

Windturbines: ‘nieuw voor oud’ en ‘oud voor nieuw’, gedoogplicht en onteigening

Preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Agrarisch Recht 2018

mr. H. Zeilmaker¹

In het Nationaal Energieakkoord voor duurzame groei² is afgesproken dat in 2023 16% hernieuwbare energie zal worden gerealiseerd. Een belangrijk onderdeel daarvan is windenergie: in 2020 moet 6.000 MW worden opgewekt door windmolens op land.³ De oprichting van nieuwe windparken met veel vermogen is dan ook in volle gang. Vaak gaat het dan om de combinatie met het saneren van de oudere parken en turbines. Met als gevolg een uiteenlopende problematiek en rechtsvragen: wat zijn de rechten van de grondeigenaren respectievelijk exploitanten van bestaande te saneren turbines? Hoe kan de sanering worden afgedwongen? Daarbij staan de (hoge) vergoedingen die nu jaarlijks aan grondeigenaren worden betaald ter discussie. Waarop zijn die vergoedingen gebaseerd? En hoe kan medewerking aan het plaatsen van nieuwe turbines worden afgedwongen als de grondeigenaar niet meewerkt en/of de aangeboden vergoeding niet accepteert?

In dit preadvies worden de gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht en het instrument onteigening besproken, voor de scenario's dat nieuwe turbines tegen de wil van grondeigenaren moeten worden gerealiseerd, en bestaande windturbines tegen de wil van de turbine-eigenaren moeten worden verwijderd.

1. Windturbines: oud en nieuw

Aan de ene kant van het spectrum staat de grondeigenaar die niet wil meewerken aan de plaatsing van een nieuwe turbine op zijn grond. Daar gaat het dus om het afdwingen van de plaatsing van windturbines op gronden van een eigenaar die niet bereid is daarvoor een opstalrecht of ander zakelijk recht te vestigen. Dat laatste zal niet vaak het geval zijn bij de grondeigenaar op wiens grond de turbine wordt geplaatst; deze eigenaar is alleen al vanwege de aanzienlijke vergoedingen voor het vestigen van een opstalrecht voor een of meer turbines zijn eigendommen in de regel maar al te graag bereid om mee te werken. Het zal dan ook vaak de buurman zijn, die niet dat financiële voordeel maar alleen nadelen ondervindt van de nieuwe turbine, die zich verzet tegen de oprichting van een nieuwe turbine. Een goed voorbeeld is de hierna te noe-

men uitspraak over de omgevingsvergunning voor Windpark Westeinde, waarin de eigenaren van de aanliggende percelen geen toestemming gaven voor de wiekoverslag over hun eigendommen.

Aan de andere kant treffen wij de eigenaar/exploitant van een (of meer) bestaande turbine(s). Die zal, zeker als geen sprake is van participatie in het nieuwe windpark, niet snel bereid zijn zijn turbine(s) te laten plaatsmaken voor het windpark van de concurrent. De sanering van de bestaande turbines is wel noodzakelijk, alleen al omdat het (letterlijk) naast (en door) elkaar laten bestaan van meerdere windparken leidt tot een verrommeling van het landschap en daarmee tot strijd met een goede ruimtelijke ordening. Soms staan de turbines elkaar zelfs in de weg.

In dit preadvies wordt allereerst de plaatsing van nieuwe turbines besproken (par. 1). Vervolgens komt de sanering van bestaande turbines aan bod (par. 2). Voor deze volgorde is gekozen omdat de oprichting van de nieuwe turbines in de regel vooruitloopt op de sanering van de bestaande (tenzij de bestaande turbine moet wijken om letterlijk plaats te maken voor de nieuwe turbine). Daarbij zal per onderwerp een overzicht worden gegeven van de (recente) rechtspraak. De Raad van State heeft de laatste jaren vele uitspraken gedaan over bestemmingsplannen die de oprichting van een nieuw

1. Hanna Zeilmaker is advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V.

2. Het Energieakkoord voor duurzame groei is te raadplegen op de website van de Sociaal-Economische Raad (SER) via <https://www.energieakkoordser.nl/energieakkoord.aspx>.

3. Energieakkoord voor duurzame groei, p. 17, 68.

windturbinepark moeten faciliteren. In meerdere recente uitspraken kwam ook de vraag naar de beschikbaarheid van de benodigde 'ondergrond' aan de orde. Vervolgens zal het beschikbare wettelijke instrumentarium, onteigening respectievelijk de gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht, worden besproken.

2. Plaatsing nieuwe turbines

2.1. Rechtspraak realisering nieuwe turbines

De beschikbaarheid van de gronden om nieuwe windturbines te realiseren wordt met enige regelmaat aan de orde gesteld door omwonenden die bezwaar maken tegen het bestemmingsplan voor een nieuw windpark. Die bezwaren zien dan op de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan, die (onder meer) wordt betwist in het geval nog niet vaststaat dat alle grondeigenaren willen meewerken.

Een voorbeeld is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak d.d. 6 mei 2015⁴ over het bestemmingsplan 'Buitengebied Valburg-16 (Windturbines A15)' van de gemeente Nijmegen. De grondeigenaar wilde niet meewerken met de realisering van een windturbine en stelde beroep in. De raad stelde dat over de eigendom van de gronden van de meest oostelijke windturbine inderdaad nog geen overeenstemming was bereikt, maar dat indien daarover geen overeenstemming komt, met toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrecht de realisering van de windturbine mogelijk zou worden gemaakt. De Afdeling stelt voorop dat in het kader van een beroep tegen een bestemmingsplan een betoog over de (financiële) uitvoerbaarheid van dat plan slechts kan leiden tot vernietiging van het bestemmingsplan indien en voor zover het aangevoerde leidt tot de conclusie dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan niet kan worden uitgevoerd binnen de planperiode van in beginsel tien jaar. De Afdeling overweegt (onder meer) dat als de bewuste grondeigenaar geen toestemming geeft voor het gebruik van zijn gronden voor de meest oostelijke windturbine, het gebruik van die gronden ten behoeve van de turbine en de bouw ervan door middel van de Belemmeringenwet Privaatrecht mogelijk zal worden gemaakt. De eigendomsverhoudingen staan dus niet aan de uitvoerbaarheid in de weg. Er was (ook om andere redenen) dus geen aanleiding voor het oordeel dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan niet binnen de planperiode van tien jaar kan worden uitgevoerd.

In haar uitspraak van 4 mei 2016 over het rijksinpassingsplan 'Windpark Wieringermeer'⁵ had de Stichting Omwonenden Windturbines betoogd dat een aantal grondeigenaren geen toestemming had

gegeven voor het plaatsen van windturbines op hun gronden dan wel het laten overdraaien van de rotors op hun gronden. De Afdeling wees erop dat een privaatrechtelijke belemmering alleen dan in de weg staat aan de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan wanneer deze belemmering een evident karakter heeft. De Stichting Omwonenden Windturbines hadden niet aannemelijk gemaakt dat de eigenaren van de door hen bedoelde gronden gedurende de planperiode geen toestemming zouden geven voor het plaatsen van de windturbines of het laten overdraaien van de rotors. De Afdeling wees erop dat de ministers de bevoegdheid hebben tot het opleggen van een gedoogplicht. De ministers hadden zich volgens de Afdeling terecht op het standpunt gesteld dat geen sprake was van een evidente privaatrechtelijke belemmering van de uitvoerbaarheid van het inpassingsplan. Dat de procedure op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht nog niet was gevolgd was niet van belang. De mogelijkheid van het opleggen van een gedoogplicht komt ook aan de orde in de uitspraak van 7 maart 2018⁶, Windpark Westeinde. Naar aanleiding van het beroep op een evidente privaatrechtelijke belemmering omdat de bewuste appellanten in hun hoedanigheid van eigenaar geen toestemming gaven voor het overdraaien van de rotorbladen over hun percelen oordeelde de Afdeling dat op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht een gedoogplicht kan worden opgelegd, zodat er geen sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering die aan de verlening van de omgevingsvergunning in de weg staat.

2.2. Realisering nieuwe turbine: onteigening of gedoogplicht?

Voor de realisering van een nieuw windpark is het in de eerste plaats nodig dat het bestemmingsplan de plaatsing van de beoogde turbine mogelijk maakt. Als het gaat om een windpark met een potentieel opgesteld vermogen van meer dan 100 MW gaat het om een rijksinpassingsplan.⁷

In de tweede plaats moet de overheid/initiatiefnemer de beschikking hebben over de benodigde grond om de turbine inclusief toegangsweg (binnen de planperiode) te kunnen realiseren. Bij de realisering van woningbouwprojecten of bedrijventerreinen, maar ook bij de realisering van infrastructuur, wordt ervan uitgegaan dat de overheid/initiatiefnemer over de (volle) eigendom van de

4. ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1470.

5. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228.

6. ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:766.

7. Op grond van art. 9b, aanhef en onder a, van de Elektriciteitswet 1998 de rijkscoördinatieregeling van art. 3.35, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Wet ruimtelijke ordening van toepassing. De ministers van Economische Zaken (hierna: EZ) en van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: IenW) stellen op grond van art. 9c, eerste lid van de Elektriciteitswet 1998 jo. art. 3.35, derde lid, Wro een rijksinpassingsplan vast. Ook wordt de rijkscoördinatieregeling van art. 3.35 Wro toegepast.

benodigde grond moet beschikken om het werk te kunnen realiseren en in stand houden en beheren.⁸ Bij de realisering van windturbines wordt, net als bij de realisering van hoogspanningsleidingen of de aanleg van kabels en leidingen, in de praktijk niet uitgegaan van eigendomsverkrijging door aankoop van de ondergrond, maar van het verkrijgen van een zakelijk recht. Dat zakelijk recht regelt enerzijds dat de aanlegger/exploitant toestemming heeft voor de aanleg en instandhouding, en anderzijds dat de eigendom van de turbine bij de aanlegger/exploitant komt te rusten. Immers, een overeenkomst zonder zakenrechtelijke werking regelt weliswaar de titel (toestemming) voor de bouw van de turbine, maar op basis van de regels van verticale natrekking berust de eigendom van die turbine vervolgens bij de grondeigenaar. Om die natrekking te voorkomen wordt een opstalrecht gevestigd; de verticale natrekking wordt daardoor voorkomen en de eigendom van de turbine berust bij de aanlegger/exploitant.

Vooruitlopend op de vestiging van een opstalrecht worden in de praktijk overigens ook overeenkomsten met grondeigenaren afgesproken waarin deze op afroep zullen meewerken aan de vestiging van een opstalrecht, en wel alleen ten behoeve van deze ene partij, met een kettingbeding dat het contract mee overgaat in het geval van vervreemding. Zo proberen potentiële initiatiefnemers al voordat het bestemmingsplan en de vergunningen in kunnen en kruiken zijn zeker te stellen dat zij de (enige en exclusieve) gegadigde voor de realisering van het beoogde windpark zullen zijn.

Gezien de vaste praktijk om te volstaan met het vestigen van een zakelijk recht in de plaats van verwerving van de ondergrond voor de turbine (en toegangsweg), en gezien de hierboven besproken Afdelingsuitspraken waarin zonder omhalen naar het instrument van de gedoogplicht wordt verwezen, ga ik ervan uit dat het instrument van onteigening niet het geëigende instrument is om de realisering van nieuwe windturbines af te dwingen. Er kan immers worden volstaan met een gedoogplicht, de afgedwongen 'equivalent' van een zakelijk recht. Mij zijn in ieder geval geen Koninklijke Besluiten of uitspraken van onteigeningsrechters bekend waarbij de onteigening van de ondergrond van een windturbine (met aanhorigheden zoals onderhoudsplateau en -weg) aan de orde was.

8. Zo wees de Kroon in het KB van 27 maart 2017, nr. 2017000501, gemeente Hilversum, het standpunt van de eigenaar van de hand dat onteigening niet noodzakelijk is omdat volgens de eigenaar zowel voor de fietspaden en de dassentunnels een recht van opstal gevestigd kon worden. De provincie had erop gewezen dat het verzoek voor het recht van opstal voor het fietspad was afgewezen, omdat zij fietspaden vanwege een veilige en ongestoorde ligging hiervan en uit oogpunt van beheer altijd volledig in eigendom wilden hebben en niet op basis van een recht van opstal.

2.3. Belemmeringenwet privaatrecht gewijzigd ten behoeve van windopgave

De Belemmeringenwet privaatrecht biedt de mogelijkheid voor de initiatiefnemer/exploitant van een windpark om de Minister te vragen om aan rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken te verplichten de aanleg en instandhouding van een werk te gedogen, (onder meer) indien naar het oordeel van de Minister de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen. In 2016 is de Elektriciteitswet 1998 gewijzigd, en is in art. 9g van de Elektriciteitswet bepaald dat een windpark met een capaciteit van tenminste 5 MW voor de toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrecht wordt aangemerkt als openbaar werk van algemeen nut. Daarmee staat vast dat voor de aanleg van een windpark 5 MW+ geen concessie- of erkenningsbesluit van de Kroon nodig is; de initiatiefnemer kan een verzoek indienen bij de Minister.

De gedoogplicht BP wordt door de Minister van I&W opgelegd als onder meer aan de volgende criteria is voldaan:

- 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.

2.3.1. Proportionaliteit

De nieuwe turbine zal in de regel binnen het daarvoor bestemde bestemmingsvlak worden gerealiseerd. Het gebruik van de onroerende zaak voor de realisering en instandhouding van een windturbine zal beperkt zijn tot het plateau met de voet, ondergrondse fundering, de toegangsweg en een belaste strook voor de wiekoverslag. Als de exacte locatie van de turbine inclusief toegangsweg inderdaad met een bestemmingsvlak is aangewezen is een discussie over een alternatieve minder bezwarende locatie of wijze in de gedoogplichtprocedure niet aan de orde; dat is een discussie van planologische aard die in het kader van de bestemmingsplanprocedure moet / kon worden gevoerd. De proportionaliteitseis lijkt mij dan ook over het algemeen geen obstakel bij de verlening van een gedoogplichtbeschikking voor een als zodanig bestemde windturbine.

2.3.2. Belangen rechthebbende vorderen geen onteigening

Bij de vraag of de belangen van de rechthebbende onteigening (niet) vorderen gaat het in het bijzonder om de vraag wat de verhouding is tussen de benodigde grondoppervlakte en het totale grondoppervlak van de rechthebbende en de vraag of er

bijzondere omstandigheden zijn. Bij de beoordeling wordt het totale aaneengesloten grondoppervlak van een rechthebbende, in eigendom, pacht dan wel anderszins duurzaam in gebruik, betrokken. Uit de rechtspraak is geen eenduidige maatstaf te herleiden van een percentage dat wel of niet meer acceptabel is. In sommige uitspraken zijn belemmeringen tot zelfs 25 %⁹ acceptabel bevonden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan wel een lager percentage maximaal aanvaardbaar zijn. Daarbij is als bijzondere omstandigheid 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. Het is dus ook goed voorstelbaar dat een groter percentage acceptabel is, bijv. als (een gedeelte van) dat grondbeslag alleen tijdelijk is benodigd, bij voorbeeld als werkterrein, of als de gronden na de realisering van het (permanente) werk -zij het in de regel met beperkingen- weer goed bruikbaar zijn voor de rechthebbende.

Naar mijn inschatting zal niet snel worden aangenomen dat de belangen van de rechthebbende onteigening vorderen, als hij of zij wordt geconfronteerd met het initiatief om op zijn of haar perceel een of meer windturbines op te richten. Het oppervlakcriterium zal in de regel niet aan de oplegging van een gedoogplicht in de weg staan, en ook de bruikbaarheid van het overblijvende is naar verwachting geen probleem¹⁰. Ook de praktijk laat zien dat de belangen van de grondeigenaren kennelijk geen onteigening vorderen; de benodigde ondergrond wordt in de praktijk niet aangekocht maar de betrokken partijen komen een recht van opstal overeen. De gemiddelde eigenaar van grond waarop een windturbine wordt gerealiseerd vindt kennelijk niet dat hij moet worden 'verlost' van zijn eigendom! Zoals gezegd gaat ook de Afdeling bestuursrechtspraak uit van toepassing van de gedoogplichtprocedure om de medewerking aan de plaatsing van een nieuwe turbine af te dwingen.

2.3.3. Minnelijk overleg

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in meerdere uitspraken het kader geschetst voor de toetsing van (en dus de eisen aan) het minnelijk overleg. Het is overigens niet de minister (die de gedoogplicht oplegt) 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). Met betrekking tot het minnelijk overleg valt uit de jurisprudentie verder het volgende af te leiden¹¹:

- bij de toetsing van het minnelijk overleg hoeft de hoogte van de aangeboden vergoeding niet te worden getoetst; het gaat erom of de voorstellen tot vergoeding niet op voorhand als onwerkelijk en onredelijk moeten worden aangemerkt;
- 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;
- de weigering van de initiatiefnemer om af te wijken van vaste voorwaarden en bedingen, betekent niet dat een voorstel op voorhand onredelijk is;
- het aanbieden van een vergoeding van inkomensschade op basis van normbedragen is niet onredelijk;
- de weigering van de initiatiefnemer om in te stemmen met een opstalrecht voor bepaalde tijd is niet op voorhand onwerkelijk of onredelijk;
- er bestaat in ieder geval geen verplichting een (jaarlijkse) retributie aan te bieden.

Uit het bovenstaande blijkt dat er geen beletselen zijn om voor de realisering van een windturbine een gedoogplichtbeschikking op te leggen. De wet voorziet er met zoveel woorden in, en ook aan de criteria in de rechtspraak kan worden voldaan.

2.4. Eigendom windpark

In art. 9g Elektriciteitswet 1998 is overigens verder bepaald dat art. 5:20, tweede lid, Burgerlijk Wetboek, ook van toepassing is op openbare werken van algemeen nut die met toepassing van een gedoogplicht op grond van de BP worden aangelegd,

9. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:4224.

10. Het criterium van de (verminderde) bruikbaarheid van het overblijvende is een lastige, omdat dat probleem niet wordt opgelost met het instrument van onteigening. Bij onteigening mag immers niet meer worden onteigend dan strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van het werk. Uitgaande van een op de turbine met toebehoren bestemmingsvlak valt niet in te zien op welke grondslag omliggende gronden kunnen worden onteigend. Zie in dit verband mijn eerdere publicaties: H. Zeilmaker en J.W.M. Hagelaars, 'Gedoogplichten nu en straks; wat verandert er in de Omgevingswet?' BR 2018/1; H. Zeilmaker en J.W.M. Hagelaars, 'Een eenduidige regeling voor alle gedoogplichten in de Omgevingswet', O&A 2017/67.

11. Zie recent 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); ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1285, TBR 2017,132, m.nt. M. Rus-van der Velde, K.E. Haan, waarin de minister een gedoogplicht had opgelegd aan de provincie Noord Holland; ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3674 en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1285, TBR 2017,132, m.nt. M. Rus-van der Velde, K.E. Haan; ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:752, TBR 2017/83, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

in stand gehouden, gewijzigd of verplaatst. Met die bepaling is de werking van art. 5:20 BW uitgebreid naar alle werken van algemeen nut waarvoor een gedoogplichtbeschikking is opgelegd. Art. 5:20, tweede lid BW bepaalt dat de eigendom van een net van kabels en leidingen bestemd voor transport van stoffen, energie of informatie dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toebehoort aan de bevoegde aanlegger van dat net. Voor parken met een capaciteit van tenminste 5 MW kan dus een gedoogplicht(beschikking) worden opgelegd. Hoewel op grond van het bepaalde in art. 5:20 lid 1 BW een net van kabels en leidingen eigendom zou kunnen worden van de eigenaar van de grond waarop of waarin het werk is geplaatst, voorziet art. 5:20 lid 2 BW in plaats daarvan in de 'doorknip' van de verticale natrekking voor energie- en informatienetten. Daarbij geldt dus dat de bevoegde aanlegger eigenaar is en blijft van de geplaatste turbine.¹²

2.5. Gedoogplicht windpark in Omgevingswet

In de toekomstige Omgevingswet worden de (meeste) nu over meerdere wetten verbrokkelde gedoogplichten samengebracht. De gedoogplicht op grond van art. 9g van de Elektriciteitswet voor het realiseren van een windpark wordt geregeld in art. 10.14 sub a (het tot stand brengen of opruimen van een net). De Omgevingswet (art. 10.28) voorziet daarbij ook in een algemene regeling op grond waarvan op grond van onder gedoogplicht aangelegde werken eigendom worden van de bevoegde aanlegger daarvan.

2.6. Geen onteigening ter realisering van nieuwe windturbine

De Onteigeningswet – die met de inwerkingtreding van de Omgevingswet ophoudt te bestaan en wordt opgenomen in de Omgevingswet door middel van de Aanvullingswet grondeigendom - heeft verschillende titels op grond waarvan onteigening mogelijk is. Titel IV, onteigening in het belang van de ruimtelijke ontwikkeling zou de aangewezen titel moeten zijn; het zou dan gaan om de realisering van een inpassingsplan dat voorziet in de bestemming

windturbine, of een op de realisering van een turbine gerichte omgevingsvergunning. Mij zijn geen Koninklijke Besluiten bekend waarbij gronden ter onteigening worden aangewezen met als specifiek doel de realisering van (een bestemmingsplan voor) een windturbine of windpark mogelijk te maken.

Ik ga er overigens van uit dat een verzoek om onteigening van gronden met het oog op de realisering van de bestemming windturbine zal stranden. Waar een waterschap bij de keuze voor het instrument van onteigening voor de realisering van een waterkering kan laten zien en onderbouwen dat het op basis van bestendig beleid met het oog op een optimaal beheer en de waterveiligheid de gronden benodigd voor de waterkering pleegt te verwerven, en er dus ook belang bij heeft om de benodigde gronden te onteigenen om de nieuwe waterkering te realiseren, kan de exploitant van een windpark naar mijn inschatting niet aannemelijk maken dat voor de realisering van de windturbine onteigening van de ondergrond noodzakelijk is. Die ondergrond wordt in de regel ook niet verworven.

Bovendien kunnen de turbines – ervan uitgaande dat het gaat om een windpark van tenminste 5 MW – door middel van een gedoogplicht worden gerealiseerd, en kan zoals opgemerkt niet worden verwezen naar een bestendige praktijk (met daaraan ten grondslag liggende belangen) op grond waarvan zou kunnen worden beargumenteerd dat onteigening noodzakelijk is en dat niet kan worden volstaan met een gedoogplicht. Daarbij is van belang dat, zoals we hiervoor hebben gezien, bij de realisering van een windturbine niet snel zal zijn voldaan aan de criteria die sinds jaar en dag in de rechtspraak worden gehanteerd bij de beoordeling van een opgelegde gedoogplichtbeschikking (in relatie tot de noodzaak tot onteigening), te weten het benodigde grondoppervlak in verhouding tot het totale grondoppervlak van de rechthebbende en eventuele bijzondere omstandigheden, zoals de omstandigheid dat de bruikbaarheid van de overige gronden vermindert. De benodigde oppervlakte voor de turbinevoet en voor de ondergrond van de toegangsweg zal, in ieder geval bij een agrarisch perceel van enige oppervlakte, niet snel niet in verhouding staan tot het totale grondoppervlak van de rechthebbende. Dat kan uiteraard anders zijn als wordt gekozen voor de realisering van een turbine in de achtertuin bij een woning, maar in de praktijk zal die situatie zich niet voordoen, zeker niet als de bewuste grondeigenaar niet aan de plaatsing van de turbine wil meewerken. Hierbij is ook nog een aandachtspunt dat, anders dan bij voorbeeld bij de beoordeling van de keuze voor onteigening (door de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat en vervolgens de civiele onteigeningsrechter) dan wel een gedoogplicht op grond van de Waterwet (bestuursrechter), dezelfde instantie (zij het verschillende afdelingen van de Corporate Dienst) naar de bewuste verzoeken kijkt. Ik ga er dan ook vanuit dat bij een vooroverleg met de Corporate Dienst over een voorgenomen onteigeningsverzoek het signaal zal worden afgegeven dat voor de oprichting van ene

12. Het wetsvoorstel tot herziening van de wetgeving inzake gas en elektriciteit, dat onderdeel is van de wetgevingsagenda Stroom, voorziet in een terminologische wijziging voor wat betreft de toepasselijkheid van de natrekkingsbepaling uit art. 5:20 lid 2 BW. In art. 11.2 is namelijk bepaald dat het woord 'net' plaats zal maken voor het woord 'systeem'. Bovendien is in dit artikel geëxpliciteerd dat voor de toepassing van de natrekkingsbepaling een systeem wordt beschouwd als een net. De natrekkingsbepaling blijft ongewijzigd. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34 199, nr. 3, Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteits- en gaswet), o.a. p. 131.

nieuwe turbine de gedoogplichtprocedure de geëigende weg is.

Kortom, ik ga ervan uit dat onteigening voor de realisering van een nieuwe turbine niet mogelijk is, en dat de exploitant is aangewezen op de gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht.

2.7. Schadevergoeding bij gedoogplicht

Het is bekend dat grondeigenaren, als tegenprestatie voor het vestigen van een opstalrecht voor een of meer turbines op hun gronden, aanzienlijke vergoedingen ontvangen. De vergoedingen zijn gebaseerd op het delen van het rendement van de turbine. Deze vergoedingen werden bekostigd uit de opschalingsregeling SDE+; de exploitanten betalen deze dus niet (geheel) uit eigen zak. Dat is een van de redenen waarom de marktconformiteit van deze vergoedingen op dit moment wordt onderzocht. Een van de vragen aan de werkgroep is of het instrument van de SDE+ subsidie effect heeft op de hoogte van de grondvergoeding.

Het is een interessante vraag of de eigenaren, die niet hebben ingestemd met een opstalrecht voor de nieuwe turbine (bij voorbeeld omdat zij de geboden vergoeding te laag vinden), bij wijze van schadevergoeding aanspraak kunnen maken op een vergoeding die in de buurt komt van de jaarlijkse opbrengst gerelateerde vergoedingen die bij de vestiging van een opstalrecht worden overeengekomen. Ik zie hiervoor geen enkele basis.

De Belemmeringenwet Privaatrecht voorziet in een aanspraak op (volledige) schadevergoeding. Hier moet worden gedacht aan vermogensschade in de vorm van waardevermindering, en inkomensschade voor bijvoorbeeld verlies van exploitatiemogelijkheden of een nadeligere exploitatie van het bewuste perceel. Ik ben geen schadedeskundige, maar zie geen aanknopingspunt om onder de noemer van schadevergoeding een vergoeding toe te kennen die is gerelateerd aan de opbrengst van het te realiseren werk. De mogelijke waardevermindering zal zijn gebaseerd op een vergelijking van de waarde van het perceel zonder windturbine en de waarde van het perceel met windturbine. Ook in de inkomenssfeer komt een vergoeding gerelateerd aan de opbrengsten van de turbine niet in beeld. Bij mijn weten zijn dergelijke vergoedingen ook niet aan de orde bij hoogspanningsverbindingen die in of boven de grond worden aangelegd.

De vergoedingen die voor de plaatsing van windturbines worden betaald hebben naar mijn indruk niet zozeer te maken met vergoeding van schade, maar meer met het verkrijgen van medewerking. In wezen gaat het om een meewerkvergoeding, vergelijkbaar met de meewerkvergoedingen die TenneT betaalt bij vrijwillige contractering (en die niet in beeld zijn in het geval van een opgelegde gedoogplicht). De huidige grondvergoedingen zijn immers veel en veel hoger dan de inkomensschade die de grondeigenaar/gebruiker als agrarisch ondernemer lijdt (te berekenen met toepassing van de LTO-normen) als gevolg van het verlies van de vierkante meters voor de ondergrond van de mast en de

onderhoudsweg, of als gevolg van de wiekoverslag. Deze vergoedingen zijn op zichzelf wel te begrijpen: de initiatiefnemer heeft dan in ieder geval de benodigde gronden ter beschikking en heeft vervolgens nog een hele dobber aan het bevechten van de omgeving die bezwaar heeft tegen de aantasting van de leefomgeving. Een variant van 'choose your battles'. En als die vergoedingen ook nog eens worden betaald uit de grote subsidiepot is er weinig reden voor de initiatiefnemer om met de hand op de knip de boer op te gaan.

Als exploitanten ervoor kiezen – of moeten kiezen – bijvoorbeeld omdat de vergoedingen niet meer uit de SDE+ worden vergoed – om voortaan geen vergoedingen per MW aan te bieden en, bij gebrek aan overeenstemming, verzoeken om oplegging van een gedoogplicht, is bepaald niet ondenkbaar dat de onwillige grondeigenaren met (praktisch) lege handen staan. Immers waar ook bij onteigening ten behoeve van bijvoorbeeld een bedrijventerrein – waarbij een volledige schadeloosstelling aan de orde is – een vergoeding voor het rendement van het op het onteigende te vestigen bedrijf niet aan de orde is, valt niet in te zien waarom dat bij een gedoogplicht voor een windturbine wel in de rede ligt. De grondeigenaar krijgt een aanbod volgens de LTO-normen en kan onder de huidige wet naar de kantonrechter als hij aanspraak maakt op een hogere vergoeding.

En als het enthousiasme bij de grondeigenaren daalt als de meewerkvergoedingen tot het verleden behoren, is dat alleen maar een bewijs dat sprake was van een meewerkvergoeding.

Een cultuuromslag, die naar mijn oordeel juridisch juist (en economisch noodzakelijk) is.

3. Saneren bestaande turbines: afdwingen medewerking grondeigenaar/exploitant

3.1. Overzicht rechtspraak windturbines

Bij het saneren van bestaande turbines gaat het om het afdwingen van de medewerking van de grondeigenaar en de exploitant van een turbine die moet wijken omdat elders in de omgeving een nieuw windpark wordt gerealiseerd. Het nieuwe windpark bestaat over het algemeen uit een kleiner aantal grotere turbines met een veel grotere opwekkingscapaciteit.

3.2. Rechtspraak sanering bestaande turbines

Op 23 en 30 augustus 2017 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak vijf uitspraken gedaan waarin (onder meer) de sanering van bestaande turbines aan de orde is.¹³ Deze uitspraken zijn inmiddels veel

13. Het betreft de volgende uitspraken: ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2275; ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316; ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331; ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:

besproken en geannoteerd,¹⁴ en worden uiteraard ook in dit preadvies besproken.

3.3. Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak d.d. 23 augustus 2017 over het bestemmingsplan 'Buitengebied 2016' van de gemeente Zeewolde

De gemeenteraad heeft de 221 bestaande windturbines in het buitengebied van Zeewolde voor de tweede keer 'wegbestemd'. Deze turbines vallen daarmee nogmaals onder het overgangsrecht. De raad is van plan om deze windturbines binnen de planperiode te laten verwijderen en – op grond van het inmiddels vastgestelde bestemmingsplan Windpark Zeewolde- te vervangen door 93 nieuwe turbines met een veel grotere opwekkingscapaciteit. De grondeigenaren betoogden dat de aanwezige windturbines op hun percelen ten onrechte niet als zodanig waren bestemd. Zij stelden onder meer dat het niet aannemelijk was dat de windturbines binnen de planperiode zouden worden verwijderd, en dat het geen enkel doel diende om de windturbines onder het overgangsrecht te brengen, omdat hiermee geen sanering of onteigening mogelijk werd gemaakt.

De raad lichtte toe dat de windturbines wel binnen de planperiode worden verwijderd. En wel in het kader van de doelstelling van provincie en gemeente om met minder windturbines meer energie te produceren. Vanuit de huidige windturbine-eigenaren werden initiatieven ontwikkeld voor het opschalen en saneren van windturbines. De raad vond het onwenselijk dat nieuwe windturbines worden opgericht of bestaande windturbines zouden worden vervangen totdat de nieuwe plannen voor windturbines zijn uitgekristalliseerd.

De Afdeling stelt in deze uitspraak voorop dat het ontwerp van het RIP voor Windpark Zeewolde en de andere beleidsdocumenten niet ter beoordeling staan. De beoordeling is dus beperkt tot de vraag of de windturbines onder het overgangsrecht mochten worden gebracht. De Afdeling stelt voorop dat het opnieuw onder het overgangsrecht brengen van bestaande legale bebouwing slechts onder bijzondere omstandigheden aanvaardbaar kan zijn. Hiervoor is vereist dat concreet zicht bestaat op verwijdering van de bebouwing binnen de planperiode. Indien dit niet het geval is, dient de raad het bestaande legale bouwwerk planologisch in te passen, bijvoorbeeld door het als zodanig te bestemmen. Aldus conform vaste rechtspraak.

De raad wees voor zijn standpunt dat de windturbines binnen de planperiode zullen worden verwijderd op de Partiële herziening, de Beleidsregel

windmolens, de Noodverordening, het vast te stellen RIP en het Regioplan. Vanwege het streven van de provincie en de gemeente dat met minder windmolens meer energie wordt geproduceerd heeft de raad de bestaande windturbines onder het overgangsrecht gebracht zodat de windturbines niet geheel kunnen worden vernieuwd.

In dat kader betoogde een grondeigenaar dat er weinig draagvlak was onder de eigenaren van de windturbines voor het plan van de raad om de windturbines te verwijderen. Die omstandigheid leidt er volgens de Afdeling niet toe dat de windturbines niet kunnen worden verwijderd. Voor onteigening is namelijk geen toestemming van de eigenaren van de windturbines nodig. Ook het beroep op de onuitvoerbaarheid van het plan loopt spaak gelet op het onbestreden en niet betwijfelde standpunt van de raad dat alle kosten voor eventuele onteigening worden verhaald op de 'Ontwikkelvereniging Zeewolde', omdat dit kosten betreft voor het project die onderdeel zijn van de exploitatie door de 'Ontwikkelvereniging Zeewolde'.

N.B. Het rijksinpassingsplan 'Windpark Zeewolde' is inmiddels in vastgesteld en ligt bij de Afdeling bestuursrechtspraak ter beoordeling voor. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in januari 2018 een conclusie gevraagd aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven. De voorzitter wil weten of bij een ruimtelijk plan - zoals bijvoorbeeld een bestemmingsplan of een inpassingsplan - of een omgevingsvergunning zogenoemde 'schaarse publieke rechten worden verdeeld'. Het is namelijk de bedoeling dat slechts één initiatiefnemer, Windpark Zeewolde B.V., het windpark kan realiseren. De eigenaren van omliggende percelen en van de bestaande (wegbestemde) windturbines zijn het daar niet mee eens. Volgens hen is de procedure niet transparant verlopen en had er een openbare aanbesteding plaats moeten vinden. Hierdoor hadden zij zelf in aanmerking kunnen komen om (een deel van) het project uit te voeren.

Als inderdaad sprake is van het verdelen van schaarse publieke rechten dan zouden daarbij eisen kunnen gelden zoals die ook bij de verdeling van schaarse vergunningen van toepassing zijn. Bijvoorbeeld een transparante procedure waarin potentiële gegadigden gelijke kansen krijgen om mee te dingen naar het project of de vergunning. De Afdeling wil in dat verband ook weten of de eigendomssituatie van belang is. De zaak met nummer 201708525/1 zal op 9 april 2018 worden behandeld, de staatsraad advocaat generaal zal binnen zes weken daarna zijn conclusie nemen. Na de reactie van partijen op de conclusie zal de Afdeling uitspraak doen. Wordt dus nog vervolgd.

3.4. Uitspraken ABRvS 30 augustus 2017 realisering 17 windturbines havengebied Amsterdam

Op 30 augustus 2017 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak vijf uitspraken gedaan over het initiatief van Havenbedrijf Amsterdam om op drie locaties in het havengebied in totaal 17 windturbines

NL.RVS:2017:2332; ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2333.

14. *OeA* 2017/92 met annotatie van Mr. J.A.M.A. Sluysmans & K. van Ettehoven LLM *BR* 2017/98 met annotatie van H. Zeilmaker onder *BR* 2017/99 H.J. de Vries annotatie in *TBR* 2017/176.

te realiseren. De provincie had de gevraagde omgevingsvergunningen geweigerd, onder meer omdat de aanvraag niet voldeed aan de in art. 32, vierde lid, van de Provinciale Ruimtelijke Verordening 2016 (hierna: PRV) neergelegde voorwaarde, dat het bouwen of opschalen van één windturbine niet eerder gebeurt dan na verwijdering van ten minste twee andere windturbines op het grondgebied van de provincie, én dat daartoe op grond van de Uitvoeringsregeling 'verdeelprocedure herstructurering Wind op Land' (hierna: de Uitvoeringsregeling) een overeenkomst tussen de aanvrager en de eigenaren van de te verwijderen windturbines moet worden overgelegd. Het Havenbedrijf, dat de nieuwe turbines wilde plaatsen en de gemeente Amsterdam (belanghebbende in haar hoedanigheid van grondeigenaar) hadden (onder meer) aangevoerd dat de provinciale saneringseis in strijd was met de Ontheingingswet en de planschaderegeling in de Wro. In plaats van de verwijdering bij het Havenbedrijf neer te leggen zou de provincie met het oog op de verwijdering van de te saneren windturbines gebruik moeten maken van haar bevoegdheden op grond van de Wro, te weten het wegbestemmen van de windturbines en de onteigening ervan op grond van de Ontheingingswet. De saneringseis leidt volgens het Havenbedrijf en de gemeente tot hogere kosten voor een initiatiefnemer dan de onteigeningsvergoeding of planschadevergoeding.

De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog dat de Wro regels stelt over de wijze waarop een tegemoetkoming in schade wordt toegekend aan degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van onder meer het wegbestemmen van gebruik van gronden. Met het wegbestemmen en het toekennen van een tegemoetkoming is echter nog niet bereikt dat ongewenste bouwwerken door de eigenaar van de gronden waarop de bouwwerken staan, daadwerkelijk worden verwijderd. Om die verwijdering te bereiken kan worden overgegaan tot onteigening van de gronden. De Ontheingingswet stelt regels over de te volgen procedure en de omvang van de schadevergoeding bij onteigening van gronden tegen de wil van de eigenaar. Deze wet sluit volgens de Afdeling niet uit dat op een andere, minnelijke wijze zonder verkrijging van eigendom van gronden wordt bereikt dat ongewenste bouwwerken worden verwijderd. Hoewel het Havenbedrijf kosten zal moeten maken om te kunnen voldoen aan de saneringseis, gaat het hier niet om kosten die de provincie zelf zou moeten maken als de aanvrager van een omgevingsvergunning voor de bouw van een windturbine daarvoor geen zorg zou dragen. De saneringseis strekt tot het stimuleren van vermindering van het aantal windturbines in de provincie, door van degene die planologische medewerking wenst voor de bouw van een windturbine te verlangen dat hij zorgt voor een ruimtelijke kwaliteitsverbetering die deze medewerking kan rechtvaardigen. Daarbij vindt de Afdeling van belang dat voor het Havenbedrijf geen verplichting bestaat om windturbines te bouwen. Er is aldus volgens de Afdeling geen sprake

van een doorkruising van de planschaderegeling in de Wro en van de Ontheingingswet.

3.5. Verschil tussen de casus Amsterdam en Zeewolde

Een belangrijk verschil tussen de casus Amsterdam en Zeewolde is dat de provincie Noord-Holland heeft gekozen voor 'passief windbeleid', terwijl ten behoeve van de realisering van Windpark Zeewolde zo nodig het onteigeningsinstrument zal worden ingezet.

De Provincie Noord-Holland heeft beleid vastgesteld waarmee wordt gewaarborgd dat het bouwen of opschalen van een windturbine alleen is toegestaan na verwijdering van tenminste twee andere windturbines op grondgebied van de provincie. De initiatiefnemer voor de op te schalen of nieuwe turbine moet een overeenkomst overleggen waarin de verwijdering van de twee bestaande turbines is gewaarborgd. De provincie Noord-Holland laat het geheel aan de markt en neemt zelf geen rol, bijvoorbeeld ten aanzien van het inzetten van haar eigen instrumentarium. Komt er geen overeenkomst, dan ook geen nieuwe turbine. De Afdeling vindt deze benadering aanvaardbaar en in overeenstemming met wet- en regelgeving.

Het spreekt voor zich dat deze passieve benadering een sterk prijsopdrijvend effect zal hebben: de eigenaren van bestaande turbines verkeren in een optimale onderhandelingspositie in de wetenschap dat de initiatiefnemer met de rug tegen de muur staat, en de initiatiefnemer moet de hoofdprijs betalen. Die vervolgens weer wordt bekostigd uit de SDE+, dus dat valt dan weer mee.

Bij Windpark Zeewolde ligt dit anders. Het Windpark Zeewolde is ook een particulier initiatief; het windpark wordt, in nauwe samenwerking met Rijk en provincie, ontwikkeld door Ontwikkelvereniging Zeewolde, die daarvoor Windpark Zeewolde B.V. hebben opgericht. Aandeelhouders zijn ruim 200 bewoners, agrarische ondernemers, turbine-eigenaren en een burgerwindcoöperatie. De bestaande turbines moeten gefaseerd en uiterlijk in 2026 zijn verwijderd (hiervoor is in de planregels een voorwaardelijke verplichting opgenomen). Zo nodig zal de provincie het instrument van onteigening inzetten. Hiervoor is een saneringsfonds opgericht, de kosten van onteigening worden opgebracht door Windpark Zeewolde B.V.

Ondanks de uiteenlopende rol van de overheid belichten deze uitspraken dezelfde vraag: wat is de positie van grondeigenaren (en exploitanten) van bestaande turbines en welk instrumentarium kan worden ingezet om de verwijdering van deze turbines af te dwingen. Genoeg reden om het wettelijk instrumentarium nader te bezien.

3.6. Verwijderen bestaande turbines

Ik heb hiervoor toegelicht dat voor de realisering van een nieuw windpark de gedoogplichtbeschikking het geëigende instrument is. Het is vervolgens de vraag of het instrument van de gedoogplichtbe-

schikking ook in de rede ligt om de verwijdering van windturbines af te dwingen. Ik meen van niet. Allereerst zal het in de regel zo zijn dat de windturbine op grond van een opstalrecht eigendom is van de exploitant. In de voorwaarden en bepalingen met betrekking tot het opstalrecht, meestal opgelegd door de exploitant, zal in de regel niet zijn bepaald dat de wens van de overheid om de turbine te saneren vanwege plannen voor een nieuw windpark elders, een grond is voor beëindiging van het opstalrecht door de grondeigenaar.

De Belemmeringenwet privaatrecht biedt hier naar mijn oordeel geen soelaas. Het gaat hier immers niet om de aanleg en instandhouding van een nieuw werk, of het brengen van verandering in of verplaatsing van dat werk, en al helemaal niet op verzoek van degene die dat werk aangaat. Degene die de verwijdering van het werk aangaat is de eigenaar/exploitant, en die verzet zich nu juist tegen de verwijdering.

Het voert naar mijn oordeel te ver om aan te nemen dat het opruimen van bestaande turbines wordt gezien als onderdeel van het werk bestaande uit de plaatsing van de nieuwe turbines. En afgezien daarvan zal voor het overgrote deel van de nieuwe turbines geen gedoogplichtbeschikking aan de orde zijn, en dus ook geen bijkomend werk. Daarbij is het ook nog zo dat de sloop van opstallen ter uitvoering van een werk bij uitstek noodzaak tot onteigening, en niet kan worden afgedwongen met een gedoogplicht.

Ook de opruimbepaling van art. 9 BP komt waarschijnlijk niet in beeld. Art. 9 BP bepaalt dat de rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken, waarvan krachtens overeenstemming of krachtens besluit is gebruik gemaakt, behoudens recht op schadevergoeding verplicht zijn te gedogen dat het werk wordt opgeruimd. Deze bepaling ziet op de verplichting van de grondeigenaar (of andere rechthebbende zoals pachter et cetera) om de verwijdering door de aanlegger/exploitant te gedogen, en niet op de verplichting van de aanlegger van het werk (dat waarschijnlijk niet met toepassing van de BP is aangelegd) om de verwijdering te gedogen.

3.7. Onteigening bestaande turbines

De enige mogelijkheid om windturbines te verwijderen is dus de onteigening van het perceelsgedeelte waarop de te saneren windturbine is opgericht. De titel zal dan moeten zijn de uitvoering van een bestemmingsplan waarbij de bestaande turbine is wegbestemd. Zo zijn in het hiervoor besproken bestemmingsplan Buitengebied Zeewolde 2016 de bestaande windturbines wegbestemd, en wordt in de toelichting op het bestemmingsplan Windpark Zeewolde gesteld dat het bestemmingsplan Buitengebied de juridische basis zal zijn voor een eventueel noodzakelijke onteigening.

Kortom, de onteigening van (de ondergrond van) een te saneren turbine zou dan moeten zijn gebaseerd op Titel IV van de Onteigeningswet en wel ter realisering van de nieuwe bestemming, die naar

verwachting agrarisch is. Dus als de eigenaar/exploitant van een wegbestemde turbine niet instemt (in oktober 2017 waren tien van 220 eigenaren niet akkoord met de sanering van hun turbine) met (de geboden schadeloosstelling voor) de verwijdering van zijn turbine, zal de betrokken overheid (gemeente, provincie dan wel rijk) een onteigeningsprocedure moeten starten met als grondslag/titel de realisering van het bestemmingsplan of het provinciaal- dan wel rijksinpassingsplan waarbij de bestemming (saanduiding) windturbine is wegbestemd. Het doel is dan de realisering van de nieuwe bestemming, concreet de bestemming die rust op de gronden waarop de bestaande turbine staat. Bij turbines in het buitengebied zal dat meestal dezelfde agrarische bestemming zijn die ook rust op de omliggende gronden (vaak van dezelfde eigenaar). Volgens vaste overwegingen van de Kroon staat het publieke belang van de uit te voeren bestemming, en daarmee de onteigening vast met de vaststelling van het bestemmingsplan. Dat geldt dan dus ook voor de agrarische bestemming die in de plaats komt van de bestemming windturbine. Het bijzondere is hierbij natuurlijk wel dat het primaire doel van de onteigening niet is het realiseren van de agrarische bestemming. Het primaire doel is natuurlijk het verwijderen van de bestaande turbine, om op een andere plaats een nieuwe turbine mogelijk te maken. Dat is ook met zoveel woorden te lezen in de toelichting op het bestemmingsplan Buitengebied Zeewolde.

Mij zijn geen voorbeelden van onteigeningen bekend waarbij gronden zijn onteigend met de (achterliggende) bedoeling om de daarop staande werken te verwijderen, en waarbij het niet primair ging om de realisering van de nieuwe bestemming. Het is afwachten of de Kroon en de onteigeningsrechter zich hier kritisch zullen opstellen, of dat zij genoeg nemen met het scenario waarbij de verzoeker om onteigening in de zakelijke beschrijving stelt dat het perceelsgedeelte na verwijdering van de turbine zal worden ingezaaid met gras (of, als de turbine op een bedrijventerrein staat, wordt bestraat), zonder dat er enig zicht is op exploitatie van de grond.

De Onteigeningswet¹⁵ en de Handreiking Administratieve Onteigeningsprocedure d.d. 16 januari 2016¹⁶ schrijven voor dat bij het verzoek om onteigening documenten worden overgelegd waaruit de voorgenomen wijze van uitvoering van het bestemmingsplan blijkt. Ook moet in de zogenaamde zakelijke beschrijving een projectplanning worden opgenomen waaruit blijkt op welke momenten welke stappen worden gezet en/of fasen worden doorlopen.

De grondeigenaar die niet meewerkt aan de sanering van de bestaande turbine zal natuurlijk ook zijn medewerking aan de realisering van de nieuwe

15. Art. 80 Onteigeningswet.

16. Deze Handreiking is te raadplegen via: <https://www.rijkswaterstaat.nl/over-ons/contact/schade-en-compensatie/ontteigening/documenten.aspx>.

bestemming kunnen weigeren. Deze eigenaar kan immers niet worden gedwongen om het onteigende perceelsgedeelte weer in eigendom te aanvaarden, al dan niet na betaling van een koopsom. Mogelijk wordt bij het bepalen van de schadeloosstelling voor bijkomende schade rekening gehouden met een schadebeperkend aanbod tot overdracht van het onteigende, maar ook dan kan de onteigende er nog steeds voor kiezen om te weigeren om het perceelsgedeelte in eigendom te aanvaarden. Het wordt dan wel lastig om de uitvoering van de nieuwe (agrarische) bestemming voor ons te zien. Zaaft de onteigende partij ter plaatse van de verwijderde mastvoet met fundering en de toegangsweg gras in, en stelt hij dit perceelsgedeelte zonder afrastering ter beschikking aan de onteigende grondeigenaar? Alstublieft, hier is de gerealiseerde bestemming, geheel tot uw beschikking? En wat als de grondeigenaar met verwijzing naar art. 5:48 BW¹⁷ eist dat een deugdelijke afrastering wordt aangebracht? Hoe kan de verzoeker om onteigening dan laten zien dat er daadwerkelijk van planuitvoering sprake zal zijn? Neemt de Kroon dan genoegen met een ingezaaid en afgerasterd weiland, of een afgerasterde graancirkel, zonder reële exploitatiemogelijkheid?

Scherper gesteld: aan welke kant zou in zo'n geval misbruik aan de orde zijn: aan de kant van de overheid (dan geheten *détournement de pouvoir*) die evident niet werkelijk onteigent om de agrarische bestemming te realiseren, of aan de kant van de onteigende (misbruik van omstandigheden) die er feitelijk natuurlijk veel meer belang bij heeft dat hij de grond terugkrijgt, maar dat weigert (en daarmee volkomen in zijn recht staat) omdat hij het de verzoeker om onteigening lastig wil maken?

Bij het verschaffen van inzicht in de wijze van planuitvoering zal naar mijn oordeel ook inzicht moeten worden gegeven in de oplossing van dit soort vraagstukken. Daarbij zal het nog verschil kunnen maken als de te saneren windturbines, zoals bij Zeewolde, in een ander plangebied staan dan het plangebied voor het nieuw te realiseren windpark. De onteigening is mogelijk nog wel haalbaar als het zelfde bestemmingsplan dat voorziet in de nieuwe turbines ook voorziet in de sanering van de bestaande turbines binnen het zelfde plangebied. Het wordt lastiger als de te saneren turbines niet binnen het plangebied voor het nieuwe windpark, maar elders in de provincie staan. Het argument dat een ander bestemmingsplan (bijv. vanwege de daarin opgenomen voorwaardelijke verplichting dat eerst de oude turbines moeten zijn verwijderd) niet kan worden gerealiseerd als deze windturbines niet worden gesaneerd legt geen gewicht in de schaal. Het is immers de vaste regel dat ten behoeve van de realisering van een bestemmingsplan alleen gronden gelegen in het plangebied van het te realiseren bestemmingsplan kunnen worden onteigend.

3.8. Schadeloosstelling

De grondeigenaar en de exploitant van de turbine hebben bij onteigening aanspraak op een volledige schadeloosstelling. De hoogte ervan hangt af van de vergunning en de afspraken waarmee de bestaande turbines zijn geplaatst. Bij de grondeigenaar zal het gaan om schadeposten als waardevermindering en inkomensschade (de jaarlijkse vergoedingen uit hoofde van het opstalrecht), terwijl het bij de exploitant vooral zal gaan om inkomensschade (en kosten van reconstructie elders om de inkomensschade te beperken, als reconstructie elders al realiseerbaar is).

17. Art. 5:48 BW luidt: De eigenaar van een erf is bevoegd dit af te sluiten.