

## Een snelle stijger:

# De Belemmeringenwet Privaatrecht

**In dit artikel gaan de auteurs in op enkele belangrijke aspecten van de Belemmeringenwet privaatrecht in de praktijk en op de onderhandelingen die aan de gedoogplicht vooraf gaan.**

*mr. F.A. Mulder en mr. ir. F.A. Linssen<sup>1</sup>*

### Inleiding

De Belemmeringenwet Privaatrecht (hierna aan te duiden als 'BP') mag zich verheugen op een toenemende belangstelling. Steeds vaker worden werken van algemeen belang aangelegd met behulp van de gedoogplichten van de BP. De populariteit van de BP bleek onder meer tijdens het seminar van de Vereniging van Ontheingingsrecht<sup>2</sup> dat werd gehouden op 23 januari 2014. Het seminar stond geheel in het teken van de BP. De belangstelling voor het seminar was overweldigend; meer dan 120 deelnemers zagen presentaties van medewerkers van Rijkswaterstaat<sup>3</sup> over de bestaande praktijk van de BP. Op het seminar was verder aandacht voor kritische kanttekeningen bij de bestaande wet<sup>4</sup>, de toekomst van de gedoogplichten in de nieuwe Omgevingswet<sup>5</sup> en schadeaspecten<sup>6</sup>.

In dit artikel gaan wij, mede geïnspireerd door het seminar van de VvOR, nader in op enkele belangrijke aspecten van de BP in de praktijk. In de eerste plaats worden het kader en het bestaande systeem van de BP geschetst. Vervolgens gaan wij in op de onderhandelingen die aan de gedoogplicht vooraf gaan, waarbij een duidelijk verband met de volledige schadeloosstelling van de wet zal blijken. Tot slot volgen enkele handvatten voor de praktijk.

Op het seminar zijn nog meer onderwerpen besproken, zoals de valkuilen van de rechtsbescherming, de verhouding tussen onteigenen en gedogen en de consequenties van de nieuwe Omgevingswet voor de gedoogplichten. U houdt deze onderwerpen van ons tegoed, we bespreken ze in het volgende nummer van dit blad.

### De gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht

#### De oorsprong van de wet

Voor de aanleg van werken van openbaar belang is regelmatig een onroerende zaak nodig die niet in handen is van de overheid. Neem bijvoorbeeld het elektriciteitsnetwerk waarop nagenoeg heel Nederland is aangesloten. Het behoeft weinig uitleg dat een dergelijk netwerk niet aangelegd kan worden zonder gebruik te maken van grond die in handen is van particulieren en bedrijven.

Voor het ontstaan van de BP in 1927 kon de overheid deze grond alleen gebruiken wanneer rechthebbenden van de grond daar vrijwillig

toestemming voor gaven. Als die toestemming uitbleef moest de overheid onteigenen<sup>7</sup>. Onteigening was echter vaak een veel te zwaar middel, zeker omdat het in veel gevallen gaat om de aanleg van leidingen in de grond. Van een leiding in de grond merkt de gebruiker van de grond doorgaans relatief weinig. De BP vulde deze lacune in de wet op. Op het moment dat een werk van openbaar belang aangelegd moet worden en daarvoor de medewerking van rechthebbenden ten aanzien van een bepaalde onroerende zaak nodig is, kunnen deze rechthebbenden – op grond van de BP – gedwongen worden de aanleg en de instandhouding van een werk van openbaar belang te gedogen. Het gaat daarbij niet alleen om kabel- en leidingwerken. De BP is bijvoorbeeld ook toegepast voor de aanleg van aanvliegerlichting voor vliegvelden.

#### Openbaar belang

De BP is van toepassing op werken van openbaar belang. Op zichzelf is dat nog geen heldere omschrijving, openbaar belang en de definitie daarvan zijn immers aan continue verandering onderhevig. De BP lost dit als volgt op. Artikel 1 BP bepaalt dat er van een werk van openbaar belang sprake is wanneer:

- a. dat bij bijzondere wet bepaald is of
- b. het bij Koninklijk Besluit erkend is of
- c. het gaat om een werk dat op grond van het Reglement door een waterschap, door het Rijk of door de provincie wordt aangelegd.

Enkele bekende voorbeelden van bijzondere wetten waarbij werken aangewezen worden die geacht worden van openbaar belang te zijn, zijn de Gaswet en de Elektriciteitswet. Erkenning van het openbaar belang bij Koninklijk Besluit geschiedt bijvoorbeeld bij de aanleg van rioleringswerken door gemeenten<sup>8</sup>.

#### De bestaande systematiek van de BP

Indien de aanlegger<sup>9</sup> van een openbaar werk niet tot minnelijke overeenstemming met de rechthebbende van de benodigde onroerende zaak kan komen, kan de aanlegger de minister<sup>10</sup> verzoeken de gedoogplicht op te leggen. De minister legt de gedoogplicht vervolgens alleen op als aan alle voorwaarden is voldaan:

- het gaat om een werk van openbaar belang;
- er is serieus onderhandeld;
- het werk wordt op de minst belemmerende wijze aangelegd;
- de belangen van rechthebbenden vorderen geen onteigening.

De BP bepaalt verder dat, nadat de gedoogplicht is opgelegd, alle schade die een rechthebbende lijdt, moet worden vergoed.

In dit artikel gaan wij in op een onderwerp dat in de praktijk van grondzaken van groot belang is gebleken: de onderhandelingen vooraf en de eisen die daaraan worden gesteld.

#### Onderhandelingen vooraf en schadevergoeding achteraf

##### Onderhandelingen in de praktijk

In de praktijk maken – naast lagere overheden – met name Gasunie

en Tennet met enige regelmaat gebruik van de BP. Gasunie en Tennet onderhandelen daarbij volgens een vast stramien. Andere gebruikers van de BP volgen vaak dezelfde lijn. Om deze reden zullen wij de onderhandelingsmethode van Gasunie en Tennet in deze bijdrage als voorbeeld gebruiken. De uitgangspunten van de onderhandelingen zijn de volgende:

- de rechthebbende wordt verzocht een zakelijk recht van opstal te vestigen<sup>12</sup>;
- als rechthebbenden meewerken aan het vestigen van een recht van opstal ontvangen zij een meewerkvergoeding en (soms) een efficiencypremie;
- alle schade die de rechthebbende lijdt als gevolg van het vestigen van het zakelijk recht en de aanleg en instandhouding van het werk van openbaar belang wordt vergoed. Dit geldt zowel voor de schade op het moment dat het werk wordt aangelegd als de schade in de toekomst.

De meewerkvergoeding is een vergoeding die een rechthebbende krijgt op het moment dat er overeenstemming wordt bereikt en het aanvragen van een gedoogplicht niet nodig is. De efficiencypremie is een vergoeding die een rechthebbende krijgt wanneer de rechthebbende binnen een bepaalde termijn akkoord gaat met het vestigen van het recht van opstal.

De tarieven voor meewerkvergoeding en de efficiencypremie zijn door Tennet en Gasunie vastgesteld na overleg met LTO Nederland<sup>13</sup> en zijn onder meer gebaseerd op een gemiddelde grondprijs in Nederland. Rechthebbenden krijgen een vast bedrag per strekkende meter. Er wordt dus niet meer individueel gekeken naar het specifieke karakter van de grond die een rechthebbende heeft. Of een rechthebbende akkerbouw, landbouw, potentiële bouwgrond of een sloot heeft, de meewerkvergoeding en efficiencypremie zijn hetzelfde. Over de hoogte van de meewerkvergoeding en efficiencypremie valt niet te onderhandelen. Tegen deze standaardisatie van de meewerkvergoeding en efficiencypremie bestaat onder landeigenaren veel verzet.

Een ander punt van discussie is de retributievergoeding. Rechthebbenden stellen zich steeds vaker op het standpunt dat de aanlegger van het werk gehouden is een retributievergoeding te betalen. Dat wil zeggen dat rechthebbenden vorderen dat de aanlegger van het werk een periodiek terugkerende vergoeding betaalt voor het gebruik van de grond. De gedachte daarachter is dat de aanlegger gedurende onbepaalde tijd gebruik maakt van de grond en daar een soort huur voor zou moeten betalen. Tot op heden is er geen aanlegger geweest die bereid is geweest in het kader van het minnelijk overleg deze vergoeding te betalen<sup>14</sup>.

Ook de waardevermindering van de grond is een terugkerend item. Rechthebbenden die menen dat hun grond minder waard wordt door de aanleg van het werk willen die waardevermindering bij het vestigen van het opstalrecht vergoed zien. Dit verzoek wordt meestal niet gehonoreerd. De aanleggers van het werk stellen zich veelal op het standpunt dat de omvang van waardedaling niet duidelijk is. Sommige aanleggers menen dat de schade zich nog niet voordoet bij de aanleg van het werk, maar pas als de grond bijvoorbeeld verkocht wordt of als er een hypotheek op gevestigd wordt<sup>14</sup>.

Samenvattend kan gesteld worden dat rechthebbenden regelmatig menen dat er niet serieus onderhandeld is omdat:

- de meewerkvergoeding en efficiencypremie standaard zijn;
- er niet onderhandeld kan worden over een retributievergoeding;



Foto: Arnold Joost, Stadkwadraat.

- waardevermindering van de grond niet vergoed wordt bij het vestigen van het opstalrecht.

Tot nu toe hebben deze bezwaren geen gehoor gevonden bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling). Het loopt stuk op de systematiek van de BP.

#### *Onderhandelingen vooraf ingevuld door schadevergoeding achteraf*

De Afdeling heeft bepaald dat er voor de oplegging van de gedoogplicht serieus moet worden onderhandeld. Bij haar beoordeling of er redelijk is onderhandeld, sluit de Afdeling aan bij het beginsel van de volledige schadevergoeding van de BP. Dit betekent dat (ten minste) alle schadeposten onderdeel moeten zijn van de onderhandelingen<sup>15</sup>.

Dit uitgangspunt heeft verstrekkende gevolgen voor de meewerkvergoeding en de efficiencypremie. Deze vergoedingen zien namelijk niet op schadevergoeding, maar zijn extra vergoedingen die uitgekeerd worden als rechthebbenden meewerken aan het voorkomen van de gedoogplichtprocedure. Door het uitgangspunt van de Afdeling zijn de (hoogte van) de meewerkvergoeding en de efficiencypremie in beginsel niet meer relevant voor de beoordeling of serieus onderhandeld is.

Ook de argumenten die zien op de retributievergoeding en de waardevermindering van de grond zijn tot nu toe gesneuveld op het uitgangspunt van de volledige schadevergoeding. Over beide aspecten heeft de Afdeling zich in een uitspraak van 22 januari 2014 uitgelaten<sup>16</sup>. Ten aanzien van de retributievergoeding heeft de Afdeling gesteld dat op voorhand niet vaststaat dat er sprake is van een jaarlijks terugkerende schade en dat evenmin aannemelijk is gemaakt dat er om een andere

reden een aanspraak bestaat op een periodieke vergoeding. Omdat er geen sprake is van schade, hoefde Gasunie dit aspect niet mee te nemen in de onderhandelingen. De waardevermindering van de grond onderging een vergelijkbaar lot. De Afdeling oordeelde dat niet op voorhand vast stond dat de aanleg en instandhouding van het werk zou leiden tot schade aan en waardevermindering van de percelen.

De conclusie ligt voor de hand: wanneer een rechthebbende bepaalde schadeposten mee wil nemen in de onderhandelingen, dan ligt er ook een taak bij de rechthebbende. De rechthebbende zal aannemelijk moeten maken dat er schade is geleden. Als dat het geval is, kan degene die de grond wil gebruiken in de onderhandelingen niet om de schadepost heen.

#### *Een kanttekening en een praktische tip*

Bij het voorgaande past een kanttekening. Wij menen dat niet vast staat dat de Afdeling daadwerkelijk bedoeld heeft te stellen dat voor de onderhandelingen enkel bepalend is of alle schadecomponenten op redelijke wijze onderdeel zijn geweest van de onderhandelingen. Wanneer er immers geen vergoeding wordt geboden bovenop de schadevergoeding die de BP voorschrijft, is er nauwelijks nog een incentive voor rechthebbenden om mee te werken aan het voorkomen van de gedoogplicht<sup>17</sup>. Als de gedoogplicht opgelegd wordt krijgt de rechthebbende ook alle schade vergoed.

Ook een praktische tip is op dit punt op zijn plaats. Op het moment dat een rechthebbende verzuimd heeft zijn schade voldoende aannemelijk te maken, hoeft een aanlegger deze schade volgens de Afdeling niet mee te nemen in de onderhandelingen. Dat wil niet zeggen dat een rechthebbende daarmee geen recht meer heeft op schadevergoeding. Op het moment dat de gedoogplicht opgelegd is, kan een rechthebbende een vordering tot vergoeding van schade altijd voorleggen aan de kantonrechter<sup>18</sup>. Dat geldt ook voor schadeposten waarover niet onderhandeld is of waarover partijen geen overeenstemming konden bereiken.

#### **Tot slot: de BP in de praktijk**

Voor de praktijk is van belang dat het voor zowel de aanlegger als voor de rechthebbende voordelen kan hebben om tot overeenstemming te komen over het gebruik van de grond en het niet aan te laten komen op een gedoogplicht. Op het moment dat er sprake is van een werk van algemeen belang, zal een gedoogplicht niet snel te vermijden zijn en heeft een rechthebbende uitsluitend recht op schadevergoeding. De extra vergoedingen die geboden worden voorafgaand aan de oplegging – zoals de meewerkvergoeding en de efficiency premie – komen dan te vervallen. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat een rechthebbende zich dan maar zonder slag of stoot neer moet leggen bij het vestigen van een zakelijk recht van opstal. Ook de aanlegger heeft belang bij het voorkomen van de gedoogplichtprocedure. De gedoogplichtprocedure is voor de aanlegger tijdrovend en kostbaar.

In de praktijk blijkt dat aanleggers geneigd zijn om uit te gaan van standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden. Ook de vergoedingen die aangeboden worden, zijn standaard en tot stand gekomen na overleg met LTO Nederland. Toch heeft een rechthebbende ook hier meer invloed dan op het eerste gezicht lijkt. Op het moment dat een rechthebbende meent dat (bijvoorbeeld) zijn grond in waarde daalt of hij recht heeft op een retributievergoeding, kan de rechthebbende ervoor zorgen dat dit onderdeel wordt van het onderhandelingsproces. Vereist is dan wel dat de rechthebbende dit onderbouwt, bijvoorbeeld met een taxatie of een verklaring van een rentmeester. Het lijkt ons

dat – gezien de rechtspraak – een aanlegger van het werk dan niet kan volharden in de weigering over de vergoedingen te onderhandelen. In dat geval is er immers sprake van schade en de BP schrijft voor dat de schade die een rechthebbende lijdt, volledig vergoed moet worden. Uit deze systematiek vloeit voort dat dergelijke schade ook onderdeel moet zijn van het minnelijk overleg.

#### **Noten**

- 1 Mr. F.A. Mulder en mr. ir. F.A. Linssen zijn werkzaam als advocaat in de praktijkgroep Vastgoed en Overheid van Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat. Zij houden zich in het bijzonder bezig met de Belemmeringenwet Privaatrecht, onteigening en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid.
- 2 [www.vvor.info](http://www.vvor.info).
- 3 De heer mr. L.A.G. Verduyn Lunel, senior medewerker Corporate Dienst Rijkswaterstaat, en mr. drs. A. Divis-Stein, advocaat Corporate Dienst Rijkswaterstaat.
- 4 De heer mr. J.J. van der Gouw, advocaat bij Van der Feltz advocaten.
- 5 De heer mr. J.A.R. van Vliet, wetgevingsjurist Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische zaken, Ministerie van Infrastructuur en Milieu.
- 6 De heer J. van Lenthe, gecertificeerd makelaar/taxateur bij RE/MAX makelaars.
- 7 Vgl. in dit verband het bekende lantaarnpaal-arrest, HR 14 maart 1903, W 8050. De Hoge Raad bepaalde in deze uitspraak dat het afgedwongen gebruik van de grond voor de aanleg van lantaarnpalen een inbreuk was op eigendom waarvoor een wettelijke basis noodzakelijk was.
- 8 Vgl. bijvoorbeeld het Koninklijk Besluit van 25 november 2013, 2013002357, houdende erkenning van het openbaar belang van werken tot de aanleg en instandhouding van rioleringswerken ten behoeve van de inzameling en transport van afvalwater en hemelwater gelegen binnen het verzorgingsgebied van de gemeente Goes.
- 9 Aanlegger moet in dit verband breed opgevat worden, de BP spreekt slechts over 'degenen wien het werk aangaat'.
- 10 De BP heeft het over 'de Minister', op dit moment is dat de Minister van Infrastructuur en Milieu.
- 11 Met het recht van opstal verkrijgt de aanlegger het recht het werk van openbaar belang aan te leggen en te onderhouden.
- 12 Niet alle afdelingen van LTO zijn het eens met deze afspraken, wat de discussie bemoeilijkt.
- 13 De discussie laait onder meer op door het toegenomen commerciële karakter van partijen die een beroep doen op de BP. Jeroen van Lenthe illustreerde dit beeldend bij zijn presentatie op het VvOR-seminar. Vroeger (begin 20ste eeuw) schreden notabelen gedeceerd over het land en bepaalden welke grond nodig was voor de welvaart van Nederland, anno 2014 lijken commerciële bedrijven (mee) te profiteren van de toepassing van de BP. Voorbeelden van (semi)commerciële bedrijven die de heer Van Lenthe noemde zijn de grote energiebedrijven en Gasunie.
- 14 Dit is voorshands het standpunt van Gasunie.
- 15 De Afdeling toetst of er serieus onderhandeld is. In de praktijk lijkt de Afdeling te toetsen of de schadecomponenten onderdeel van de onderhandelingen zijn, de hoogte van de geboden vergoedingen toetst de Afdeling slechts marginaal. Vgl. in dit verband ook AbRS 30 mei 2012, LJN:BW6968 en AbRS 18 december 2013, 201302782/1/R1 (ECLI:NL:RVS:2013:2468). Alleen als de aangeboden (schade-) vergoeding op voorhand onwerkkelijk en onredelijk is, kan dat een reden zijn om aan te nemen dat de onderhandelingen niet serieus gevoerd zijn.
- 16 AbRS, 22 januari 2014, 201302374/1/R1 (ECLI:NL:RVS:2014:129), in het bijzonder r.o. 8.5 en 8.6.
- 17 Een voordeel dat een rechthebbende dan nog wel kan hebben bij het voorkomen van de gedoogplicht, is invloed op de praktische uitvoering van de aanleg en instandhouding van het werk.
- 18 Zie artikel 14 BP.