

Gedoogplichten nu en straks; wat verandert er in de Omgevingswet

BR 2018/1

1. Inleiding

Eigendom is het meest omvattende recht dat men op een zaak kan hebben. In het algemeen belang is het eigendomsrecht echter aan veel publiekrechtelijke beperkingen onderworpen. Met betrekking tot onroerende zaken gaat het daarbij vaak om een beperking van de gebruiksmogelijkheden. Soms is in het algemeen belang echter ook nodig dat op private gronden openbare werken worden gerealiseerd of werkzaamheden worden uitgevoerd. In gevallen waarin de rechthebbende niet wil meewerken en onteigening een te zwaar middel is, kan vaak een gedoogplicht worden ingezet.

Bij een gedoogplicht gaat het kort gezegd om de plicht voor de eigenaar en andere rechthebbenden om activiteiten op, in, onder en boven hun grond te gedogen. De aard van de te gedogen activiteiten kan variëren, het kan gaan om de aanleg en instandhouding van een hoogspanningsleiding of waterkering, maar ook voor het doen van metingen of het plaatsen van tekens kan een gedoogplicht worden ingezet.

In de loop van de tijd is een ware lappendeken aan gedoogplichten ontstaan. De Omgevingswet² voorziet in een vergaande uniformering van de geldende regels voor gedoogplichten. In dit artikel beschrijven wij de huidige stand van zaken en zetten wij uiteen hoe gedoogplichten in de Omgevingswet geregeld worden.

2. Huidige stelsel: een versnipperd landschap

In tal van wetten zijn gedoogplichten opgenomen. Daarbij vallen grofweg twee categorieën van gevallen te onderscheiden.

Eenzijds zijn er gedoogplichten van rechtswege (ex lege). Deze gedoogplichten zijn van toepassing zonder dat nog een besluit van een bestuursorgaan nodig is. Voorbeelden zijn de verplichting voor rechthebbenden om door of namens de beheerder uit te voeren onderhouds- en herstelmaatregelen aan waterstaatswerken te gedogen op grond van de Waterwet,³ de verplichting tot het gedogen van vergravingen, opmetingen of het stellen van tekeningen uit de Onteigeningswet⁴ of de gedoogplicht voor het aanbrengen van tekens op grond van de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en

zwemgelegenheden.⁵ Het gaat in de praktijk om de verplichting tot het gedogen van inbreuken op (eigendoms)rechten die een kleine impact hebben. Als het gaat om het uitvoeren van werkzaamheden is meestal voorzien in de verplichting daarvan vooraf (bijvoorbeeld 48 uur) kennis te geven. Er is meestal geen specifieke rechtsbescherming voorzien tegen de werking van deze gedoogplichten. De rechthebbende die zich wil verzetten tegen de gedoogplicht is dus aangewezen op de civiele rechter. Het alternatief is dat de gedoogplicht wordt getoetst bij overtreding ervan. In een aantal gevallen is voorzien in bestuursrechtelijke handhaving,⁶ een enkele keer is in strafrechtelijke handhaving voorzien⁷ en soms is er überhaupt niets geregeld.⁸

De andere categorie gedoogplichten zijn gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd. Het betreft vaak gedoogplichten met een meer ingrijpend karakter, meestal gaat het om de verplichting te dulden dat een bepaald werk wordt gerealiseerd. De gedoogplicht ziet dan op de aanleg en instandhouding van het werk. Het leeuwendeel van de gedoogplichten die bij beschikking wordt opgelegd, vindt zijn grondslag in de Belemmeringenwet Privaatrecht (hierna: BP) respectievelijk de Waterwet. Voor zover in andere wetten bij beschikking op te leggen gedoogplichten zijn opgenomen is de procedure veelal gelijk aan die in de BP. Een beetje een vreemde eend in de bijt, die wij hier verder buiten beschouwing laten, betreft de gedoogplicht op grond van artikel 5.3 Telecommunicatiewet.⁹ Deze gedoogplicht geldt van rechtswege, maar indien de aanlegger van de te gedogen kabels en de rechthebbende het niet eens worden over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden, worden deze bij beschikking van de ACM vastgesteld indien degene op wie de gedoogplicht rust daarom tijdig vraagt.

2.1 Gedoogplichten op grond van de BP

Op grond van de BP kan de Minister van IenW een gedoogplicht opleggen indien aan de volgende criteria is voldaan¹⁰:

- het betreft een openbaar werk:
 - o dat door het Rijk, een provincie of (ingevolge het instellingsreglement van) een waterschap wordt ondernomen,

1 H. Zeilmaker & J.W.M. Hagelaars zijn advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Nijmegen.

2 Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb.* 2016, 156. De inwerkingtreding van de wet is nog afhankelijk van aanvullings- en invoeringswetgeving die het wetgevingsproces nog niet heeft doorlopen. Als gevolg daarvan valt de inwerkingtreding op zijn vroegst in 2021 te verwachten.

3 Artikel 5.23 lid 1 Waterwet.

4 Artikel 64b Onteigeningswet.

5 Artikel 24 Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden.

6 Zie bijvoorbeeld artikel 43 van de Wet lokaal spoor en artikel 11.15 Wet luchtvaart.

7 Bijvoorbeeld voor de van rechtswege geldende gedoogplicht voor het doen van opmetingen (etc.) op grond van artikel 11 van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Overtreding is strafbaar op grond van artikel 15 van de Belemmeringenwet Privaatrecht.

8 Zo ontbreekt voor zover wij kunnen overzien een handhavingsbevoegdheid voor de hiervoor genoemde gedoogplicht op grond van de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden.

9 Deze gedoogplicht gaat overigens niet op in de Omgevingswet.

10 Zie over de criteria uitbreider A. Divis-Stein, 'De gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht', *TBR* 2017/157.

- o dat door een waterschap (in andere gevallen) of gemeente wordt ondernomen terwijl het openbaar belang bij Koninklijk Besluit is erkend,
 - o waarvan het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend of,
 - o dat op grond van een concessie tot stand wordt gebracht terwijl het openbaar belang bij Koninklijk Besluit is erkend.
- waarvoor duurzaam of tijdelijk gebruik moet worden gemaakt van onroerende zaken;
 - het gebruik van de onroerende zaak levert niet meer belemmeringen op dan redelijkerwijs nodig is (proportionaliteit);
 - de belangen van de rechthebbende vorderen geen onteigening;
 - er is – ondanks een poging daartoe – geen minnelijke overeenstemming bereikt met de rechthebbenden tot de onroerende zaak.

Er is dus geen sprake van een afgebakende categorie werken waarvoor een gedoogplicht op grond van de BP kan worden opgelegd. Afhankelijk van degene die het werk uitvoert en wat voor werk er wordt uitgevoerd kan het wel zijn dat – voorafgaand aan de procedure tot het opleggen van een gedoogplicht – nog afzonderlijke besluitvorming nodig is over de vraag of het openbaar belang van het werk kan worden erkend en/of een concessie voor het werk nodig is.

Die laatste situatie doet zich vooral voor indien private initiatiefnemers een werk willen uitvoeren waarvoor zij over andermans gronden moeten beschikken. Zo werd voor de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen ten behoeve van de winning van steenzout een concessie verleend aan Frisia Zout B.V. en werd van deze werken eveneens het openbaar belang erkend.¹¹ Voorbeelden van werken waarvan het algemeen nut bij wet is erkend, en dus geen concessie- of erkenningsbesluit van de Kroon meer nodig is, zijn gastransport netwerken, elektriciteitsnetten, drinkwaterinfrastructuur en windparken met een capaciteit van minstens 5 MW.¹²

In theorie kan dus voor vrijwel elk soort werk een gedoogplicht worden opgelegd. Meestal staat wel vast – of is in een afzonderlijke procedure komen vast te staan – dat sprake is van een openbaar werk dat aan de formele criteria voldoet.

Een rechthebbende die betoogt dat het werk op een minder bezwarende wijze kan (en dus moet) worden aangelegd zal in een gedoogplichtprocedure vaak alleen al achter het net vissen omdat de locatie waar het werk wordt uitgevoerd veelal planologisch is vastgelegd. De planologische keuzes kunnen in een procedure op grond van de BP niet meer ter

discussie worden gesteld.¹³ De criteria die daarmee in de praktijk het meest van belang zijn, zijn de overgebleven inhoudelijke criteria dat voldoende minnelijk overleg moet zijn gepleegd en dat de belangen van de rechthebbende geen onteigening vorderen. Onder welke omstandigheden een gedoogplicht mag worden opgelegd is met name in de jurisprudentie uitgekristalliseerd.¹⁴

Met betrekking tot het minnelijk overleg valt uit de jurisprudentie het volgende af te leiden:

- bij de toetsing van het minnelijk overleg hoeft de hoogte van de aangeboden vergoeding niet te worden getoetst, de toets is of de voorstellen tot vergoeding niet op voorhand als onwettelijk en onredelijk moeten worden aangemerkt;¹⁵
- de initiatiefnemer hoeft geen genoegen te nemen met het verlenen van publiekrechtelijke toestemming (vergunning) door een overheidspartij die eigenaar is, omdat dat niet op één lijn te stellen is met het vestigen van een opstalrecht;¹⁶
- de weigering van de initiatiefnemer om af te wijken van vaste voorwaarden en bedingen, en betekent niet dat een voorstel op voorhand onredelijk is;¹⁷
- het aanbieden van een vergoeding van inkomensschade op basis van normbedragen is niet onredelijk;¹⁸
- de weigering van de initiatiefnemer om in te stemmen met een opstalrecht voor bepaalde tijd is niet op voorhand onwettelijk of onredelijk;¹⁹
- er bestaat in ieder geval geen verplichting een (jaarlijkse) retributie aan te bieden.²⁰

Hierbij is bovendien nog van belang dat het niet de minister (die de gedoogplicht oplegt) is die minnelijk overleg moet voeren maar degene die het initiatief tot het werk neemt. De minister moet op grond van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak zich ervan vergewissen dat de initiatiefnemer redelijke pogingen heeft ondernomen om minnelijke overeenstemming te bereiken (de zgn. vergewisplicht).

Bij de vraag of de belangen van de rechthebbende onteigening (niet) vorderen gaat het naar de huidige stand van de jurisprudentie met name om de vraag wat de verhouding is tussen de benodigde grondoppervlakte en tot het totale grondoppervlak van de rechthebbende en de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn. Bij de beoordeling wordt

11 ABRvS 10 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0292, *M en R* 2008/94, m.nt. Meijer.

12 Artikel 39a Gaswet, resp. artikelen 9g en 20 Elektriciteitswet 1998 en artikel 7 Drinkwaterwet. Voor rioleringswerken is geen regeling getroffen. Een gemeente die voor het aanleggen van een riolering een gedoogplicht wil laten opleggen heeft dus eerst een erkenningsbesluit nodig.

13 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2468.

14 Waarbij geldt dat deze criteria ook voor gedoogplichten op grond van de Waterwet gelden, zodat ook de jurisprudentie over gedoogplichten op grond van die wet hier relevant is.

15 ABRvS 14 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1581, r.o. 11.2, waarbij de Afdeling verwijst naar eerdere rechtspraak (ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6968).

16 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1285, *TBR* 2017, 132, m.nt. M. Rusvan der Velde, K.E. Haan, waarin de minister een gedoogplicht had opgelegd aan de provincie Noord Holland.

17 Idem.

18 Zie o.a. ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3674.

19 ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:751.

20 Idem.

het totale aaneengesloten grondoppervlak van een recht-hebbende betrokkenen.²¹

Welke relatieve belemmering acceptabel is hangt onder meer af van de vraag of het gaat om een tijdelijke of permanente belemmering. Bij een tijdelijke belemmering, bijvoorbeeld voor een werkstrook, worden in de jurisprudentie belemmeringen tot wel 40% geaccepteerd.²² Bij permanente belemmeringen gaat het om kleinere percentages. Percentages van minder dan grofweg 10% van de aaneengesloten oppervlakte vindt de Afdeling niet zodanig dat onteigening is aangewezen.²³ Als bijzondere omstandigheid is volgens de jurisprudentie voornamelijk van belang of de invloed van het werk zich ook doet voelen op de rest van de gronden van de rechthebbende, hoewel daar feitelijk niets wordt gerealiseerd.

Een bekend voorbeeld betrof een procedure waarbij een waterloop werd heringericht.²⁴ Als gevolg daarvan werd ruim 16% van het perceel waarop de gedoogplicht zou rusten vergraven. Dit was volgens de Afdeling geen gering deel van het perceel. De herinrichting zou verder flinke gevolgen hebben voor de bruikbaarheid van de rest van het perceel, bij hoogwater zou het voortaan grotendeels onder water komen te staan. Onder die omstandigheden vorderden de belangen van de rechthebbende onteigening. Daarmee is niet gezegd dat een dergelijk percentage *zonder* bijkomende omstandigheden ook onacceptabel is.

Meer recent deed zich een geval voor waarbij TenneT een opstijgpunt ten behoeve van een 380 kV hoogspanningsverbinding wilde realiseren.²⁵ Daarvoor zou ongeveer 7% van de bij een manege in gebruik zijnde aaneengesloten gronden permanent nodig zijn voor het aanleggen van een weg en het opstijgpunt. Volgens de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State ging het daarmee om een relatief beperkt deel van het grondoppervlak. De manege betoogde evenwel met succes dat zij haar paarden ook niet meer zou kunnen weiden op de overige gronden, als gevolg van de door het opstijgpunt en de daarheen lopende elektriciteitsleidingen geproduceerde corona geluiden die bij de paarden stress zouden kunnen opleveren. Omdat de minister niet voldoende had onderzocht dat hiervan geen sprake zou zijn kon (aanvankelijk) geen gedoogplicht worden opgelegd. Na nader onderzoek kon de gedoogplicht alsnog worden opgelegd.²⁶

Hiervoor viel wellicht al op dat bij de bespreking van de inhoudelijke criteria zowel jurisprudentie van de Afdeling bestuursrecht-spraak als van de civiele rechter aan de orde

kwam. Dat houdt verband met de – zeker naar huidige maatstaven – bepaald buitenissige wijze waarop de rechtsbescherming tegen gedoogplichtbeschikkingen zijn beslag krijgt.

Het begint al bij de voorbereidingsprocedure. Zoals hier-voor al aan de orde kwam is, afhankelijk van de vraag wie het werk waarvoor de gedoogplicht geldt gaat ondernemen en wat voor werk het betreft, eerst een afzonderlijke erken-nings- en/of concessiebesluit (met bijbehorende procedure) nodig. Afgezien daarvan ziet de gedoogplichtprocedure er als volgt uit:

Nadat het overleg met de rechthebbende(n) tot de onroeren-de zaak op niets is uitgelopen doet degene wiens werk het aangaat een verzoek aan de Minister van IenW tot het op-leggen van een gedoogplicht. De stukken worden geduren-de twee weken ter inzage gelegd in het gemeentehuis van de gemeente waarbinnen de onroerende zaak is gelegen. Vervolgens wordt een hoorzitting gepland in de gemeente, maar onder leiding van een lid van gedeputeerde staten. Binnen zes maanden na het verzoek beslist de minister, na gedeputeerde staten te hebben gehoord. Het besluit wordt ter inzage gelegd en toegezonden aan de rechthebbenden op de onroerende zaak.

Tegen het besluit van de minister staat rechtsbescherming open. Aanvankelijk – de BP stamt uit 1927 – had men alleen voorzien in toetsing van twee inhoudelijke criteria. Een rechthebbende tot de onroerende zaak waarop de gedoog-plicht rust kon – en kan – zich tot het gerechtshof wenden om vernietiging van de gedoogplichtbeschikking te vragen met als argument dat ten onrechte door de minister zou zijn geoordeeld a) dat de belangen van de rechthebbenden ten aanzien van de onroerende zaak redelijkerwijze onteige-ning niet vorderen; hetzij b) dat in het gebruik van die zaak niet meer belemmering wordt gebracht dan redelijkerwij-ze voor de aanleg, de instandhouding, de verandering of de overbrenging van het werk nodig is.

Na invoering van de Awb werd al snel duidelijk dat de overige criteria, die tot dan toe exclusief door de minister konden worden beoordeeld, voortaan ter toetsing aan de bestuurs-rechter konden worden voorgelegd.²⁷ Sindsdien geldt dat tegen het besluit van de minister eerst bezwaar kan wor-den gemaakt en vervolgens beroep bij de rechtbank en ho-ger beroep bij de Afdeling bestuursrecht-spraak kan worden ingesteld. De bestuursrechter toetst het gehele besluit, met uitzondering van de criteria dat onteigening aangewezen zou zijn en dat het werk op minder belemmerende wijze kan worden gerealiseerd. Deze criteria worden (in eerste en enige instantie) door het gerechtshof beoordeeld. Uitgangs-punt is dat de procedure bij het hof moet worden afgewacht voordat met het werk op grond van de gedoogplicht wordt begonnen. Indien de minister heeft bepaald dat met de uit-voering niet kan worden gewacht kan hij dat in het besluit bepalen en kan met de uitvoering direct worden gestart. In-

21 Zie o.a. Hof Amsterdam 8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:814. Ook (bij-voorbeeld) pachtgronden mogen daarbij worden betrokken.

22 Hof Amsterdam 8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:814.

23 ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:752 (7,1%); ABRvS 10 juni 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6085 (8,7%).

24 ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:431, TBR 2013/149, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

25 ABRvS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2592, JB 2015/161.

26 ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:752, TBR 2017/83, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

27 ABRvS 18 januari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4603, AB 2000/81, m.nt. Schreuder-Vlasblom.

dien een rechthebbende zich daartegen wil verzetten staat hem (exclusief) een bestuursrechtelijke rechtsgang open in de vorm van een voorlopige voorziening.

Om deze omslachtige procedure te omzeilen zijn er in de loop van de tijd in bijzondere wetten uitzonderingen geïntroduceerd op de procedurebepalingen van de BP. Zo is in de Tracéwet en de Spoedwet wegverbreding bepaald dat in afwijking van de BP, gedeputeerde staten niet bij de procedure betrokken zijn en is bepaald dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit Afdeling 3.4. van de Awb van toepassing is. De Afdeling bestuursrechtspraak is ten aanzien van op te leggen gedoogplichten op grond van deze regelingen in eerste en enige instantie bevoegd. Voor projecten die met toepassing van Afdeling 3.6. Wro worden voorbereid (de zogenaamde gecoördineerde besluitvorming) geldt hetzelfde. Hoewel het dus nog steeds gaat om een gedoogplicht die wordt opgelegd op basis van de BP is de Afdeling in deze gevallen dus ook bevoegd om te oordelen over de vraag of onteigening noodzakelijk is en of het werk om een minder belemmerende wijze kan worden gerealiseerd.

2.2 Gedoogplichten op grond van de Waterwet

Een tweede belangrijke categorie gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd zijn gedoogplichten op grond van de Waterwet.²⁸ Op grond van artikel 5.24 Waterwet²⁹ kan de beheerder, voor zover dat voor de vervulling van zijn taken redelijkerwijs nodig is, rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken de verplichting opleggen om de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en de daarmee verband houdende werkzaamheden te gedogen, wanneer naar zijn oordeel de belangen van die rechthebbenden onteigening niet vorderen.

Aangezien op grond van artikel 5.4. Waterwet de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk door of vanwege de beheerder op grond van een projectplan geschiedt, is dus steeds vereist dat een projectplan is vastgesteld op het moment dat de gedoogplicht wordt opgelegd.

Het criterium dat de gedoogplicht *redelijkerwijs nodig* moet zijn sluit niet één op één aan bij een criterium uit de BP. Met deze inkadering wordt volgens de memorie van toelichting aangesloten bij het evenredigheidsbeginsel. Op grond van het evenredigheidsbeginsel mag een gedoogplicht enerzijds niet verder gaan dan nodig is, en anderzijds houdt het in dat een gedoogplicht alleen mag worden opgelegd indien met de rechthebbenden geen overeenstemming kan worden bereikt.³⁰ Het evenredigheidsbeginsel valt dus feitelijk uiteen in twee criteria die in de BP ook voorkomen: de gedoogplicht moet proportioneel zijn en er moet minnelijk overleg gevoerd zijn. Net als bij de BP zal de wijze van uitvoering veelal (uitgaande van een

projectplan waarin de uit te voeren werken en daarvoor benodigde gronden gedetailleerd zijn vastgelegd) vastliggen bij de beoordeling van de gedoogplicht. Het proportionaliteitsargument komt dan ook in de praktijk nauwelijks uit de verf, daarvoor moet de rechthebbende in de projectplan procedure zijn. Noemenswaardig verschil met de BP is dat degene die de gedoogplicht oplegt ook de initiatiefnemer tot het werk is en dus steeds zelf het minnelijk overleg moet voeren. Hier is dus geen sprake van de hiervoor genoemde vergewisplicht, maar (uiteindelijk) van een marginale toetsing van het minnelijk overleg door de bestuursrechter.

Voor gedoogplichten die op grond van de Waterwet worden opgelegd is namelijk de 'standaard' Awb procedure van toepassing, die bezwaar en vervolgens beroep en hoger beroep bij de bestuursrechter mogelijk maakt. Nu verder geen bijzonderheden zijn voorgeschreven kan de beheerder ervoor kiezen de uniforme openbare voorbereidingsprocedure toe te passen, zodat de bezwaarmogelijkheid achteraf wordt ingeruild voor een zienswijze in de voorbereidingsfase van het besluit. Met betrekking tot projectplannen is overigens eveneens gecoördineerde besluitvorming mogelijk en soms zelfs voorgeschreven.³¹ Indien voor coördinatie wordt gekozen staat in eerste en enige aanleg beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Gelet op de overeenkomsten tussen de inhoudelijke criteria is veel jurisprudentie op het gebied van de BP ook van belang bij toepassing van de Waterwet en vice versa. Wij hebben overigens de indruk dat de gedoogplicht op grond van de Waterwet vooral wordt ingezet voor het verkrijgen van de beschikking over werkstroken en werkterreinen. Hoewel de wet uitdrukkelijk voorziet in de toepassing van een gedoogplicht voor de aanleg van (bijv.) een waterkering geven waterschappen vaak de voorkeur aan eigendomsverzekering en zo nodig onteigening van de waterkering.

2.3 (Schade)vergoeding

Een rechthebbende tot een onroerende zaak die schade lijdt als gevolg van een gedoogplicht heeft veelal een expliciet recht op schadevergoeding. Dit geldt zowel voor gedoogplichten van rechtswege³² als voor bij beschikking op te leggen gedoogplichten.³³

In de praktijk zijn initiatiefnemers tot werken van meer commerciële aard overigens niet alleen bereid de door hun werk veroorzaakte schade te vergoeden, maar betalen zij ook een 'meewerkvergoeding'. Een dergelijke vergoeding kan oplopen tot meer dan € 10.000 per opgewekte MW

28 Nota bene: de Waterwet voorziet ook in gedoogplichten van rechtswege, zoals hiervoor aan de orde kwam.

29 Zie hierover uitgebreid: B.S. ten Kate & J. de Roos, 'De gedoogplicht ex artikel 5.24 Waterwet', *TBR* 2016/64.

30 *Kamerstukken II* 2006/07, 30818, 3, p. 112.

31 Voor primaire Waterkeringen bepaalt artikel 5.8 eerste lid Waterwet dat gedeputeerde staten de gecoördineerde voorbereiding van de besluiten die nodig zijn ter uitvoering van het projectplan *bevorderen*.

32 Bijvoorbeeld artikel 64b lid 3 Onteigeningswet, artikel 12b Waterstaatswet 1900 en artikel 4 Mijnbouwwet.

33 Zie o.a. artikel 1 Belemmeringenwet Privaatrecht, artikel 5 Belemmeringenwet Landsverdediging en artikel 7:14 Waterwet.

bij windturbines.³⁴ Deze minnelijk betaalde vergoedingen staan niet in verhouding tot het recht op schadevergoeding dat de rechthebbende op grond van de BP heeft. Dat recht omvat, zoals hiervoor al aan de orde kwam, geen aanspraak op een retributie of gebruiksvergoeding anderszins. Voor zover wij kunnen overzien bestaat daarop één uitzondering, namelijk waar het gaat om een gedoogplicht op grond van artikel 4 Mijnbouwwet. Dat artikel bepaalt namelijk dat de rechthebbende – onverminderd zijn recht op schadevergoeding – aanspraak heeft op een door de minister vast te stellen vergoeding voor het gebruik van de grond. De keuze van de wetgever om aan te sluiten bij de praktijk,³⁵ valt wel te begrijpen, maar het is naar ons oordeel toch lastig uit te leggen dat degene die de winning van delfstoffen moet gedogen wél recht op een gebruiksvergoeding heeft, maar degene die (bijvoorbeeld) een windpark of commerciële transportleiding gedooft niet.

Schadevergoeding voor gedoogplichten die op grond van de BP zijn opgelegd houdt volgens vaste rechtspraak³⁶ *volledige* schadevergoeding in. Een rechthebbende krijgt dan dus al zijn schade vergoed. Anders dan bij onteigening is er geen sprake van dat de rechthebbende een (gekapitaliseerde) schadevergoeding ineens krijgt. Telkens als zich schade voordoet kan vergoeding worden gevraagd.³⁷

Het recht op volledige schadeloosstelling bestaat ook voor de meeste gedoogplichten uit andere wetten, zoals de Bepalingenwet Landsverdediging en de Wet inzake de luchtverontreiniging. De procedure tot het opleggen van een gedoogplicht in deze wetten is vrijwel gelijk aan die in de BP, en het recht op schadevergoeding is op dezelfde wijze verwoord. Het ligt dan niet in de rede dat een andere wijze van schade afdoening zou zijn beoogd.

Dit schadevergoedingsregime geldt voor zover wij kunnen overzien ook voor de meeste van rechtswege werkende gedoogplichten. In elk geval geldt dat bij de Waterstaatswet 1900.³⁸ Bij deze wet is bovendien expliciet bepaald dat de

initiatiefnemer (verweerder) de proceskosten moet betalen indien de vastgestelde schadevergoeding het aanbod daartoe overtreft.³⁹

Zowel voor de bij beschikking op te leggen gedoogplichten als bij de gedoogplichten van rechtswege geldt dat vrijwel zonder uitzondering de (civiele) kantonrechter bevoegd is te oordelen over de schade indien partijen er onderling niet uitkomen.

Dissonant bij zowel de *omvang* van de schadeloosstelling als op procesrechtelijk gebied zijn de gedoogplichten op grond van de Waterwet. Op grond van artikel 7.18 Waterwet wordt schade als gevolg van grondwateronttrekkingen of infiltraties (die moeten worden gedooft op grond van artikel 5.27 Waterwet) door de vergunninghouder vergoed. Komen partijen er niet uit, dan kunnen zij zich tot de civiele rechter wenden. Voor de andere gedoogplichten op grond van de Waterwet geldt de algemene schadevergoedingsregeling uit artikel 7.14 Waterwet. Dat artikel bepaalt:

“Aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden, wordt op zijn verzoek door het betrokken bestuursorgaan een vergoeding toegekend, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.”

Na een verzoek om vergoeding op grond van dit artikel neemt het bestuursorgaan een besluit, waartegen volgens de standaardregeling van de Awb bezwaar en beroep openstaat. Aan het beoordelen van deze schade komt de civiele rechter dus niet te pas.

Op grond van de tekst gaat het hier bovendien niet om een volledige schadeloosstelling, maar om een vergoeding op basis van het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten, een nadeelcompensatievergoeding dus.⁴⁰ Volgens de memorie van toelichting en het Nader rapport⁴¹ is dat ook beoogd. Echter, in gevallen waarin de onroerende zaak zelf aangetast wordt, ligt volledige schadevergoeding in de rede. De volledige schade is dan onevenredig. De regering ging er hierbij wel van uit dat andere beginselen uit het nadeelcompensatierecht gewoon van toepassing zijn. Bij bijvoorbeeld actieve risicoaanvaarding bestaat dan geen recht op schadevergoeding.⁴²

Dit zou ertoe kunnen leiden dat ook forse schade in het geheel niet vergoed wordt. Immers, een koper die op basis van een beleidsvisie kan voorzien dat de door hem aan te kopen

34 Dit maken wij op uit onderzoek uit 2013 in opdracht van de Rijksoverheid door Pondera Consult, gepubliceerd onder de titel ‘Grondvergoedingen bij windenergieprojecten’, te vinden via: www.rvo.nl/sites/default/files/2013/10/131009%20Grondvergoeding%20bij%20windenergieprojecten.pdf.

35 Dit recht is bij amendement (*Kamerstukken II 2015/16, 34348, 8*) in de wet terechtgekomen. De indiener van dit amendement stelde zich op het standpunt dat het aangewezen was de heersende vergoedingspraktijk wettelijk vast te leggen. De minister liet het oordeel aan de kamer, aangezien er ten opzichte van de praktijk volgens hem inderdaad niets nieuws onder de zon zou zijn. In de Omgevingswet, waarin de Mijnbouwwet opgaat, komt dit vergoedingsrecht niet terug.

36 HR 22 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB5597; HR 2 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7302.

37 HR 6 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:AB3973.

38 In het advies van de Raad van State bij het ontwerp van de Waterwet schrijft de Raad (*Kamerstukken II 2006/07, 30818, 4, p. 15*) “Thans wordt in een aantal van deze gevallen voorzien in volledige schadevergoeding, zoals in artikel 12 Waterstaatswet 1900. (...) met het oog op de rechtszekerheid adviseert de Raad het recht op volledige schadevergoeding voor de hier bedoelde gevallen reeds vast te leggen in de wet (...). Aldus kan ook worden voorkomen dat de bestaande praktijk wordt doorkruist, waarin zoveel mogelijk wordt getracht de financiële gevolgen van het gedogen vooraf op basis van volledige schadevergoeding in der minne te regelen.”

39 Artikel 12b Waterstaatswet 1900.

40 ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3674.

41 *Kamerstukken II 2006/07, 30818, 4.*

42 Daarbij ging de regering er ten onrechte van uit dat dit op grond van het oude recht ook zou was. Zie daarover B.S. ten Kate & J. de Roos ‘De gedoogplicht ex artikel 5.24 Waterwet’, *TBR 2016/64* met verdere verwijzingen.

grond deels zal worden vergraven zal minder willen betalen, zeker als hij de daardoor ontstane schade niet vergoed zal krijgen. De verkoper heeft echter geen recht op schadevergoeding, omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich nog niet heeft voorgedaan.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft voor gevallen waarin de onroerende zaak zelf wordt aangetast, echter een stokje gestoken voor het ontzeggen van schadevergoeding wegens actieve risicoaanvaarding. De Afdeling overweegt:

“Zelfs als het risico op het vergraven van gronden was te voorzien, zoals het dagelijks bestuur betoogt, dan laat dit onverlet dat [appellant] als eigenaar van de gronden er vanuit mocht gaan dat hij zou worden gecompenseerd voor met het vergraven van de gronden gemoeide verlies van grond.”⁴³

Ook bij gedoogplichten op grond van de Waterwet kan een volledige schadeloosstelling dus aangewezen zijn. Een volledige schadevergoeding houdt daarbij niet (ook) een volledige (proces)kostenvergoeding in, anders dan bij onteigening.⁴⁴

Naast de Waterwet voorzien overigens ook de (veel minder vaak toegepaste) Ontgrondingenwet en de Monumentenwet 1988 in een nadeelcompensatievergoeding in plaats van volledige schadeloosstelling. Wij gaan ervan uit dat de hier genoemde jurisprudentie ook bij deze wetten toepasbaar is, hoewel van een aantasting van de onroerende zaak veel minder snel sprake zal zijn.

Het feit dat de Waterwet niet expliciteert dat er een aanspraak bestaat op een volledige schadeloosstelling brengt volgens de Afdeling overigens niet mee dat de belangen van de eigenaar onteigening vorderen.⁴⁵

3. Aanpassing broodnodig?(!)

Uit het voorgaande kan zonder overdrijving wel worden afgeleid dat het huidige stelsel van gedoogplichten divers is. Er is een weinig overzichtelijk systeem ontstaan waarin gedoogplichten in tal van wetten zijn opgenomen, terwijl er ook inhoudelijk flinke verschillen zijn. Lang niet altijd is voor de verschillen tussen verschillende gedoogplichten een logische verklaring te geven. Alleen al in het kader van de overzichtelijkheid is een grote schoonmaak wat ons betreft wel aangewezen.

Aanpassing van het stelsel van rechtsbescherming ligt daarbij voor de hand. Het ‘standaard’ systeem uit de BP is archaisch. Er is geen enkele noodzaak om de verschillende inhoudelijke criteria door verschillende rechters te laten toetsen. De nu soms nog vereiste erkenning- en concessieprocedures kunnen eenvoudig worden gemist.

43 ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, BR 2017/48, m.nt. J.S. Procee & T.E.F. Reijnders.

44 ABRvS 14 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1590.

45 ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668.

Verder is er ook ruimte voor inhoudelijke verbetering. Wij hebben voornamelijk bezwaren tegen de huidige benadering van het criterium dat de belangen van de rechthebbende geen onteigening vorderen. Zoals hiervoor beschreven komt die benadering, met name in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, er vooral op neer dat wordt gekeken naar de relatieve omvang van de belemmering die ontstaat.⁴⁶ De belemmerde oppervlakte wordt vergeleken met de oppervlakte van het totale aaneengesloten areaal van een rechthebbende. Als de belemmerde oppervlakte relatief klein is, wordt beoordeeld of bijzondere omstandigheden aan de orde zijn, zoals de omstandigheid dat het gebruik van de overige gronden van de rechthebbende nadelig wordt beïnvloed. Zoals wij al eerder schreven⁴⁷ hebben wij in de kern drie bezwaren tegen deze benadering.

Ons eerste bezwaar is dat de absolute aard en de omvang van de belemmering er niet toe lijken te doen. De resterende gebruiksmogelijkheden van de *belemmerde* oppervlakte zijn voor een rechthebbende van groot belang, maar spelen in de jurisprudentie nauwelijks een rol. Een ondergrondse leiding met een ruimtebeslag van 1.000m² lijkt ons doorgaans veel minder ingrijpend dan een nieuw dijklichaam van die oppervlakte of een transformatorstation. Indien op de belemmerde oppervlakte geen gebruiksmogelijkheden voor de rechthebbende meer resteren is er wat de gevolgen betreft feitelijk geen verschil met de situatie waarin de belemmerde oppervlakte zou worden onteigend. De schrale troost voor de eigenaar dat hij nog genoeg andere grond heeft doet daaraan niets af.

In de tweede plaats vinden wij het tamelijk willekeurig om aan te sluiten bij de aaneengesloten grondpositie van de rechthebbende, zeker als daarbij ook gronden worden betrokken die een rechthebbende niet in eigendom heeft. De omstandigheid dat een eigenaar ook een naastgelegen perceel pacht lijkt ons geen gewicht in de schaal te moeten leggen. Als de pacht eindigt kan de gedoogplicht niet alsnog ter discussie worden gesteld. Hoewel daarvan in de praktijk nog niet is gebleken kan dit criterium ook strategisch handelen van eigenaren uitlokken. Niets staat eraan in de weg dat zij de grond waarop zij weten dat er een belemmering zit aan te komen afsplitsen en vervreemden, bijvoorbeeld aan een speculant. Die zou dan onteigend moeten worden (100% van de grond wordt belemmerd), terwijl de buurman die wellicht een veel grotere absolute belemmering te verduren krijgt het met een gedoogplicht moet doen.

46 De civiele jurisprudentie lijkt wat meer ruimte open te laten voor een bredere blik. Zo overwoog het Gerechtshof Amsterdam (8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:814). “Als uitgangspunt heeft te gelden dat noodzaak tot onteigening bestaat in die gevallen waarin aanleg en instandhouding van een werk het huidige gebruik van de betreffende onroerende zaak onmogelijk maakt dan wel in belangrijke mate vermindert als gevolg van een wijziging van de fysieke gesteldheid van de grond. Daarbij is tevens van belang welk deel van het totale perceel wordt belemmerd (...)”

47 H. Zeilmaker & J.W.M. Hagelaars, ‘Een eenduidige regeling voor alle gedoogplichten in de Omgevingswet’, *O&A* 2017/67.

Ons derde bezwaar is dat het thans gehanteerde criterium te weinig oog heeft voor het verschil tussen onteigening en een gedoogplicht. De Onteigeningswet voorziet alleen in de mogelijkheid te onteigenen wat nodig is voor de aanleg van het werk. In geval van een transformatorstation kan dus alleen de ondergrond van dat station (en de bijbehorende werken) worden onteigend. De onteigene partij is – uitzonderingen daargelaten – niet gehouden de resterende gronden over te nemen, ook niet als deze door het werk waarvoor onteigend wordt minder bruikbaar zijn voor hun huidige functie. Onteigening beschermt dus niet tegen verminderde gebruiksmogelijkheden van de resterende (aaneengesloten) gronden. Het valt dan niet in te zien dat en waarom de belangen van de rechthebbende onteigening vorderen; onteigening helpt hem niet verder. Ook bij een gedoogplicht heeft de eigenaar immers recht op een volledige schadevergoeding. De vraag is dan waarom bij de keuze tussen een gedoogplicht en onteigening groot gewicht zou moeten toekomen aan de resterende gebruiksmogelijkheden van het overblijvende.

Wat ons betreft zou aanmerkelijk meer gewicht moeten toekomen aan de absolute aard en omvang van de belemmering. Indien op gronden geen gebruiksmogelijkheden voor de rechthebbende resteren zou onteigening eerder in beeld moeten komen. Ter voorkoming van onteigeningen voor erg kleine oppervlakten zou het criterium dat ondoelmatige versnippering van de eigendom moet worden tegengestaan weer kunnen worden afgestoft.⁴⁸

4. Het nieuwe stelsel onder de Omgevingswet

Een van de belangrijke aanleidingen voor de Omgevingswet is de huidige verbrokkeling van omgevingsrechtelijke regels.⁴⁹ Zoals we hiervoor hebben gezien is die verbrokkeling ook bij gedoogplichten heel groot. De Omgevingswet maakt aan die verbrokkeling grotendeels een einde. Van de hiervoor besproken gedoogplichten blijft alleen de gedoogplicht in de Telecommunicatiewet zelfstandig bestaan.

In de Omgevingswet is hoofdstuk 10 aan gedoogplichten gewijd. De schadevergoedingsregels uit het omgevingsrecht, waaronder die voor gedoogplichten worden vastgelegd in hoofdstuk 15, dat met de invoeringswet wordt ingepast. Van die invoeringswet is op dit moment alleen nog een consultatieversie beschikbaar. De procedureregels zijn opgenomen in hoofdstuk 16 van de Omgevingswet.

Net als in het huidige stelsel kent de Omgevingswet gedoogplichten ex lege en gedoogplichten die bij beschikking kunnen worden opgelegd. De gedoogplichten ex lege

zijn geregeld in de artikelen 10.2-10.10 Omgevingswet. Er komen geen nieuwe gedoogplichten bij, de gedoogplichten uit de verschillende wetten zijn hier samengebracht. De ex lege gedoogplicht voor het maken van een ontwerp uit (o.a.) de Onteigeningswet en de BP is voortaan geen ex lege gedoogplicht meer, maar een bij beschikking op te leggen gedoogplicht. Voor werkzaamheden aan waterstaatswerken, wegen of in het kader van waterbeheer geldt dat de rechthebbende ten minste 48 uur van tevoren moet worden geïnformeerd.

Afdeling 10.3 Omgevingswet regelt de bij beschikking op te leggen gedoogplichten. Op grond van artikel 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 onteigening niet vorderen.

Welke werken van algemeen belang zijn, is in de artikelen 10.13 tot en met 10.21 Omgevingswet omschreven. Per artikel is een categorie werken geregeld. Zo regelt artikel 10.13 Omgevingswet (gedoogplicht infrastructuur en water) dat een gedoogplicht kan worden opgelegd voor (o.a.) betaalpoorten, werken voor hoofdspoorwegen en drink- en afvalwatertransport. Artikel 10.14 Omgevingswet regelt gedoogplichten voor energie en mijnbouw, enz. Met de invoeringswet wordt nog in een extra categorie voorzien, te weten de gedoogplicht voor defensiewerken, zodat ook de Belemmeringenwet Landsverdediging kan worden ingetrokken.

Voor werken die – ondanks de ruime omschrijving van de verschillende categorieën – niet zijn geregeld, voorziet artikel 10.21 Omgevingswet in de mogelijkheid een gedoogplicht op te leggen voor het tot stand brengen of opruimen van een werk van algemeen belang dat geen werk of activiteit is als bedoeld in de artikelen 10.13-10.19 Omgevingswet. Deze gedoogplicht kan worden opgelegd, 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. Hiermee verdwijnen de afzonderlijke erkennings- en concessieprocedures.

Volgens de toelichting op de Invoeringswet is de in de Omgevingswet opgenomen regeling van gedoogplichten geen exclusieve regeling. Ook in een omgevingsverordening, waterschapsverordening of een omgevingsplan zouden gedoogplichten kunnen worden opgenomen. Zoals wij al eer-

48 We vinden het criterium nog in een aantal oudere uitspraken: ABRvS 9 juni 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2884, ABRvS 18 september 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5465. Zie ook de memorie van toelichting bij het Ontwerp van Wet tot nadere wijziging van de Waterstaatswet, waarin de ongewenste toestanden worden gesignaleerd die zouden ontstaan als gronden doorsneden worden met 'smalle stroken die in eigendom toebehoren aan anderen', *Kamerstukken II 1921/22*, 535, 3.

49 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 5.

der schreven⁵⁰ vinden wij dit bepaald onlogisch. In de eerste plaats schreef de regering in de memorie van toelichting bij de Omgevingswet nog dat zij het ongewenst zou vinden dat provincies en gemeenten een gedoogplicht zouden kunnen opleggen, gelet op het ingrijpende karakter ervan.⁵¹

In de tweede plaats voegt een gedoogplicht in een waterschapsverordening niet veel toe, aangezien beheerders van waterstaatswerken op grond van artikel 10.17 Omgevingswet een gedoogplicht kunnen opleggen. De noodzaak voor het opleggen van gedoogplichten in een waterschapsverordening lijkt dus te ontbreken.

Het derde en meest belangrijke punt lijkt ons dat in de Omgevingswet, zoals we hierna zullen bespreken, juist is voorzien in een uniform stelsel van rechtsbescherming. Indien gemeenten, waterschappen en provincies de mogelijkheid hebben om zelf ook gedoogplichten te regelen komt de uniformiteit van het stelsel potentieel in het gedrang.

Daar komt bij dat de Omgevingswet noch de Invoeringswet Omgevingswet een expliciete wettelijke grondslag bieden voor (het opleggen van) gedoogplichten anders dan conform hoofdstuk 10 van de Omgevingswet. Wat ons betreft mag die grondslag niet ontbreken, indien het inderdaad de bedoeling is dat gedoogplichten ook door lagere overheden kunnen worden opgelegd.

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. Vrijwel steeds is de Minister van IenW 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. Op grond van artikel 10.22 Omgevingswet bevat een gedoogplichtbeschikking in ieder geval een beschrijving van:

- a. de onroerende zaak waarop de beschikking betrekking heeft;
- b. het werk van algemeen belang waarvoor de beschikking geldt;
- c. de te verrichten activiteiten en de voorbereiding daarvan;
- d. de plichten van de rechthebbenden;
- e. de rechten en plichten van de initiatiefnemer.

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 rechthebben-

de 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.

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 artikel 5:20 lid 2 BW al uitkomst. Vooruitlopend op de invoering van de Omgevingswet is in artikel 9g Elektriciteitswet 1998 bepaald dat 5:20 lid 2 BW eveneens van toepassing is op openbare werken van algemeen nut die op grond van de BP moeten worden gedoogd.⁵² In artikel 10.28 Omgevingswet is bepaald dat artikel 5:20, tweede lid BW van toepassing is op werken van algemeen belang die met toepassing van een gedoogplichtbeschikking worden aangelegd, in stand gehouden, gewijzigd of verplaatst. Daarmee is voorzien in de leemte die bestond voor werken die waren aangelegd op grond van gedoogplichten uit de Waterwet, de Ontgrondingenwet, de Belemmeringenwet Landsverdediging en de gedoogplicht uit de Wet luchtverontreiniging.

Met betrekking tot de inhoudelijke criteria die gelden voor het opleggen van een gedoogplicht verandert er inhoudelijk niets ten opzichte van het huidige systeem in de Waterwet en de BP.

De procedureregels veranderen ten opzichte van de BP wel ingrijpend. Het besluit waarbij een gedoogplicht wordt opgelegd is voortaan in alle gevallen en bij uitsluiting appellabel bij de bestuursrechter. Op de voorbereiding is, behalve bij gedoogplichten voor onderzoek, het maken van ontwerpen en in spoedeisende gevallen, de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4. Awb van toepassing. Vervolgens is er als uitgangspunt beroep mogelijk in twee instanties. Coördinatie van de gedoogplichtbeschikking is, anders dan die van de onteigeningsbeschikking in de (consultatieversie van de) Aanvullingswet Grondeigendom, niet uitgesloten. In die gevallen zal meestal sprake zijn van beroep in een instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Met dit stelsel is de rol van de civiele rechter bij de toetsing van het opleggen van een gedoogplicht uitgespeeld.

De civiele rechter komt wel volop in beeld als het gaat om de schadeloosstelling voor gedoogplichten. In de Omgevings-

50 H. Zeilmaker & J.W.M. Hagelaars 'Een eenduidige regeling voor alle gedoogplichten in de Omgevingswet', *O&A* 2017/67.

51 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 379.

52 Hoewel dit in de Elektriciteitswet 1998 is geregeld is het artikel volgens de tekst ervan en de memorie van toelichting op alle openbare werken die op grond van de BP zijn aangelegd van toepassing.

wet wordt ervoor gekozen om de civiele rechter bij uitsluiting bevoegd te maken. Een bestuursorgaan kan dus niet meer bij appellabel besluit beslissen over een verzoek om vergoeding. De schadeloosstelling is verschuldigd door de initiatiefnemer van het werk.

Ook voor wat betreft de omvang van de schadeloosstelling wordt in de consultatieversie van de Invoeringswet Omgevingswet voorzien in een heldere regeling. Voor gedoogplichten ex lege en de bij beschikking op te leggen gedoogplicht voor het maken van een ontwerp (artikel 10.20 Omgevingswet) bestaat aanspraak op een schadevergoeding *naar redelijkheid*. Daarmee wordt gekozen voor aansluiting bij het nadeelcompensatiestelsel. In afwijking van de – nog altijd niet in werking getreden – bepalingen over nadeelcompensatie in 4:126 e.v. Awb gaat hier dus de civiele rechter oordelen over nadeelcompensatie.

Voor de overige gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd geldt een recht op volledige schadeloosstelling, overeenkomstig de huidige regeling in de BP.

5. Conclusie

De gedoogplichten staan in de belangstelling vanwege de recente rechtspraak en de ruime toepassingsmogelijkheden. De Omgevingswet brengt meer eenduidigheid in de huidige lappendeken van de gedoogplichten. Ook wordt de schadevergoeding uniform geregeld. Dat vinden wij een groot pluspunt.

Ten aanzien van de rechtspraak over gedoogplichten bepleiten wij dat de invulling van het criterium dat de belangen van de rechthebbende onteigening vorderen wordt heroverwogen. Daarbij zou het voorkomen van ongewenste versnippering van eigendommen en de beperking van de gebruiksmogelijkheden van de belemmerde gronden centraal moeten staan in plaats van de verhouding van de belemmerde gronden tot de totale grondoppervlakte en de bruikbaarheid van de overblijvende gronden.