna te noemen: BP) opgenomen gedoogplichtprocedure vindt zijn oorsprong in de ondergrondse infrastructuur (kabels en leidingen) maar krijgt steeds vaker boven de grond toepassing, zoals bij bovengrondse hoogspanningstrajecten. De gedoogplichtprocedure leent zich voor ontwikkelingen waarbij uiteindelijk een onteigening (eigendomsontneming) als te zwaar kan worden bestempeld en eigendomsregulering meer voor de hand ligt. In deze bijdrage geven wij de gedoogplichtprocedure meer bekendheid en zetten wij deze procedure af tegen de energietransitie met bijbehorende werken.

2. Gedogen

Een gedoogplicht, in juridische zin beter gezegd: een gedoogbeschikking, is een grondbeleidsinstrument dat als uiterst middel door de overheid kan worden opgelegd in het kader van het algemeen belang. Het algemeen belang is datgene wat voor het welzijn van de samenleving in zijn geheel nuttig, gewenst en nodig is. Een gedoogbeschikking kan worden opgelegd wanneer met de eigenaar en/of andere rechthebbende⁴ in de minnelijke sfeer geen overeenstemming kan worden verkregen om activiteiten op, in, onder of boven hun grond te gedogen. De aard van de te gedogen activiteiten kan variëren, het kan gaan om de aanleg en instandhouding van een werk op andermans eigendom. Gedoogplichten zijn onder het huidige wettelijke stelsel in veel verschillende wetten opgenomen, zoals voor kabels en

1 De auteurs danken Claire Boels, projectleider energietransitie bij Gloudemans, voor haar inbreng.

2 De energietransitie betekent de overgang van stroom uit fossiele brandstoffen zoals gas, kernenergie en steenkolen naar volledig groene energie.

3 Het Klimaatakkoord is een initiatief van het kabinet en wordt voortgezet door het Energieakkoord vastgesteld door 47 partijen op 6 september 2013. Het Klimaatakkoord is een uitwerking van het Klimaatakkoord van Parijs. Daar heeft Nederland samen met 194 andere landen toegezegd te zorgen dat de aarde in 2050 niet meer dan 2 graden is opgewarmd. Anders dan het Energieakkoord, heeft het Klimaatakkoord één centraal doel: CO₂-reductie.

4 Beperkt gerechtigden zoals huurders of pachters.

leidingen in de BP, maar ook in andere wetten⁵ ten behoeve van spoorwegen, mijnbouw, zwemwater, natuurgebieden, scheepvaart, luchtvaart, landinrichtingen en sinds enkele jaren ook in de Waterwet en de Wet natuurbescherming.

Er zijn gedoogplichten waarvoor een procedure dient te worden gevoerd en gedoogplichten die van rechtswege (ex lege) gelden. Voor de toepassing daarvan is geen besluit van het bevoegd gezag nodig zoals voor activiteiten voor onderhoudswerk bij waterstaatswerken en wegen. Daar waar gedoogplichten thans zijn verankerd in verschillende wetten met verschillende procedures in het privaatrecht en publiekrecht, voorziet de Omgevingswet in een vergaande uniformering van de geldende regels voor gedoogplichten in het publiekrecht. Deze bijdrage beperkt zich voor wat betreft het bestaande stelsel tot de gedoogplichtprocedure op grond van de BP-procedure.

3. Eigendomsontneming versus eigendomsregulering

Voor opgelegde gedoogbeschikkingen geldt dat het eigendom kan worden behouden, maar het werk door de rechthebbende moet worden gedoogd. Anders dan bij een onteigeningsprocedure is er sprake van eigendomsregulering en geen eigendomsontneming. De gedoogplichtprocedure vertoont verwantschap met de onteigeningsprocedure in die zin dat het grondbeleidsinstrumenten zijn die als uiterst (dwang)middel kunnen worden ingezet wanneer minnelijk geen overeenstemming kan worden bereikt. Toepassing kan worden gegeven aan een door de overheid in te zetten gedoogplichtprocedure, al dan niet op verzoek van een derde partij aan de betrokken minister. Voordat wordt ingegaan op de gedoogbeschikking, de hieraan verbonden voorwaarden en de bijbehorende procedure, beschrijven wij eerst wat hieraan voorafgaat en moet gaan.

4. Minnelijke onderhandelingen

Het gedooginstrument kan worden ingezet aan het einde van het minnelijke overleg als ultimum remedium, als na voldoende pogingen geen overeenstemming kan worden verkregen. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Het is rechtmatig, gebruikelijk en gangbaar om eerst instemming te verkrijgen voordat 'een werk' wordt aangelegd. Om medewerking te krijgen en ter voorkoming van 'natrekking' van een te ontwikkelen werk tot het eigendom, zal er op enigerlei wijze een rege-

ling getroffen moeten worden.⁶ Van natrekking is sprake wanneer de eigenaar van een stuk grond zonder (juridische) overdracht eigenaar van een werk wordt, in of op de grond.⁷ Deze manier van eigendomsverkrijging kent twee verschillende vormen: horizontale en verticale natrekking. Verticale natrekking ziet toe op de verhouding tussen het grondeigendom en het eigendom van het werk, waarbij de grondeigenaar het werk 'natrekt' en eigenaar van grond en werk kan worden. Horizontale natrekking ziet op het werk in zijn geheel, waarbij het eigendom van het werk integraal aan elkaar verbonden over meerdere grondeigendommen, behouden blijft.⁸ De minnelijke onderhandelingen zien, omdat er geen sprake is van een (al dan niet gedeeltelijke) aan- of verkoop van de grond, niet toe op een te betekenen koopovereenkomst maar op een gebruiksovereenkomst of privaatrechtelijke regeling anderszins. Er zijn meerdere mogelijkheden om in de minnelijke sfeer een overeenkomst te sluiten. Het vestigen van een zakelijkrechtsovereenkomst (titel 8 van Boek 5 BW) is het meest gangbaar. Een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.

Andere mogelijkheden zijn het vestigen van een erfdiensbaarheid en/of het aangaan van een kwalitatieve verplichting. In een akte van vestiging en in de onderliggende zakelijkrechtsovereenkomst kunnen partijen (grondeigenaar en eigenaar van het werk) onder meer afspraken maken over gebruiksbepalingen.

Een gedoogplicht op grond van de BP wordt onder het huidige stelsel door de minister van Infrastructuur en Waterstaat opgelegd.⁹ Dat kan alleen wanneer er tussen degene wiens werk het aangaat en de eigenaar van de onroerende zaak geen overeenstemming wordt bereikt over de aanleg van het werk (art. 2 lid 5 BP). Degene wiens werk het aangaat, zal wel eerst een serieuze poging moeten doen om met de eigenaar tot overeenstemming te komen. Deze

5 Genoemd kan worden (niet limitatief): de Belemmeringenwet verordeningen, de Belemmeringenwet landsverdediging, de Waterstaatswet 1900, de Telecommunicatiewet, de Wet Milieubeheer, de Wet Luchtvaart, de Spoorwegwet, de Wet lokaal spoor, de Mijnbouwwet, de Wet inrichting landelijk gebied, de Scheepvaartverkeerswet, de Wet Luchtvaart en de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden.

6 In het verlengde hiervan kan ook de vraag worden gesteld tot hoe ver in de grond een regeling moet worden getroffen. Waar houdt het eigendom onder en boven de grond op? Het antwoord is (vrij abstract) terug te vinden in art. 5:21 BW. De bevoegdheid van de eigenaar van de grond om deze te gebruiken, omvat de bevoegdheid tot gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte. Het gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte is aan anderen toegestaan, indien dit zo hoog boven of zo diep onder de oppervlakte plaatsvindt, dat de eigenaar geen belang heeft zich daartegen te verzetten.

7 Natrekking is daarmee een bijzondere vorm van eigendomsverkrijging, enigszins vergelijkbaar met zaakvermenging, ook opgenomen in Boek 5 BW.

8 In het recht geldt de hoofdregel van de verticale natrekking. Het eigendom van de grond omvat mede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verbonden (art. 5:20 BW). Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen (art. 5 lid 1 onder 3 BW) in het geval een werk als een 'net' kan worden aangemerkt, krijgt horizontale natrekking toepassing (art. 5:20 lid 3 BW).

9 J.J. Dessing (hoofd Eenheid Bestuurlijk Juridische Zaken en Vastgoed van de Rijkswaterstaat Corporate Dienst), *Leidraden, De gedoogplichtprocedure ingevolge de Belemmeringenwet Privaatrecht*, Rijkswaterstaat, Bestuurlijk Juridische KaderReeks, maart 2008.

onderhandelingsplicht geldt ook voor de op grond van de Waterwet en Wet natuurbescherming op te leggen gedoogplichten.¹⁰ Lukt dat niet en komen partijen er niet uit, dan kan toepassing worden gegeven aan de gedoogbeschikking, althans als aan de voorwaarden is voldaan zoals in art. 1 BP tot uitdrukking gebracht.

5. Voorwaarden huidige stelsel

De BP is ontstaan op 13 mei 1927 en is enigszins gedateerd, zowel in taalgebruik als procedureel. Art. 1 van de BP is hieronder ter illustratie integraal opgenomen.

‘Wanneer ten behoeve van openbare werken:

die door het Rijk, door eene provincie of ingevolge het reglement voor de instelling door een waterschap, veenschap of veenpolder worden of zijn ondernomen,

die door Ons, Onze Minister die het aangaat of door provinciale staten onderscheidenlijk gedeputeerde staten krachtens de wet zijn bevolen, die door een waterschap, veenschap of veenpolder anders dan ingevolge het reglement voor de instelling of door eene gemeente worden of zijn ondernomen of zijn bevolen terwijl het openbaar belang door Ons of van Onzentwege is erkend,

die ingevolge eene door het openbaar gezag verleende concessie worden of zijn tot stand gebracht, terwijl het openbaar belang door Ons of van Onzentwege is erkend, of

van welke het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend,

een werk noodig is, waarvoor duurzaam of tijdelijk gebruik moet worden gemaakt van onroerende zaken, kan ieder, die enig recht heeft ten aanzien van die zaken, behoudens recht op schadevergoeding, worden verplicht te gedoogen, dat zoodanig werk wordt aangelegd en in stand gehouden, indien naar het oordeel van Onzen Minister van Waterstaat de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen en in het gebruik van de zaken niet meer belemmering wordt gebracht, dan redelijkerwijs voor den aanleg en de instandhouding van het werk noodig is.’

Ter bevordering van de leesbaarheid is het wetsartikel hieronder opgesplitst. Op grond van art. 1 van de BP kan:

- wanneer ten behoeve van openbare werken een werk nodig is, die ingevolge een door het openbaar gezag verleende concessie tot stand worden of zijn gebracht, terwijl het openbaar belang is erkend, of waarvan het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend;
- waarvoor duurzaam of tijdelijk gebruik moet worden gemaakt van onroerende zaken;

- ieder die enig recht heeft ten aanzien van die zaken, behoudens recht op schadevergoeding, worden verplicht te gedoogen dat zodanig werk wordt aangelegd en in stand gehouden;
- indien de belangen van de rechthebbenden naar het oordeel van de minister redelijkerwijs onteigening niet vorderen en in het gebruik van de zaken niet meer belemmering wordt gebracht, dan redelijkerwijs voor de aanleg en de instandhouding van het werk nodig is.

Een gedoogplicht kan worden aangevraagd door ondernemers van een openbaar werk (gas-, water- en elektriciteitsbedrijven en dergelijke) en overheden (waaronder waterschappen, gemeenten en provincies). De ondernemer van het werk is degene die het werk aangaat (art. 2 BP) en verantwoordelijk is voor de praktische uitvoering van het werk, de verzoeker.

5.1 Concessie en verklaring van openbaar belang

Gedoogplichten kunnen onder het huidige wettelijke stelsel worden ingezet op grond van de BP en in het geval van een waterstaatswerk op grond van de Waterwet en voor natuur op grond van de Wet natuurbescherming. Het huidige wettelijke stelsel op grond van de BP verlangt in voorkomende gevallen dat een concessie en/of verklaring van openbaar belang aanwezig is of wordt aangevraagd.¹¹ In de Leidraden BP van Rijkswaterstaat Corporate Dienst (hierna te noemen: Corporate Dienst) worden de procedures beschreven die leiden tot een koninklijk besluit tot concessieverlening en/of erkenning van het openbaar belang van werken. In de Omgevingswet is hoofdstuk 10 aan gedoogplichten gewijd. De eis van concessie en een verklaring van algemeen belang komt te vervallen. Naar verwachting wordt de procedure hierdoor toegankelijker. Dat betekent niet dat de overheid in elk geval een gedoogbeschikking zonder meer kan opleggen. De parallel met het instrument ‘onteigening’ is al in deze bijdrage aangehaald en speelt in de toetsing van de gedoogbeschikking een belangrijke rol.

5.2 De belangen van de rechthebbende(n) vorderen onteigening

De oplegging van een gedoogplicht is niet mogelijk als de belangen van de rechthebbende(n) onteigening vorderen. Uit jurisprudentie op grond van de BP en de Waterwet kunnen criteria worden afgeleid die er in grote lijnen op neerkomen dat de rechter een vergelijking maakt tussen de oppervlakte van de gronden waarop de gedoogplicht rust in verhouding tot het totale grondeigendom van de rechthebbende eigenaar. Daarnaast wordt de invloed van de belemmering op de bruikbaarheid van de overblijvende grondeigendom getoetst. Het betreft de zogenaamde ‘oppervlakte-eis’ en

¹⁰ Het is in dit verband interessant en verdient een eigen bijdrage hoe de onderhandelingen zich tot de verschillende wetten verhouden, ook in relatie tot het noodzaakcriterium bij een onteigening.

¹¹ Van belang is in dat kader dat ook warmtenetten bij wet zijn aangewezen als openbare werken. Voor de toepassing van de Belemmeringenwet Verordeningen en de Belemmeringenwet Privaatrecht worden werken, die worden of zijn uitgevoerd ten behoeve van de levering van warmte, aangemerkt als openbare werken van algemeen nut.

‘bruikbaarheids-eis’.¹² Vooral bij bovengrondse werken is het verstandig om voorafgaand aan de planvorming en onderhandelingen de hiervoor genoemde afweging alvast in acht te nemen en het grondbeleid hierop af te stemmen.

5.3 BP-Procedure

De huidige BP-procedure blinkt niet uit in eenvoud. De procedure duurt lang, is onoverzichtelijk, omslachtig en kent een aantal mogelijkheden tot rechtsbescherming bij verschillende rechters. De in de BP bedoelde plicht tot het gedogen van de aanleg en/of instandhouding van een openbaar werk kan alleen worden opgelegd door de minister van Infrastructuur en Waterstaat (hierna te noemen: minister van I&W).

De gedoogplichtprocedure, maar ook de voordracht van het erkenningsbesluit worden namens de minister van I&W uitgevoerd door de Corporate Dienst te Utrecht. De concessieverlening wordt uitgevoerd door het ministerie van Economische Zaken en Klimaat.

De indiening van het verzoek geschiedt bij de Corporate Dienst. Voldoende exemplaren van het verzoek worden na ontvangst door Corporate Dienst gezonden aan het desbetreffende college van Gedeputeerde Staten (hierna te noemen: het college van GS). Het college van GS bepaalt in overleg met de desbetreffende burgemeester de plaats, datum en tijdstip van de verplicht te houden zitting en doet daarvan mededeling aan de Corporate Dienst. Een exemplaar van het verzoek wordt door het college van GS gezonden aan de burgemeester van de betrokken gemeente, met het verzoek toepassing te geven aan publicatie en tervisielegging verzoek/kennisgeving aan rechthebbende. Na genoemde zitting, alwaar de mogelijkheid bestaat tot het indienen/verwoorden van schriftelijke/mondelijke bezwaren in de zin van de BP en het voeren van overleg tussen verzoeker en rechthebbende(n), wordt het verzoek, alsmede het advies van het college van GS daaromtrent door dit bestuursorgaan aan de Corporate Dienst toegezonden. De Corporate Dienst kan na de zitting afschriften van het advies van het college van GS, het uitgebrachte procesverbaal, eventueel ontvangen bezwaarschriften, alsmede het exemplaar van het verzoek, toezenden naar de minister, met het verzoek om zijn advies uit te brengen. Na ontvangst door de Corporate Dienst van de stukken beslist de minister van I&W omtrent oplegging van de gedoogplicht. De Corporate Dienst draagt zorg voor toezending van een afschrift van de gedoogplichtbeschikking aan de belanghebbenden. De burgemeester(s) van de betreffende gemeente(n) draagt zorg voor de terinzagelegging, na voorafgaande publicatie, bekendmaking en kennisgeving, van de gedoogplichtbeschikking zoals is bepaald in art. 4 lid 1 BP.

Een verdeling is te maken tussen de klassieke procedure en een 3:36a-Wro-procedure. Wordt voor een project de coördinatieprocedure toegepast, dan is art. 3.36a Wro van toepassing. Het verzoek aan de gemeente om uitvoering te geven aan het bepaalde in art. 2 lid 1, 2 en 3 BP geschiedt dan zonder tussenkomst van de provincie. Voor de overige gevallen is de klassieke procedure van toepassing. Op de voorbereiding van een BP-besluit bij deze procedure is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht van toepassing. In deze procedure worden een aantal stappen overgenomen door Gedeputeerde Staten en de gemeente waarin het betreffende perceel is gelegen.

De wijze waarop de rechtsbescherming is geregeld, is hieronder opgenomen.

Klassieke procedure:

- **Gerechtshof:** rechthebbenden kunnen, binnen een maand na terinzagelegging van de gedoogbeschikking, aan het gerechtshof binnen het gebied waar de onroerende zaken gelegen zijn vernietiging van die beslissing verzoeken. Het met redenen omklede verzoekschrift moet worden ingediend door een procureur.
- **Bezwaarschrift:** rechthebbenden kunnen binnen een termijn van zes weken, aanvangende met de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze aan hen is bekend gemaakt, een bezwaarschrift tegen de beschikking indienen. Het bezwaarschrift moet worden gericht aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat.
- **Beroep tegen beslissing op bezwaar:** op grond van de Algemene wet bestuursrecht kunnen belanghebbenden binnen zes weken na de dag van verzending van dit besluit beroep instellen bij de sector bestuursrecht van de rechtbank.

3:36a-Wro-procedure:

- **Beroep:** rechthebbenden kunnen, binnen zes weken na ontvangst van het gedoogbesluit, rechtstreeks beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtsgang naar het gerechtshof komt dan te vervallen.
- **Voorlopige voorziening:** gedurende zes weken na toezending van de gedoogbeschikking kan een verzoek om een voorlopige voorziening worden ingediend. Om een verzoek om een voorlopige voorziening tot schorsing van het werk in te kunnen dienen, dient eerst bezwaar te worden aangetekend.

Na het opleggen van de gedoogplicht kan de eigenaar of rechthebbende de schade of een dispuut hierover aanhangig maken bij de kantonrechter. De eigenaar moet hiervoor zelf een vordering instellen bij de kantonrechter. Via de Waterwet en de Wet natuurbescherming kan nadeelcompensatie worden gevorderd.

¹² O.a.: ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4326, ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2015:1991, ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2015:2592, en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719.

5.4 Uitvoerbaar bij voorraad

De beslissing tot het opleggen van een gedoogplicht kan in twee delen uiteen vallen, namelijk de beslissing tot de oplegging van de gedoogplicht en de beslissing tot het bij voorraad uitvoerbaar verklaren van die plicht. Deze laatste beslissing houdt in, dat de ondernemer van een werk met de uitvoering daarvan niet hoeft te wachten totdat de gedoogplicht onherroepelijk is.

6. Stelsel onder Omgevingswet

De gedoogplichtprocedure vindt onder de Omgevingswet, voor wat betreft alle gedoogplichten in navolging van de Waterwet en Wet Natuurbescherming, volledig in het publiekrecht plaats. De huidige procedure op grond van de BP is, zoals te lezen in deze bijdrage, gedateerd, onoverzichtelijk, duurt lang, procedureel omslachtig en wordt overwegend in het privaatrecht gevoerd en ook door civiele rechters in onderdelen getoetst. Er is sprake van een verbrokken geheel.¹³

In de Omgevingswet is hoofdstuk 10 aan gedoogplichten gewijd. De schadevergoedingsregels uit het omgevingsrecht, waaronder die voor gedoogplichten, worden vastgelegd in hoofdstuk 15. De procedureregels zijn opgenomen in hoofdstuk 16. In de memorie van toelichting van de Omgevingswet is aangegeven dat het ongewenst zou zijn als provincies en gemeenten een gedoogplicht zouden kunnen opleggen, gelet op het ingrijpende karakter ervan.¹⁴ Onder de Omgevingswet is voorzien in een uniform stelsel van rechtsbescherming. Indien gemeenten, waterschappen en provincies de mogelijkheid hebben om zelf ook gedoogplichten te regelen, zou de uniformiteit van het stelsel potentieel in het gedrang komen. De Omgevingswet noch de Invoeringswet Omgevingswet biedt een expliciete wettelijke grondslag voor (het opleggen van) gedoogplichten anders dan hoofdstuk 10 van de Omgevingswet. De bij beschikking op te leggen gedoogplichten kunnen op verzoek van de initiatiefnemer tot een werk of – indien het bevoegd gezag zelf initiatiefnemer is – ambtshalve worden opgelegd. In veel gevallen is de minister van I&W bevoegd gezag, waarmee wordt aangesloten bij de gang van zaken onder de BP. Conform de huidige regeling in de Waterwet is de beheerder van een waterstaatswerk het bevoegd gezag voor gedoogplichten voor waterstaatswerken. De gedoogplichten voor archeologie en defensie worden opgelegd door respectievelijk de minister van OCW en de minister van Defensie. Afdeling 10.3 Omgevingswet regelt de bij beschikking op te leggen gedoogplichten.

Op grond van art. 10.11 Omgevingswet kan een gedoogplicht worden opgelegd als voor een werk van algemeen belang:

- 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 ontgenging niet vorderen.

De beschikking vermeldt verder of het gaat om een gedoogplicht voor bepaalde of onbepaalde tijd. Bovendien kan voortaan in de beschikking worden opgenomen dat bepaalde activiteiten rondom het werk waarvoor de gedoogplicht geldt niet zijn toegestaan zonder toestemming van de initiatiefnemer. Net als onder de BP geldt dat de rechthebbende kan verzoeken om wijziging van de locatie van het werk binnen de desbetreffende onroerende zaak. De gedoogplicht treedt, behalve als de vereiste spoed bij een gedoogplicht voor archeologie zich daartegen verzet, op zijn vroegst in werking vier dagen na de bekendmaking daarvan. Net als in het huidige stelsel wordt de gedoogplicht ingeschreven in de openbare registers op grond van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken en zijn rechtsopvolgers ook aan de gedoogplicht gebonden.¹⁵

De bundeling van alle gedoogplichten in één wet en een gelijklopende vereenvoudigde procedure lijkt de weg vrij te maken voor veelvuldige toepassing, onder andere ten behoeve van de energietransitie, hetgeen hierna toelichting krijgt.

7. Energietransitie

Het doel van het Klimaatakkoord is om CO₂-neutraal te zijn in 2050.¹⁶ Bestaande fossiele bronnen van elektriciteit worden vervangen door de hernieuwbare bronnen wind, zon, biomassa en water.

Warmtebronnen worden gezocht of aangelegd zodat wijken en gebouwen van het aardgas af kunnen. Een groot deel van de hiervoor beschreven werken krijgen onder de grond

15 Nieuw in de Omgevingswet is een eenduidige regeling van de eigendomspositie van op grond van een gedoogplicht aangelegde werken. Met een gedoogplicht wordt geen opstalrecht verkregen door de initiatiefnemer en dus wordt de eigenaar van de grond door natrekking in beginsel ook eigenaar van de aangelegde werken. Voor werken die onderdeel uitmaken van een net bood art. 5:20 lid 2 BW al 'uitkomst' en is horizontale natrekking verdedigbaar. In art. 10.28 Omgevingswet is bepaald dat art. 5:20 lid 2 BW van toepassing is op werken van algemeen belang die met toepassing van een gedoogplichtbeschikking worden aangelegd, in stand gehouden, gewijzigd of verplaatst.

16 Dertig energieregio's in Nederland onderzoeken waar en hoe het best duurzame elektriciteit op land (wind en zon) opgewekt kan worden. Maar ook welke warmtebronnen te gebruiken zijn, zodat wijken en gebouwen van het aardgas af kunnen. In een Regionale Energiestrategie (RES) beschrijft elke energieregio zijn eigen keuzes. Het Nationaal Programma RES ondersteunt de regio's bij het maken van de RES'en door kennis te ontwikkelen en te delen, procesondersteuning te bieden en een lerende community te faciliteren. Daarnaast verbindt ze partijen, agendeert knelpunten en signaleert koppelkansen om de ambities te kunnen verwezenlijken.

13 Zie ook: H. Zeilmaker & J.W.M. Hagelaars, 'Gedoogplichten nu en straks; wat verandert er in de Omgevingswet', BR 2018/1, januari 2018.

14 Kamerstukken II 2013/14, 33962 nr. 3.

uitwerking. De ondergrond kan bijdragen aan de voorziening van hernieuwbare warmte en koude in de gebouwde omgeving in de vorm van opslag (warmte-koude-opslag) en geothermie. De ondergrond biedt mogelijkheden voor de opslag van CO₂ en energiedragers als stikstof, waterstof, perslucht en tijdelijke opslag van warmte in grondwaterlagen. Voor al deze activiteiten zijn ook bovengrondse installaties nodig en boringen naar de (diepe) ondergrond. Leidingen in de toplaag van de ondergrond zorgen voor transport naar het afzetgebied. Daarnaast is verzwaring van het ondergrondse elektriciteitsnet nodig als gevolg van een toename van bovengronds opgewekte energie, zoals windenergie, zonne-energie en warmtepompen. De uitwerking van de energietransitie vraagt kortom om een driedimensionale ordening waarbij ondergrond en bovengrond in samenhang van belang zijn. De aan de energietransitie te koppelen werken worden overwegend ondergronds aangelegd en zijn bovengronds veelal kleinschalig van aard. Gedoeld wordt op de benodigde oppervlakte en resterende bruikbaarheid van de grond. Te verwachten is dat voor de energiewerken in de meeste gevallen de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen en een gedoogplicht – indien de noodzaak daartoe noopt – meer in de rede ligt. De gedoogplichtprocedure lijkt bij uitstek een geschikt instrument om in te zetten ten behoeve van de energietransitie.

8. Conclusie

Wij verwachten dat het grondbeleidsinstrument van de ‘gedoogplichtprocedure’ in relatie tot energieprojecten en

werken meer ingezet gaat worden. De procedure is onder het huidige stelsel in meerdere wetten verbrokkeld verankerd en krijgt onder de Omgevingswet vereenvoudigd volledig plaats in het publiekrecht, inclusief bijbehorende rechtsbescherming. De gedoogplichtprocedure op grond van de BP geniet op dit moment weinig bekendheid en nodigt, gezien de onoverzichtelijkheid, omslachtigheid en lange duur, ook niet uit om in te zetten. Een gedoogplicht wordt onder de Omgevingswet op verzoek, na een bestuursrechtelijke procedure en na een toetsing door de desbetreffende minister, opgelegd. Onder het nieuwe stelsel is hiervoor geen verklaring van algemeen belang en/of concessie meer nodig. Onze verwachting is dat de gedoogplichtprocedure korter van duur is en toegankelijker zal zijn en dientengevolge vaker zal worden ingezet en om die reden meer bekendheid krijgt. In relatie tot de werken behorende tot de energietransitie waarbij met eigendomsregulering kan worden volstaan, zien wij in de gedoogplichtprocedure een bruikbaar instrument waarvan dankbaar gebruik kan worden gemaakt om een goede start te maken om de klimaatdoelstellingen te bereiken.

Dit artikel is afgesloten op 13 juli 2021.

Over de auteurs

R. (Romée) Beset LLB

Jurist bij Gloudemans.

Mr. S. (Stijn) Berns MRICS RT

Jurist/taxateur bij Gloudemans.