

# Gedoogplichten onder de Omgevingswet

Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht 2024

mr. G.J.M. de Jager<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In dit preadvies ga ik in op gedoogplichten onder de Omgevingswet (hierna: Ow) die op 1 januari 2024 van kracht is geworden. In de Ow zijn alle gedoogplichten gebundeld in hoofdstuk 10 Ow.<sup>2</sup> In hoofdstuk 10 Ow wordt onderscheid gemaakt in gedoogplichten die van rechtswege gelden (afdeling 10.2 Ow) en gedoogplichten die bij beschikking moeten worden opgelegd (afdeling 10.3 Ow). Ik zal in dit preadvies in het bijzonder stilstaan bij die gedoogplichten die agrariërs raken. Een belangrijk thema daarbij is de vraag wanneer kan worden volstaan met een gedoogplicht en wanneer (in plaats daarvan) onteigening moet volgen. Bij de van rechtswege geldende gedoogplichten speelt die vraag (als uitgangspunt) niet. Met die categorie zal hierna worden begonnen. Vervolgens zal ik stilstaan bij de bij beschikking op te leggen gedoogplichten. Daarna bespreek ik de schade- en retributievergoedingen en het overgangsrecht. Ik zal eindigen met enkele opmerkingen over de kenbaarheid van gedoogplichten en een conclusie.

## 2. Van rechtswege geldende gedoogplichten

Gedoogplichten van rechtswege volgen rechtstreeks uit de wet en hoeven dus niet met een apart besluit aan een rechthebbende te worden opgelegd. In totaal zijn er zeventien soorten gedoogplichten van rechtswege in afdeling 10.2 Ow opgenomen.

De van rechtswege geldende gedoogplichten zijn (sterk verkort weergegeven) de volgende:

- Onderhoud en herstel wegen en waterstaatswerken c.a. (artikel 10.2 Ow);
- Onderhoud oppervlaktewaterlichamen<sup>3</sup> en grond-wateronttrekkingen/-infiltraties (artikel 10.3 Ow)<sup>4</sup>;
- Betreden plaatsen ten behoeve van waterbeheer en watersystemen (10.5 Ow);
- Onderhoud gesloten stortplaats (artikel 10.6, eerste lid, Ow);
- Preventieve of herstelmaatregelen vanwege (op-tredende) milieuschade (artikel 10.6, tweede lid, Ow);
- Plaatsen elektronische, meteorologische en andere hulpmiddelen op een luchthaven ten behoeve van het KNMI (artikel 10.7 Ow);

<sup>1</sup> Gert-Jan de Jager is advocaat bij Kneppelhout.

<sup>2</sup> Alleen de gedoogplichten uit de Telecommunicatiewet zijn niet meeverhuisd naar de Ow. Die gedoogplichten blijven geregeld in hoofdstuk 5 Telecommunicatiewet.

<sup>3</sup> Terug van weggeweest (ten opzichte van artikel 5.23 Waterwet (oud)) is artikel 10.3, tweede lid, Ow, inhoudende dat gronden die zijn gescheiden van het oppervlaktewaterlichaam vanwege een weg of door een grondstrook die te smal is om het maaisel of de specie te ontvangen, toch worden aangemerkt als gronden die maaisel of specie moeten ontvangen. Deze bepaling stond in de een van de voorlopers van de Waterwet: de Waterstaatswet 1900. Omdat er in de praktijk sinds 22 december 2009 (inwerkingtreding Waterwet) een enkele keer discussie is ontstaan tussen het waterschap en de rechthebbende van gronden gescheiden van het oppervlaktewaterlichaam door fysieke belemmeringen of een strook grond, over het al dan niet ontvangen van specie en maaisel, was het nodig de duidelijkheid hierover weer bij de wet te scheppen, aldus *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, pag. 520.

<sup>4</sup> De rechthebbenden moeten ten minste 48 uur voordat de beheerder aan de slag gaat met de werkzaamheden als bedoeld in de artikelen 10.2 en 10.3, eerste lid, Ow (onderhoud wegen, waterstaatswerken en onderhoud oppervlaktewaterlichamen) worden geïnformeerd. Dit is enkel anders als er sprake is van spoedwerkzaamheden, zo volgt uit artikel 10.4 Ow.

- Doorsnijden van infrastructuur door een hoofdspoorweg of lokaal spoor (artikel 10.8 Ow)
- Opsporen van CO<sub>2</sub>-opslagcomplexen, delfstoffen of aardwarmte op een diepte van meer dan 100 meter (artikel 10.9 Ow);
- Aanbrengen en in stand houden van tekens voor zwemwater (artikel 10.10 Ow);
- Treffen tijdelijke beschermingsmaatregelen om de gevolgen van een toevalsvondst van verontreiniging op of in de bodem te voorkomen of beperken (artikel 10.10a Ow)<sup>5</sup>;
- Verrichten feitelijke handelingen ter uitvoering van beheersmaatregelen in Natura 2000-gebieden en bijzondere nationale natuurgebieden (artikel 10.10b Ow) Ow)<sup>6</sup>;
- Verrichten van graaf-, meetwerkzaamheden en waarnemingen ter voorbereiding van een landinrichting (artikelen 10.10c en 10.10d Ow);
- Verrichten van werkzaamheden in het kader van een landinrichting aan wegen, waterstaatswerken en gebieden vanuit een oogpunt van natuurbescherming en landschapsbehoud c.a. (artikel 10.10e Ow);
- Uitvoeren van inrichtingswerkzaamheden in een herverkavelingsblok (ook op percelen die tijdelijk in gebruik zijn gegeven (artikelen 10.10f en 10.10g Ow);
- Verrichten van graaf- en meetwerkzaamheden/aanbrengen van meettekens voor een beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer van de fysieke leefomgeving waarvoor kan worden onteigend (artikel 10.10h Ow).<sup>7</sup>

### 3. Bij beschikking opgelegde gedoogplichten

In afdeling 10.3 (paragraaf 10.3.2) Ow zijn de gedoogplichten opgenomen die bij beschikking moeten worden opgelegd. Het betreft in totaal dertien

soorten gedoogplichten voor verschillende doeleinden. Het gaat (onder meer) om de volgende:

- Voorbereiden en tot stand brengen of opruimen van werken voor hoofd- en lokale spoorwegen, infrastructuur voor productie en distributie van drinkwater en transport van afval-, hemel- of grondwater (artikel 10.13, eerste lid jo. 10.20 Ow);
- Voorbereiden en tot stand brengen of opruimen van primaire keringen (Rijk en waterschap) (artikel 10.13, eerste lid, onder c en tweede lid jo. 10.20 Ow)<sup>8</sup>;
- Doen van onderzoek naar een in te richten stortplaats en het verrichten van onderzoek in het kader van nazorg voor de bodem (artikelen 10.13a en 10.13b Ow)
- Voorbereiden en tot stand brengen (of opruimen) van werken voor energie (elektriciteit, windpark, gas, kernenergie en warmte) en mijnbouw (artikelen 10.14 en 10.20 Ow);
- Aanleggen of wijzigen van een waterstaatswerk en daarmee verband houdende activiteiten (artikel 10.17, tweede lid, onder b, Ow)<sup>9</sup>;
- Verrichten van allerhande onderzoeken, zoals onderzoeken in verband met voorgenomen wateractiviteiten (artikel 10.17, eerste lid en tweede lid onder a, Ow), ontgrondingen (artikel 10.16 Ow), luchtkwaliteit (artikel 10.18 Ow) verontreiniging van de bodem (artikel 10.21a Ow) of archeologisch onderzoek (artikel 10.19 Ow).
- Tot stand brengen of opruimen van werken voor de uitvoering van defensietaken (artikel 10.19a Ow);
- Beperken populatie van (uiteemse) dieren- en plantensoorten op grond van een flora- en fauna-activiteit dan wel op grond van delen uit de artikelen 2.18 en 2.19 Ow<sup>10</sup>;
- Tot stand brengen of opruimen van een ander werk van algemeen belang, als het belang van de openbare veiligheid, het belang van het beschermen van de fysieke leefomgeving, zwaarwegende

5 Bijlage bij artikel 1.1 Ow kent de volgende definitie van wat voorheen onder de Wet bodembescherming een 'geval van (ernstige) verontreiniging' heette: "De toevalsvondst van verontreiniging op of in de bodem: onverwachte vondst van verontreiniging op of in de bodem met onaanvaardbare risico's voor de gezondheid als gevolg van blootstelling aan die verontreiniging". Volledigheidshalve meld ik nog dat ook bij archeologische vondsten onder de Omgevingswet van 'toevalsvondsten' wordt gesproken.

6 Voorbeelden van bijzondere nationale natuurgebieden zijn de wetlands: Waddenzee, IJsselmeergebied en de Biesbosch. Dat zijn ook Natura 2000-gebieden, maar de begrenzing van de hier bedoelde bijzondere nationale natuurgebieden is meestal iets ruimer dan de begrenzing als Natura 2000-gebied.

7 Uit artikel 11.5, eerste lid, Ow volgt dat een onteigeningsbeschikking kan worden gegeven als Een onteigeningsbeschikking kan alleen worden gegeven in het belang van het ontwikkelen, gebruiken of beheren van de fysieke leefomgeving, vandaar de in dit artikel 10.10h Ow gebruikte terminologie.

8 De gedoogplicht uit artikel 10.20 Ow (gedoogplicht vanwege het maken van een ontwerp van (onder meer) een waterstaatswerk) was onder oud recht een van rechtswege geldende gedoogplicht. Hetzelfde geldt voor de (verder niet opgesomde) gedoogplicht onder 10.19a Ow (gedoogplicht defensiewerken).

9 Dit is exact gelijk aan de tekst van artikel 5.24 Waterwet (oud).

10 Deze gedoogplicht staat in zoverre los van de andere gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd. Deze gedoogplicht staat niet in afdeling 10.3 Ow en wordt in zoverre dus ook niet als een werk van algemeen belang gezien.

economische belangen of zwaarwegende andere maatschappelijke belangen dit rechtvaardigen (artikel 10.21 Ow).

#### 4. De vangnetbepaling en het wegvallen van de concessie en/of het erkenningsbesluit

De laatste bepaling is bedoeld als een vangnetbepaling. De bepaling geeft de minister van Infrastructuur en Waterstaat de bevoegdheid aan een rechthebbende een gedoogplicht op te leggen voor het tot stand brengen of opruimen van een werk van algemeen belang dat *niet* genoemd is in de opsomming van bij beschikking op te leggen gedoogplichten in paragraaf 10.3.2 Ow.

Voorwaarde voor het (kunnen) opleggen van deze gedoogplicht is dat dit wordt gerechtvaardigd door:

- het belang van de openbare veiligheid;
- het belang van het beschermen van de fysieke leefomgeving;
- zwaarwegende economische belangen of;
- zwaarwegende andere maatschappelijke belangen.

Met de vangnetbepaling worden de mogelijkheden voor het verkrijgen van een gedoogplicht verruimd. Onder de Ow kan daarmee immers een gedoogplicht worden verkregen voor andere gevallen dan die expliciet in de wet zijn genoemd. Wel moet het opleggen van een gedoogplichtbeschikking worden gerechtvaardigd door één van de voornoemde belangen. Dat vraagt om een deugdelijke motivering door de minister.

De Belemmeringenwet Privaatrecht (hierna: BP (oud)) had (als enige bijzondere wet) nog een bijzonderheid in zich die met de Ow is komen te vervallen. Dat betrof de verplichting in die wet tot het eerst moeten hebben van een concessie en/of een erkenningsbesluit, wilde vervolgens een gedoogplicht kunnen worden opgelegd. Zo een concessie of erkenningsbesluit moest worden verleend als het algemeen belang van het werk waarvoor een gedoogplicht werd aangevraagd, niet bij wet was erkend. Dat systeem kennen we onder de Ow niet meer. Onder de Ow is de vangnetbepaling het sluitstuk.

Voor werken waarvan het algemeen belang niet al in de Ow is erkend, wordt de erkenning van het algemeen belang geïntegreerd in de gedoogplichtbe-

schikking. Dit betekent dat voor een werk waarvoor niet bij wet (in de artikelen 10.13 tot en met de artikelen 10.20 en 10.21a Ow) is vastgelegd dat het een werk van algemeen belang is, de vangnetbepaling uit artikel 10.21 Ow moet worden toegepast. In de procedure tot het nemen van een gedoogplichtbeschikking moet in dat geval eerst de voorvraag worden beantwoord: wordt het opleggen van een gedoogplicht gerechtvaardigd door de belangen die hiervoor zijn opgesomd? Het besluit dat er sprake is van een werk van algemeen belang én het besluit tot het opleggen van gedoogplicht worden onder de Ow in één appellabel besluit vevat en dat is winst ten opzichte van de situatie onder de BP (oud), waarbij dat twee afzonderlijke besluiten waren.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat artikel 10.21 Ow bedoeld is als een toekomstbestendig instrument. Het moet de deur openzetten voor technologische en innovatieve ontwikkelingen.<sup>11</sup> Omdat initiatiefnemers niet enkel overheden zijn, biedt deze bepaling ruimte aan particuliere initiatieven, waarbij (het gebruik van) een relatief geringe hoeveelheid grond benodigd is en de inzet van het onteigeningsinstrument als een te ingrijpend (kostbaar) middel wordt gezien. Met de nieuwe, eenvoudigere procedure zal er ook sneller voor dit middel worden gekozen, is dus de verwachting van de wetgever en dat lijkt me op zich terecht. Hierna zal nog blijken dat dergelijke initiatiefnemers een gebruiksvergoeding zullen moeten geven aan de rechthebbenden van de benodigde percelen, dus dat maakt dergelijke initiatieven wellicht minder aantrekkelijk, maar in de basis zal het middel zeker kunnen worden aangegrepen.

#### 5. Procedurele regels rond en inhoud van bij beschikking opgelegde gedoogplichten

De afzonderlijke, bij beschikking op te leggen gedoogplichten voor werken spreken steeds over een gedoogplicht die wordt opgelegd voor ‘het tot stand brengen of opruimen van een werk van algemeen belang’. Uit artikel 10.1 Ow (begripsbepalingen) blijkt dat het begrip ‘tot stand brengen’ ruim moet worden uitgelegd. Hieronder valt: “het aanleggen, in stand houden, wijzigen, verplaatsen of uitvoeren van het werk”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, pag. 529.

<sup>12</sup> Onder het in stand houden valt dus ook het moeten gedogen van onderhoud en reparatie; daar zal in de meeste gevallen een gedoogplicht van rechtswege voor gelden (zie bijvoorbeeld de artikelen 10.2 en 10.3 Ow die gaan over het onderhoud aan waterstaatswerken en

Artikel 10.12 Ow bepaalt dat het opleggen van een gedoogplicht op grond van afdeling 10.3 Ow plaatsvindt op aanvraag van de initiatiefnemer. De initiatiefnemer is in artikel 10.1 Ow gedefinieerd als ‘degene onder wiens verantwoordelijkheid een werk van algemeen belang waarvoor de gedoogplicht wordt opgelegd, tot stand wordt gebracht of wordt opgeruimd’. Dat kunnen overheden zijn, maar ook private ondernemingen, zoals telecombedrijven, drinkwaterbedrijven en energieondernemingen.

Als de initiatiefnemer zelf bevoegd is om voor het werk van algemeen belang een gedoogplicht op te leggen, kan de gedoogplicht ambtshalve opgelegd worden. Het bevoegd gezag hoeft dus geen aanvraag bij zichzelf in te dienen en dat spreekt ook vanzelf.

Voor de inhoud van de gedoogbeschikking stelt artikel 10.22 Ow enkele regels. Naast de specificatie van de onroerende zaak, het werk, de te verrichten activiteiten, de plichten van de rechthebbende en de rechten van de initiatiefnemer, dient in de gedoogbeschikking expliciet te worden vermeld of deze voor onbepaalde of bepaalde tijd gelden. Dit laatste punt leverde naar oud recht wel eens discussie op en die discussie is met de huidige wettelijke regeling beslecht, zoals hiervoor ook al geconstateerd.

Verder legt artikel 10.22, vierde lid, Ow duidelijk vast dat aan de gedoogbeschikking (beperkende) voorschriften kunnen worden verbonden. Tot slot is in artikel 10.22, derde lid, Ow bepaald dat, indien het algemeen belang dat vereist, in de beschikking een gebied kan worden opgenomen rondom het werk, waarin bepaalde in de beschikking te noemen activiteiten *niet* zijn toegestaan (bijvoorbeeld bouwen of graven) zonder voorafgaande toestemming van de initiatiefnemer. Dat is een waardevolle aanvulling, omdat de oude wettelijke regelingen rond de gedoogplichten die bevoegdheid niet benoemden. Dat gaf (dus) aanleiding voor discussie en ook op dat punt heeft de wetgever duidelijkheid willen geven. (Extra) beperkingen als deze zijn overigens op geld waardeerbaar en de waardevermindering die ervan het gevolg is, zou daarom ook (als uitgangspunt) voor vergoeding in aanmerking moeten komen.

oppervlaktewaterlichamen).

13 ABRS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3222, *JM* 2023/128 m.nt. R. Olivier, *JB* 2023/200, *JOM* 2024/70, *JIN* 2024/17, m.nt. J.H. Roelfsema, *M en R* 2024/7 m.nt. P. Mendelts.

14 Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2554) is een bestuurlijk rechtsoordeel in de regel geen besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb.

15 Zie ook: mr. F.A. Mulder, mr. H.A. Bijkerk en mr. C.C. Corsten, ‘Gedoogplichten onder de Omgevingswet’, *LTB* 2023/55.

## 6. Afbakening gedoogplichten van rechtswege en bij beschikking opgelegde gedoogplichten

Mocht een rechthebbende overigens van mening zijn dat ten onrechte een beroep wordt gedaan op een gedoogplicht van rechtswege (bijvoorbeeld omdat niet volledig wordt voldaan aan de criteria die zijn gesteld in het artikel waarin de gedoogplicht van rechtswege is omschreven), dan heeft de rechthebbende enkele mogelijkheden.

Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 23 augustus 2023 volgt dat de rechthebbende dit handelen bij de burgerlijke rechter zal moeten aanvechten.<sup>13</sup> Een aankondiging van een bestuursorgaan dat het van een gedoogplicht van rechtswege gebruik zal maken en dus dat het feitelijke handelingen gaat verrichten op gronden van de rechthebbende, is als zodanig geen besluit. Het brengt immers geen rechtsgevolg tot stand. Dat rechtsgevolg volgt al direct uit de wet. Of aan de in de wet gestelde criteria om gebruik te mogen maken van de gedoogplicht is voldaan, is een tweede. Dat is een bestuurlijk (rechts)oordeel. In het hier besproken geval ging dat het om het moeten gedogen van maatregelen tot instandhouding van een Natura 2000-gebied (artikel 2.6 Wet natuurbescherming). Of die maatregelen tot dat doel strekten, hield een bestuurlijk (rechts)oordeel in, aldus de Afdeling, maar dat oordeel was niet appellabel.<sup>14</sup> Dit was in het bijzonder niet het geval, omdat via de bestuursrechtelijke weg niet kon worden bereikt wat via de civielrechtelijke weg wel kon worden bereikt. In het bestuursrechtelijke spoor kon slechts een antwoord worden verkregen op de vraag of het in de aankondiging vervatte bestuurlijk oordeel juist was. Zo dit wel het geval was, kon de Afdeling de inbreuk op het eigendomsrecht van de rechthebbende niet op rechtmatigheid toetsen. Dat was immers geen onderdeel van het besluit dat bij de Afdeling voor zou komen te liggen.<sup>15</sup>

Toch is er ook een bestuursrechtelijke weg die een rechthebbende ten dienste staat om een oordeel te krijgen over de vraag of een bestuursorgaan zich terecht beroept op een gedoogplicht van rechtswege.

Een voorbeeld is te vinden in de uitspraak van de Afdeling van 25 augustus 2021.<sup>16</sup>

Het dagelijks bestuur van het waterschap had de rechthebbende in die zaak laten weten dat er onderhoud zou worden gepleegd aan een bij hem in eigendom zijnd waterstaatswerk (secundaire waterkering). Artikel 5.23 Waterwet (oud) had een gedoogplicht van rechtswege in zich tot het gedogen van onderhoudswerkzaamheden aan waterstaatswerken (nu artikel 10.17 Ow). De rechthebbende was het daarmee niet eens en diende bij het dagelijks bestuur van het waterschap een handhavingsverzoek om preventief handhavend op te treden tegen zichzelf, zolang voor deze onderhoudswerkzaamheden niet was voorzien in een projectplan ex artikel 5.4, eerste lid, Waterwet (oud). Tot in hoogste instantie is gesproken over de vraag of de onderhoudswerkzaamheden moesten worden gezien als een verandering van de normatieve toestand van de waterkering (zijnde het criterium uit artikel 5.4, eerste lid, Waterwet (oud)). Dat bleek niet het geval te zijn, waarmee de gedoogplicht van rechtswege jegens deze rechthebbende inderdaad gold. Uit de net besproken Afdelingsuitspraak van 2023 volgt inmiddels ook dat, zou het dagelijks bestuur de gedoogplicht van rechtswege hangende de behandeling van het handhavingsverzoek hebben geëffectueerd, voor deze rechthebbende de gang naar de civiele voorzieningenrechter had opengestaan. Dat die ruimte/route er is, is mijns inziens ook terecht.

Bestuursrechtelijk had deze rechthebbende enkel de mogelijkheid een schorsingsverzoek in te dienen van het besluit tot weigering van handhavend optreden. De toepassing van de gedoogplicht van rechtswege lag immers in die procedure niet voor (geen appellaal besluit). Het net bedoelde schorsingsverzoek had hem niet hetzelfde resultaat kunnen brengen als een kort geding bij civiele rechter. In de schorsingsprocedure ligt dan immers enkel de rechtmatigheid van de beslissing tot weigering van het handhavingsverzoek voor. Daargelaten of de schorsing van een weigering ergens toe kan leiden (er was niets en met een schorsing van niets is er nog steeds niet), kan de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter hooguit aandachtspunten meegeven aan het bestuursorgaan omtrent het weigeringsbesluit. Die aanwijzingen maken ech-

ter nog niet dat de effectuering van de gedoogplicht van rechtswege wordt belet. Daarover kan dan enkel een civiele voorzieningenrechter oordelen.

## 7. Criteria voor (het opleggen van) gedoogplichten onder de Ow

De criteria voor (het opleggen van) gedoogplichten zijn onder de Ow niet of nauwelijks gewijzigd ten opzichte van het recht dat tot 1 januari 2024 gold. Voor gedoogplichten van rechtswege geldt dat in de bepaling zelf criteria worden gesteld c.q. wordt omschreven wanneer de gedoogplicht van toepassing is (zie de artikelen 10.2 tot en met 10.10h Ow). De teksten van deze artikelen zijn niet in alle gevallen exact hetzelfde als in de bestaande wetgeving, maar zijn op hoofdlijnen wel hetzelfde.<sup>17</sup>

De toepassingscriteria voor het opleggen van een gedoogplicht bij beschikking zijn opgenomen in artikel 10.11 Ow. Een gedoogplicht kan bij beschikking worden opgelegd als voor een werk van algemeen belang:

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

Deze vier criteria volgen grotendeels de criteria uit de BP (oud) en gelden vanwege de verwijzing naar de term ‘werk van algemeen belang’ naar alle gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd (zie artikel 10.1, onder b, Ow). Dit betekent dat de bestaande jurisprudentie van de bestuursrechter en de gerechtshoven over deze criteria dus relevant zullen blijven onder de Ow.<sup>18</sup>

De criteria in de onderdelen a., c. en d. zijn gelijklopend aan die uit de BP (oud).<sup>19</sup> Uit de criteria onder

16 ABRS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1912, *M en R* 2022/31, m.nt. J. Kramer

17 Zie voor dit onderdeel ook mijn artikel in *TvAR* 2023/6, pag. 387 e.v.

18 Zie ook: prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans, ‘Gedogen getoets’, *LTB* 2013/33 en mr. F.A. Mulder en mr. C.C. Corsten, ‘Gedoogplichten en de energietransitie: nu en onder de omgevingswet’, *LTB* 2021/41.

19 Het eerste onderdeel geeft overigens ook richting bij de toepassing van andere gedoogplichten, zoals artikel 10.17, tweede lid, onder b, Ow, voorheen artikel 5.24 Waterwet (oud). De Waterwet bepaalde niet expliciet dat dergelijke gedoogplichten tijdelijk kunnen worden

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.<sup>20</sup>

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. In de jurisprudentie is de lijn ontwikkeld dat bij de vraag of de belangen van de rechthebbende redelijkerwijs onteigening (niet) vorderen, de mate van gebruiksbeperking moet worden bezien. Daarbij vindt de bestuursrechter in de praktijk van belang wat het percentage is van het grondbeslag van het werk (in de definitieve situatie) en de werkzaamheden (gedurende de aanlegfase) in relatie tot het oppervlak van het gehele perceel. Zo nam de Afdeling enerzijds aan dat de belangen van een rechthebbende niet noodzakten tot onteigening in een geval waarin de gedoogbeschikking leidde tot een tijdelijk grondbeslag van 6,9% van het totale grondoppervlak<sup>21</sup>, maar anderzijds dat geen gedoogplicht bij beschikking mocht worden opgelegd in een situatie, waarin die gedoogplicht ertoe zou leiden dat een rechthebbende zonder onteigening definitief 16,7% van een aaneengesloten oppervlak moest missen.<sup>22</sup>

Aan deze percentages kunnen geen harde conclusies worden verbonden. In de rechtspraak wordt namelijk ook aangenomen dat er sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden op basis waarvan de belangen van de rechthebbende, ondanks een relatief beperkt grondbeslag, toch onteigening vorderen. Het lijkt erop dat de wetgever bij de totstandkoming van de Ow niet onder ogen heeft gezien dat de bestuursrechter dit criterium als apart toetsingscriteri-

um heeft ontwikkeld. In de Memorie van Toelichting wordt overwogen dat onteigening pas in de rede ligt ‘als én de omvang niet gering is én er zich bijzondere omstandigheden voordoen’.<sup>23</sup> Die cumulatie volgt niet uit de stand van de rechtspraak. Bijzondere omstandigheden kunnen ongeacht de omvang van de oppervlakte waarvan het gebruik nodig is, ook op zichzelf tot de conclusie leiden dat de belangen van de rechthebbende onteigening vorderen.<sup>24</sup>

Uit de wetsgeschiedenis volgt verder dat de wetgever de gedoogplicht in toenemende mate als een middel beschouwt dat eerst moet worden overwogen, voordat gekozen kan worden voor onteigening. In de Memorie van Toelichting wordt namelijk opgemerkt dat het onteigeningsinstrument niet kan worden ingezet wanneer het algemeen belang kan worden gediend door de uitoefening van een minder ingrijpende bevoegdheid, zoals het opleggen van een gedoogplicht. De wetgever formuleert dat als volgt:<sup>25</sup>

*(...) in dat geval ontbreekt de noodzaak voor onteigening. Onteigening zou dan onevenredige nadelige gevolgen meebrengen voor de rechthebbende op de onroerende zaak. Het algemeen bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel waarborgt dat onteigening een ultimum remedium is en staat dan een onteigening in de weg.’*

Vanuit subsidiairiteitsoverwegingen zal een initiatiefnemer dus altijd eerst moeten overwegen of kan worden volstaan met een gedoogplicht. Daarmee ontwikkelt de gedoogplichtbeschikking zich onder de Ow tot een steeds belangrijk grondbeleidsinstrument en wordt meer (zogeheten) meervoudig grondgebruik onder de werking van de gedoogplicht gebracht als het aan de wetgever ligt. Het feit dat de vangnetbepaling uit artikel 10.21 Ow welbewust een flinke verruiming in de toepassing van een gedoogplicht in zich heeft, draagt bij aan die stelling.<sup>26</sup>

opgelegd. De praktijk heeft de gedoogplicht wel aldus toegepast. Het nieuwe artikel 10.11 Ow stelt buiten twijfel dat gedoogplichten ook voor werkzaamheden die slechts tijdelijk nodig zijn, kunnen worden opgelegd.

20 In een recente beschikking heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een gedoogplichtbeschikking vernietigd om reden dat de rechthebbende meer werd belemmerd dan nodig (nu de c-grond). De rechthebbende zou vanwege een leiding van TenneT ook bij groundbewing tot 80cm diepte telkens toestemming van TenneT moeten krijgen en dat vond het gerechtshof te ver gaan. Dit volgt uit Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2024, ECLI:GHARL:2024:2393.

21 ABRS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2895, r.o. 3.3.

22 ABRS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:431, r.o. 2.4

23 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, pag. 525.

24 ABRS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2592, r.o. 15.4 en meer recent ABRS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2381, r.o. 19.2 en 19.3.

25 *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 133, nr. 3, p. 111. Uit *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 133, nr. 3, p. 99 kan worden afgeleid dat de wetgever het opleggen van een gedoogplicht ook mogelijk acht als het bestaande gebruik in overwegende mate onaangestast blijft. Te denken valt aan een ondertunneling van een perceel. Waar dat voorheen reden was voor onteigening, kan een dergelijke eigendomsbeperking volgens de wetgever ook met een gedoogplichtbeschikking worden bereikt.

26 Zie mr. A.P. van Delden en mr. S.A. van Gemeren, ‘De gedoogplicht onder de Omgevingswet: een (ver)nieuw(d) grondbeleidsinstrument’, *TO* 2021, nr. 4, pag. 117-118.

Overigens zijn de onteigeningsbeschikkingsprocedure uit afdeling 11.2 en 16 Ow 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 afdeling 3.4 Awb (de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, hierna: 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. in zijn huidige vorm 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 Ow), kan vorderen/verlangen. Dat is in geval van bij beschikking opgelegde gedoogplichten niet aan de orde. Of dat nu per se rechtvaardigt dat de bestuursrechter onder de 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. (ongewijzigd) weer op 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.<sup>27</sup>

Het criterium onder b. is in hoge mate gelijklopend aan artikel 2, eerste en vijfde lid, BP (oud), 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 van wie de gedoogplicht wordt opgelegd) om nog meer dan in de BP (oud) 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 ad-

ministratieve onteigeningsprocedure: er moet sprake zijn geweest van een redelijke, maar vruchteloos gebleken poging om tot minnelijke overeenstemming te komen. Dat kan van geval tot geval verschillen.

Er zijn bij de toepassing van de BP (oud) meerdere uitspraken van de Afdeling over de vraag of er voldoende minnelijk overleg heeft plaatsgevonden.<sup>28</sup> De Afdeling stelt daarin ook vast dat degene die de gedoogplicht oplegt de hoogte van de geboden schadevergoeding niet hoeft te toetsen.<sup>29</sup> 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 onwerkkelijk 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-tarievenlijst). 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.<sup>30</sup> Dezelfde jurisprudentielijnen zijn ook te zien bij de toepassing van artikel 5.24 Waterwet (oud). Een waterschap mag van een rechthebbende verlangen dat hij een overeenkomst sluit die strekt tot vastlegging van een zakelijk recht.<sup>31</sup>

## 8. Bijzonderheden

Artikel 10.24 Ow bepaalt degene op wie een gedoogplicht rust die bij beschikking is opgelegd, ook moet gedogen dat de initiatiefnemer (bedrijf of bestuursorgaan) bomen en beplantingen rooit,

<sup>27</sup> *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, pag. 303.

<sup>28</sup> (o.m.) ABRs 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.

<sup>29</sup> ABRs 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1597.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, pag. 524.

<sup>31</sup> Rechtbank Gelderland 15 maart 2024, ECLI:NL:2024:1476; in deze uitspraak ook een overweging over het vereiste dat (in dit geval) een overheid eerst overleg heeft te voeren (ter voorkoming van het moeten opleggen van een gedoogplicht), voordat een rechthebbende een gedoogplicht kan worden opgelegd.

inkort of snoeit voor zover die bomen en beplantingen hinderlijk zijn voor het tot stand brengen of opruimen van het werk van algemeen belang. In de beschikking behoeft hiervoor dus geen afzonderlijk besluitonderdeel opgenomen te worden.

Er is ook voorzien in een regeling rond de rechtsopvolging. Artikel 10.25 Ow bepaalt dat in de gedoogplichtbeschikking opgenomen rechten en plichten van de rechthebbende en van de initiatiefnemer ook rusten op hun rechtsopvolgers. Aan het einde van dit preadvies zal nog aan de orde komen dat er ook (verdere) derdenwerking is beoogd met de regeling omtrent gedoogplichten.

Anders dan in de BP (oud) wordt in artikel 10.28 Ow voorzien in een regeling van de eigendom van het werk van algemeen belang. Artikel 5:20, tweede lid, 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

## 9. Procedure en rechtsbescherming onder de Ow

Ten aanzien van de totstandkoming en bekendmaking van de gedoogplichtbeschikking is in artikel 16.33 Ow een procedurele bepaling opgenomen. Op de voorbereiding van de gedoogplichtbeschik-

king is, op een enkele uitzondering na, de uov van toepassing.

Dat betekent dat een ontwerpbesluit met de daarop betrekking hebbende stukken ter inzage wordt gelegd en gepubliceerd. Belanghebbenden kunnen naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze op het ontwerpbesluit naar voren brengen. De procedure kent geen hoorzitting. Dat wordt door Mulder, Bijkerk en Corsten als een gemis ervaren.

Zij geven aan dat het de voorkeur geniet dat er wel een hoorzitting wordt gehouden. De ervaring leert dat tijdens een dergelijke hoorzitting vaak alsnog tot minnelijke overeenstemming wordt gekomen. So wieso is een dergelijke hoorzitting dienstig voor het wegnemen van onduidelijkheden en het herstellen van fouten.<sup>34</sup>

De uov schrijft geen hoorzitting voor, maar sluit het houden van een hoorzitting ook niet uit. In voorkomend geval kan dus het bestuursorgaan dat de gedoogplicht voorbereidt, een hoorzitting houden. Rijkswaterstaat heeft inmiddels aangegeven dat het hoorzittingen zal blijven houden voor die gedoogplichten waar de minister van Infrastructuur en Waterstaat het bevoegd gezag is.<sup>35</sup> Overigens is/was de hoorzittingspraktijk vooral gebruik bij gedoogplichten die werden opgelegd onder de BP (oud). Onder (bijvoorbeeld) de Waterwet (artikel 5.24 Waterwet (oud)) was dat geen gebruik.

De uit de gedoogplichtbeschikking voortvloeiende verplichting om te gedogen gaat ingevolge artikel 16.33, tweede lid, Ow niet eerder in dan vier dagen na de bekendmaking. De Memorie van Toelichting maakt het bruggetje niet<sup>36</sup>, maar deze termijn komt overeen met de hierna nog te behandelen termijn van vier dagen na bekendmaking, waarbinnen de gedoogplichtbeschikking moet zijn ingeschreven in het beperkingenregister van het Kadaster.

32 Artikel 10.28 Ow volgt hier de tekst van artikel 5:20, tweede lid, 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, BW geeft overigens evenmin een onderbouwing van deze wijze van formuleren, zie *Kamerstukken II*, 2005-2006, 29 834, nr. 9, pag. 7 e.v.

33 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, pag. 532 en 533.

34 Mr. F.A. Mulder, mr. H.A. Bijkerk en mr. C.C. Corsten, 'Gedoogplichten onder de Omgevingswet', *LTB* 2023/55.

35 Van <https://open.rijkswaterstaat.nl/overige-publicaties/2024/informatiepakket-documenten-gedoogplicht/> en uit bijlage 1 op die webpagina: "(...) Het houden van een hoorzitting is volgens de Ow en de Awb niet verplicht. Wel kan het bestuursorgaan een hoorzitting houden indien dit wenselijk is. Gelet op het feit dat het bij gedoogplichten om een inbreuk op het eigendomsrecht gaat waarbij het van belang is om zoveel mogelijk relevante informatie te vergaren zal RWS/CD standaard een hoorzitting organiseren. (...)"

36 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33962, nr. 3, pag. 557.



## 10. Rechtsbescherming

Ook de rechtsbescherming tegen de gedoogplichtbeschikking is aangepast aan de huidige tijd. Moderne gedoogplichten onder oud recht kenden al (enkel) een gang naar de bestuursrechter. Het reliëf was de rechtsbescherming onder de BP (oud). Op grond van de BP (oud) geldt nog een gesplitste rechtsbescherming (voor nog niet onherroepelijke gedoogplichten en gedoogplichten die onder het overgangsrecht worden voorbereid, zie hierna). De splitsing strekt ertoe dat bezwaren over de proportionaliteit en subsidiariteit bij het gerechtshof moet worden aangevoerd. De overige bezwaren moeten bij de bestuursrechter worden ondergebracht.

Onder de Ow kunnen alle voornoemde gronden (vanwege de toepassing van de uov) worden aangevoerd in beroep bij de bestuursrechter in twee instanties (rechtbank en Afdeling).

Bij een blijvend verschil van inzicht over de schade moet onder de Ow in alle gevallen de civiele rechter worden benaderd. Hoewel dit een duidelijke regel is, voelt dat wel wat bijzonder bij de gedoogplicht van rechtswege. Voor dit type gedoogplicht geldt immers dat de schade moet worden vergoed op basis van de criteria van nadeelcompensatie (zie ook hierna). Dit type schadevergoeding, waarbij rekening wordt gehouden met een aftrek vanwege het feit dat een ontwikkeling in meer of mindere mate tot het normale maatschappelijke risico van een rechthebbende behoort én rekening wordt gehouden met actieve en passieve risicoaanvaarding, is normaliter het domein van de bestuursrechter. De wetgever heeft de rechtsbescherming echter willen vereenvoudigen en heeft voor één schaderechter bij gedoogplichten gekozen.

## 11. Schadevergoeding bij gedoogplichten onder de Ow

De bepalingen over vergoeding van schade bij gedoogplichten zijn opgenomen in afdeling 15.2 Ow.

Het spreekt voor zich dat het de initiatiefnemer is die de schade als gevolg van de bij beschikking opgelegde gedoogplicht vergoedt.<sup>37</sup> Dat geldt overigens ook voor de gedoogplichten van rechtswege. Dat is dus niet het bestuursorgaan dat de gedoogplicht op verzoek oplegt.

In artikel 15.13 Ow is vervolgens bepaald dat bij gedoogplichten die van rechtswege gelden (met uitzondering van artikel 10.3, derde lid, Ow (onttrekking of infiltratie van (grond)water)) de schade dient te worden vergoed op basis van de criteria voor nadeelcompensatie. Dat betekent dat sprake moet zijn van een speciale last (de rechthebbende moet in vergelijking tot anderen onevenredig zwaar worden getroffen) en dat de schade boven het normaal maatschappelijk risico moet uitstijgen. Ook de overige criteria voor nadeelcompensatie, zoals opgenomen in titel 5 Awb (onder meer risicoaanvaarding, schadebeperking, anderszins verzekerd zijn en voordeelstoerekening) zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Artikel 4:126, vierde lid, Awb, waarin is bepaald dat ook schadevergoeding anders dan in geld kan worden toegekend (compensatie in natura), is overigens niet van overeenkomstige toepassing verklaard.

Voor gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd (en gedoogplichten op grond van artikel 10.3, derde lid, Ow) bepaalt artikel 15.14 Ow dat alle schade die daarmee in causaal verband staat, volledig wordt vergoed. In artikel 15.14, tweede lid, Ow is een beperkt aantal wat lichtere gedoogplichtbeschikkingen uitgezonderd, zoals een gedoogplichtbeschikking voor het verrichten van onderzoek voor de aanvraag of wijziging van een omgevingsvergunning. Voor nagenoeg alle bij beschikking opgelegde gedoogbeschikkingen, inclusief de gedoogplichtbeschikkingen die tot 1 januari 2024 onder de Waterwet vielen (zoals artikel 5.24 Waterwet (oud)), dient onder de Ow dus een volledige schadevergoeding te worden betaald.<sup>38</sup> Dat ziet dan eerst en vooral op de waardevermindering van de belemmerde grond en inkomensschade vanwege het feit dat er (mogelijk) gebruikbeperkingen zijn.

37 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.

38 Artikel 7.14 Waterwet (oud) zag op vanwege alle gedoogplichten die onder de Waterwet (oud) konden worden opgelegd, inclusief dus de bij beschikking opgelegde beschikking als 5.24 Waterwet (oud). Artikel 7.14 Waterwet (oud) wekte de suggestie dat vergoeding altijd op basis van nadeelcompensatie plaatsvindt. Uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie volgde echter dat bij gedoogplichtbesluiten waardoor de onroerende zaak zelf wordt aangetast, zoals bij het afgraven van het perceelsgedeelte waar de gedoogplicht op ziet, een volledige vergoeding (zonder aftrek van een normaal maatschappelijk risico) aan de orde kon zijn (zie r.o. 4 van ABRS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668 en de daar aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis). Onder de Ow zal deze onduidelijke situatie verdwijnen en bestaat er dus zonder meer recht op een volledige vergoeding bij bij beschikking opgelegde gedoogplichten.

Over de waardevermindering is in de jurisprudentie het nodige te doen geweest in de afgelopen jaren. In 2019 heeft de Hoge Raad nogmaals bevestigd dat waardevermindering die aantoonbaar haar oorzaak vindt in een bij beschikking opgelegde gedoogplicht voor volledige vergoeding in aanmerking komt. Dat wordt niet anders indien de waardevermindering mede haar oorzaak vindt in een aan de gedoogbeschikking voorafgegaan omgevingsrechtelijk besluit tot planologische inpassing van het te gedogen werk.<sup>39</sup>

In dit preadvies heb ik onder ‘Criteria voor (het opleggen van) gedoogplichten onder de Ow’ eerder de opmerking gemaakt dat wat betreft het volledige karakter van de schadeloosstelling in geval van bij beschikking opgelegde gedoogplichte, er maar beperkte verschillen zijn tussen de schadeloosstelling als gevolg van een onteigening en als gevolg van de bij beschikking opgelegde gedoogplicht. Dat wordt in de wetsgeschiedenis ook bevestigd.<sup>40</sup> Het vorenstaande ziet dan op het volledige karakter van de schadeloosstelling. Procedureel ligt dat iets anders. In de literatuur wordt erop gewezen dat een wezenlijk verschil is dat, anders dan bij onteigening, het procesinitiatief tot het verkrijgen van de schadeloosstelling vanwege de gedoogplicht bij de rechthebbende ligt.<sup>41</sup>

Een belangrijk 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.<sup>42</sup> 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 voorheen in artikel 50

Onteigeningswet (oud) en nu in de artikelen 15.46, 15.47 en 15.51 Ow wordt bepaald dat de onteigende recht heeft op een dergelijke volledige vergoeding (mits de opgevoerde kosten voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets). Een pendant van die bepaling ontbrak in de BP (oud) en ontbreekt ook in de Ow. Uit de gepubliceerde rechtspraak volgt niet dat rechters desondanks een volledige kostenvergoeding hebben willen geven in procedures tot het verkrijgen van de schadeloosstelling en het is mijns inziens ook niet de verwachting dat dat onder de Ow 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 onteigeningsprocedure (enkel) schade wordt vergoed die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de onteigening en die wordt geleden op het peilmoment<sup>43</sup>, zijnde het moment waarop de eigendom overgaat van de onteigende naar de onteigenende 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 die schade zich openbaart en dat kan ook zolang het werk in stand blijft.<sup>44</sup>

## 12. De gebruiksvergoeding (de retributie)

Nieuw in de Omgevingswet is dat een rechthebbende op een onroerende zaak (onder omstandigheden) recht heeft op een gebruiksvergoeding. Dit volgt uit

39 HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:996, NJ 2019/447 m.nt. E.W.J. de Groot, TBR 2019/115 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans, *TvAR* 2019/8002, m.nt. W.J.E. Van der Werf.

40 *Kamerstukken II*, 2017-2018, 34 986, nr. 3, pag. 249 e.v.

41 Zie mr. A.P. van Delden en mr. S.A. van Gemeren, ‘De gedoogplicht onder de Omgevingswet: een (ver)nieuw(d) grondbeleidsinstrument’, *TO* 2021, nr. 4, pag. 120.

42 In ABRS 14 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1590 speelde een verzoek om compensatie ex artikel 7.14 Waterwet (oud) vanwege een eerder opgelegde gedoogplicht op grond van artikel 5.24 Waterwet (oud). 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 gehoudeheid tot toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht.

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

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

artikel 13.3e, eerste lid, Ow dat door een amendement in de wet terecht is gekomen. Het gaat om de volgende gevallen:

- gedoogplichten voor het realiseren van energievoorzieningen en mijnbouw (artikel 10.14 Ow). 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 Ow). 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 moet 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 Ow, zijnde de afdeling die ziet op vergoedingen en verhaal van kosten vanwege grondexploitatie.

Niet alleen de eigenaar, maar ook andere rechthebbenden, zoals erfpachters, opstalhouders, pachters en (vrucht)gebruikers kunnen in genoemde gevallen aanspraak maken op de gebruiksvergoeding. De verdeling van de gebruiksvergoeding tussen de verschillende rechthebbenden op de onroerende zaak waarvoor de gedoogplicht wordt gevraagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn bepalend de aard van het recht dat zij op de onroerende zaak hebben en de oppervlakte van het perceel waarop dat recht ziet.

In afdeling 14.2 Omgevingsregeling is de methode voor het berekenen van de hoogte van de gebruiksvergoeding opgenomen. De redelijke, jaarlijkse gebruiksvergoeding wordt bepaald volgens de formule:  $\text{gebruiksvergoeding} = \text{grondoppervlakte} \times \text{grondwaarde} \times \text{rendementsfactor}$ . De rendementsfactor is bepaald op 2% in artikel 14.49, eerste lid, 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 de rechthebbende niet reeds volledig schadeloos is gesteld. Dat volgt uit artikel 13.3e, eerste lid, Ow. De gedachte is dat een rechthebbende niet meer dan een volledige schadevergoeding kan krijgen als bedoeld in artikel 15.4 Ow.

In die gevallen waarin niet is voorzien in een volledige schadeloosstelling en uit de wet volgt dat een gebruiksvergoeding aan de orde is, doet de initiatiefnemer er goed aan doen om in zijn aanbieding tot vergoeding van de schade de gebruiksvergoeding te benoemen en gekapitaliseerd mee te nemen. Dit ook om achteraf discussie te voorkomen over de vraag of de post nu wel of niet is begrepen in de overige vergoedingen. Daarmee worden procedures voorkomen.

Uit de literatuur volgt tot slot nog een pleidooi om aan de gebruiksvergoeding een bredere werking toe te kennen en – in plaats van de huidige regeling – van geval tot geval te bezien of een gebruiksvergoeding aan de orde is. De verbrede mogelijkheden van het opleggen van gedoogplichten maakt het middel economisch interessanter. Er kan meer geld worden verdiend met het gebruik van grond en daarvan zouden ook de rechthebbenden van de te belemmerden grond (meer) moeten kunnen profiteren.<sup>45</sup>

### 13. Overgangsrecht Omgevingswet

Voor gedoogplichten van rechtswege geldt geen (aanvullend) overgangsrecht. Dat betekent dat deze gedoogplichten vanaf 1 januari 2024 automatisch zijn gebaseerd op de bepalingen van afdeling 10.2 Ow. Andere bepalingen over overgangsrecht zijn daarom niet nodig.

Voor bij beschikking opgelegde gedoogplichten geldt wel overgangsrecht. Dit overgangsrecht is geregeld in afdeling 4.1 Invoeringswet Omgevingswet (hierna: Invoeringswet Ow) voor zover het lopende procedures betreft en artikel 4.16 Invoeringswet Ow. Uit het overgangsrecht volgt dat bestaande, onherroepelijke gedoogplichtbeschikkingen na de inwerkingtreding van de Ow gewoon blijven gelden. In

45 Zie mr. A.P. van Delden en mr. S.A. van Gemeren, 'De gedoogplicht onder de Omgevingswet: een (ver)nieuw(d) grondbeleidsinstrument', *TO* 2021, nr. 4, pag. 123.

artikel 4.16, eerste lid, Invoeringswet Ow worden onherroepelijke gedoogplichtbeschikkingen gelijkgesteld met een gedoogplichtbeschikking als bedoeld in artikel 10.3 Ow. Deze eerbiedigende werking van het overgangsrecht lijkt mij volstrekt logisch.

Op rechtsbeschermingsprocedures die op het moment van inwerkingtreding van de Ow al lopen, blijft in beginsel ook het oude recht van toepassing tot de gedoogplichtbeschikking onherroepelijk is geworden.

Voor gedoogplichtbeschikkingen op grond van de BP (oud) is specifiek overgangsrecht geregeld in de artikelen 4.26 en 4.27 Invoeringswet Ow. Daarin wordt geregeld dat een onder het oude recht tot stand gekomen onherroepelijk besluit tot erkenning van openbaar belang (welk type besluit dus niet meer terugkeert in de Ow) na inwerkingtreding van de Ow blijft bestaan. Dat geldt ook als er nog geen gedoogplichtbeschikking is afgegeven. De erkenning kan dan na 1 januari 2024 als grondslag dienen voor het opleggen van een gedoogplichtbeschikking op grond van de vangnetbepaling (artikel 10.21 lid 1 Ow).

#### 14. Tot slot: Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken

Bij beschikking opgelegde gedoogplichten zijn beperkingenbesluiten als bedoeld in de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (hierna: Wkpboz). Artikel 1, aanhef en onder b, ten eerste, definieert een beperkingenbesluit als volgt:

*“1°. op grond van artikel 2 aangewezen schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling waaruit een publiekrechtelijke beperking voortvloeit dan wel waarbij deze wordt gewijzigd of komt te vervallen.”*

Artikel 2 Wkpboz is de basis voor het Aanwijzingsbesluit Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (hierna: Aanwijzingsbesluit). Artikel 2 Aanwijzingsbesluit kent een bijlage die vervolgens nagenoeg alle bij beschikking op te leggen gedoogplichten als een beperkingenbesluit kwalificeert.<sup>46</sup> Op grond van artikel 15, tweede lid, onder a, Wkpboz moeten de gedoogplichten binnen vier dagen nadat zij zijn bekendgemaakt, worden in-

geschreven in het beperkingenregister dat het Kadaster aanhoudt. Dit geldt wel enkel voor gedoogplichten die langer dan zes maanden gelden volgens artikel 2, tweede lid, Aanwijzingsbesluit.

De tijdige inschrijving in het beperkingenregister is tegelijkertijd geen constitutief vereiste voor de rechtsgeldigheid van de gedoogplicht. In de Memorie van Toelichting bij de Wkpboz geeft de wetgever dat duidelijk aan:

*“Tenzij ingevolge een bijzondere wet anders is bepaald, is de inschrijving van een beperkingenbesluit in het beperkingenregister of in de openbare registers geen constitutief vereiste voor de totstandkoming van een beperkingenbesluit. Dit wetsvoorstel heeft dan ook geen gevolgen voor de bepalingen omtrent de totstandkoming van een beperkingenbesluit in de (wettelijke) regeling op grond waarvan deze wordt vastgesteld en de Algemene wet bestuursrecht. Ook voor de rechtsgeldigheid van een beperkingenbesluit heeft dit wetsvoorstel geen gevolgen. Een rechtsgeldig tot stand gekomen beperkingenbesluit behoudt zijn werking tot het moment waarop het wordt ingetrokken, door een rechterlijke uitspraak wordt gewijzigd of vernietigd of anderszins vervalt.”<sup>47</sup>*

Op grond van artikel 17 Wkpboz geldt tot slot dat de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort, aansprakelijk is voor schade die is veroorzaakt door vergissingen, verzuimen, vertragingen of andere onregelmatigheden, die zijn begaan bij de nakoming van de verplichtingen uit artikel 15 Wkpboz. Het niet tijdig inschrijven van een gedoogplicht in het beperkingenregister heeft dus zijn gevolgen, al is mij geen jurisprudentie bekend over situatie waarin de inschrijving niet tijdig heeft plaatsgevonden. Dat is op zich opvallend, omdat niet ondenkbaar is dat een niet tijdig ingeschreven gedoogplicht een nare verrassing kan blijken te zijn voor een koper van een perceel waarop opeens een gedoogplicht blijkt te rusten. Dat zal zich in de praktijk waarschijnlijk zo oplossen dat koper zijn verkoper aanspreekt op het schenden van mededelingsplicht die op verkoper rust waar het betreft de (publiekrechtelijke) toestand van het door hem verkochte. Echter, in situaties dat er snel doorverkocht en geleverd wordt, is die mededelingsplicht dan weer niet aan de orde (de koper/verkoper wist immers niet van een gedoogplicht). In die situatie zou er wel schade kunnen ontstaan, omdat de uiteindelijke koper blijft zitten met een

<sup>46</sup> De gedoogplicht van artikel 10.21a Ow (gedoogplicht verontreiniging van de bodem zorgplicht of ongewoon voorval) staat niet genoemd.

<sup>47</sup> *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 218, nr. 3, p. 17.

perceel dat door de beperking die voortvloeit uit de gedoogplicht, minder waard is geworden. Hoe dan ook, kennelijk heeft dit soort situaties zich nog niet voorgedaan, althans heeft de rechtspraak geen reden gezien vonnissen over deze bepaling te publiceren.<sup>48</sup>

## 15. Conclusie

Het concentreren van de gedoogplichten in één afdeling van de Ow is (haast vanzelfsprekend) pure winst. Het zorgt voor overzicht. Ook het onderscheid tussen van rechtswege geldende gedoogplichten en bij beschikking op te leggen gedoogplichten is vertrouwd. Goed is verder dat de procesregels simpeler en eenduidiger zijn geworden, al blijft het wat bijzonder dat schade als gevolg van gedoogplichten van rechtswege worden beoordeeld door de civiele rechter die daarop de nadeelcompensatieregels gaat toepassen.

Onder de motorkap verandert er wel het nodige, althans is er een intentie tot wijziging. De nieuwe wettelijke regeling biedt een stevige verruiming van bevoegdheden om gedoogplichten op te leggen, in het bijzonder door de nieuwe vangnetbepaling van artikel 10.21 Ow. De wetgever vindt de oplegging van een gedoogplicht bij beschikking minder ingrijpend dan onteigening. Dat is in de basis juist. De wetgever verbindt daaraan echter ook de conclusie dat onteigening niet noodzakelijk is als de oplegging van een gedoogplicht bij beschikking volstaat

om een ontwikkeling van meervoudig grondgebruik mogelijk te maken, terwijl het oorspronkelijke (enkelvoudige) gebruik niet noemenswaardig wordt belemmerd. Daarmee krijgt de gedoogplicht een veel bredere toepassing. Dit wel nog daargelaten de vraag of de wens van de wetgever ook door de rechtspraak wordt overgenomen.

Geheel nieuw is de introductie van een gebruiksvergoeding. Al is de werking daarvan (nog) beperkt, de regeling doet recht aan de gedachte dat de rechthebbende op grond moeten kunnen meeprofitieren van lucratieve ontwikkelingen die mogelijk worden gemaakt met de verruimde (vangnet)mogelijkheid om gedoogplichten toe te passen.

## Stellingen

1. De wetgever wil een ruimere toepassing van de gedoogplicht en wil minder onteigeningen. Dat is niet in het belang van rechthebbenden.
2. Het is terecht dat er geen gebruiksvergoeding wordt gegeven in het geval van realisatie van overheidswerken en kabels en leidingen in het algemeen belang.
3. Dat een rechthebbende de door hem gemaakte kosten van juridische en deskundigenbijstand (gemaakt bij het titelverweer én bij het verkrijgen van schadeloosstelling) niet volledig vergoed krijgt, moet worden heroverwogen.

48 Het kan ook zijn dat het Kadaster een fout maakt bij de verwerking van de ter inschrijving aangeboden gedoogplicht. Ingevolge artikel 117 Kadasterwet kan schade die wordt geleden ten gevolge van verzuimen, vergissingen en vertragingen, die door het Kadaster zijn begaan, op het Kadaster worden verhaald. Omdat het op voorhand voor benadeelde niet altijd meteen duidelijk is wie de fout heeft begaan, doet de benadeelde er goed aan om beide rechtspersonen (inschrijver en Kadaster) aan te spreken. Overigens is de techniek inmiddels wel zo ver voortgeschreden dat de inschrijving van gedoogplichten plaatsvindt door de inschrijver zelf. Het Kadaster stelt daarvoor een module ter beschikking (BRK-PB, zie ook de Regeling kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken voor de precieze werking daarvan). Het is daarmee minder waarschijnlijk geworden dat het Kadaster aansprakelijk is voor (bijvoorbeeld) een niet tijdige inschrijving van een gedoogplicht. Een voorbeeld waarin het Kadaster aansprakelijk is gehouden door de rechter is te vinden in Gerechtshof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4327 (r.o. 3.4).