

Gedooftplichten en de energietransitie: nu en onder de omgevingswet

LTB 2021/41

De laatste jaren wordt in het kader van de energietransitie steeds vaker gebruikgemaakt van het instrument van de gedooftplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht (BP). Waar de BP tot voor kort hoofdzakelijk werd ingezet voor de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen met bijbehorende werken zoals energiemasten en transformatorhuisjes, zien we de laatste jaren regelmatig verzoeken tot het opleggen van een gedooftplicht binnenkomen bij de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat (die namens de Minister van Infrastructuur en Waterstaat de gedooftplichtprocedure uitvoert) voor het toestaan van een overdraai van een windturbine of zelfs voor de aanleg en instandhouding van de windturbine zelf. Dit hangt onder andere samen met een in 2016 doorgevoerde wijziging van de Elektriciteitswet 1998, waarin is bepaald dat een windpark met een capaciteit van ten minste 5 MW voor de toepassing van de BP wordt aangemerkt als een werk van algemeen nut. In deze bijdrage gaan wij in op de mogelijkheden onder bestaand recht en kijken we vooruit naar de potentieel ruimere mogelijkheden onder de toekomstige Omgevingswet. Daarbij kijken wij ook zijdelings naar de mogelijkheden voor zonneparken.

Wanneer kunnen gedooftplichten in de energietransitie aan de orde zijn?

Gedooftplichten kunnen in het kader van de energietransitie in beeld komen indien bij de realisatie van bijvoorbeeld een windpark of zonnepark niet alle benodigde of belemmerde gronden in handen zijn van de initiatiefnemer. Zo zal het vaak voorkomen dat kabels en leidingen naar een wind- of zonnepark door gronden van derden moeten worden aangelegd. Maar het kan ook gaan om een windturbine waarvan de wieken over de gronden van een derde overdraaien of om de realisatie en instandhouding van een windturbine zelf. Indien met deze derde (de rechthebbende) geen overeenstemming kan worden bereikt, kan via een verzoek tot het opleggen van een gedooftplicht worden gevraagd de rechthebbende tot medewerking te bewegen.

Gedooftplicht onder de BP: mogelijkheden onder bestaand recht

In de in september 2013 verschenen LTB-special over gedooftplichten (LTB 2013/32) zijn Mulder en Linssen al uitgebreid ingegaan op de procedure voor het aanvragen en opleggen van een gedooftplicht op grond van de BP. Die procedure is sindsdien niet veranderd. Ook de overige bijdragen uit deze special (over onder meer de toetsingscriteria uit de BP (LTB 2013/33) en de schade-aspecten (LTB 2013/35)) zijn nog grotendeels actueel. De BP dateert al van 1927 en leidde tot voor kort een rustig bestaan. De laatste tijd is daar verandering in gekomen. Dat komt niet in de laatste plaats door BP-procedures in het kader van de energietransitie, zoals de procedure over Windpark Zeewolde die heeft geleid tot een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4326.

Een gedooftplicht op grond van de BP wordt door de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (I&W) opgelegd, als aan de volgende criteria is voldaan:

- er is sprake van een openbaar werk van algemeen nut (algemeen belangcriterium);
- er is – ondanks een serieuze poging daartoe – geen minnelijke overeenstemming bereikt met de rechthebbende van de onroerende zaak, waarvoor de gedooftplicht moet gaan gelden;
- het gebruik van de onroerende zaak levert niet meer belemmeringen op dan redelijkerwijs nodig (proportionaliteit);
- de belangen van de rechthebbende vorderen geen onteigening (subsidiariteit).

Door de aanvrager van de gedooftplicht (de initiatiefnemer van het werk) zal een volledige schadeloosstelling moeten worden voldaan voor alle schade die door de rechthebbende als gevolg van de aanleg en instandhouding van het werk, waarvoor de gedooftplicht wordt opgelegd, wordt geleden.

Voor het criterium onder a (algemeenbelangcriterium) is in relatie tot de energietransitie van belang dat in 2016 de Elektriciteitswet 1998 (Ew) is gewijzigd, waarbij in art. 9g Ew is bepaald dat een windpark met een capaciteit van ten minste 5 MW voor de toepassing van de BP wordt aangemerkt als een werk van algemeen nut. Daarmee staat vast dat voor de aanleg van 5 MW+-windparken geen concessie- of erkenningsbesluit van de Kroon nodig is. De initiatiefnemer van het project (meestal de partij aan wie de omgevingsvergunning voor de windturbines is verleend) kan een verzoek tot het opleggen van een gedooftplicht indienen bij de minister. De initiatiefnemer van een project hoeft dus niet de overheid te zijn, het kan heel goed gaan om een private initiatiefnemer. De wetgever heeft het belang van de energietransitie dermate groot geacht, dat zij deze mogelijkheid in het leven heeft geroepen voor qua

¹ Frank Mulder en Carmen Corsten zijn werkzaam als advocaat in het team Omgevingsrecht en branchegroep Energie van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht. Naast hun werkzaamheden als advocaat met nadruk op het gebied van duurzame energie, met als bijzonder specialisme gedooftplichten, onteigening en nadeelcompensatie, frankmulder@vbk.nl, carmencorsten@vbk.nl, www.vbk.nl.

omvang relatief bescheiden windparken; veelal zullen twee windturbines al aan het capaciteitscriterium van 5 MW+ voldoen. In de hiervoor aangehaalde uitspraak over Windpark Zeewolde is door de rechthebbende geprobeerd art. 9g Ew onverbindend te laten verklaren wegens strijd met art. 1 van het Eerste protocol bij het EVRM. De Afdeling bestuursrechtspraak is hier niet in meegegaan.

Art. 9g Ew geldt niet voor zonneparken: uit de parlementaire geschiedenis van art. 9g Ew blijkt dat zonneparken wel een werk van algemeen nut kunnen zijn, maar dat de wetgever het (nog) niet nodig heeft geacht de zonneparken onder art. 9g Ew te laten vallen. Wél is met een groot zonnepark met een capaciteit van meer dan 50 MW, dat met de Rijkscoördinatieregeling tot stand wordt gebracht, het algemeen belang gegeven (art. 9b aanhef en onder b Ew; art. 3.35 en 3.36a Wet ruimtelijke ordening (Wro)). Voor zonneparken met een capaciteit tot 50 MW zijn nu nog een concessie en besluit erkenning openbaar belang nodig om de BP te kunnen toepassen. Het is overigens naar onze mening zeker niet uitgesloten dat een dergelijke erkenning openbaar belang zal worden gegeven, maar het vergt wel een extra procedure, waarbij ook de omvang van het project een rol zal spelen. Voor zover ons bekend, is tot op heden nog geen procedure over de erkenning van het openbaar belang van een zonnepark gevoerd.

Warmtenetten, ook niet onbelangrijk in het kader van de energietransitie, worden op grond van art. 38 Warmtewet aangemerkt als openbare werken van algemeen nut.

Voor het criterium sub b (minnelijk overleg) gelden in het kader van de energietransitie geen bijzonderheden ten opzichte van andere werken waarvoor een gedoogplicht wordt aangevraagd. Er dient redelijk te worden onderhandeld en een aanbod te worden gedaan dat niet op voorhand onredelijk of onwettelijk is (ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6968).

Het argument dat het te gedogen werk meer belemmeringen oplevert dan redelijkerwijs noodzakelijk (sub c, proportionaliteitscriterium) zal voor een windturbine over het algemeen niet slagen indien de precieze locatie van (de x en y-coördinaten van) een windturbine reeds in (onherroepelijke) planologische besluitvorming is vastgesteld.

Voor de vraag of de belangen onteigening vorderen (sub d, subsidiariteit) is allereerst relevant voor welk percentage de (totaal aaneengesloten) percelen van de rechthebbende door het te gedogen werk worden belemmerd. Dit percentage mag niet te hoog zijn, want dan zullen de belangen al snel onteigening vorderen. Zo werd door de Afdeling een (aanmerkelijke) vermindering van de gebruiksmogelijkheden van 16,7% van het perceel van de rechthebbende als niet gering beschouwd (ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:431). De belangen vorderden in die zaak onteigening. Daarbij wordt niet alleen naar het percentage van de belemmerde gronden gekeken, maar ook naar de bijzondere omstandigheden van de bruikbaarheid van de niet belemmerde gronden (ABRvS 12 augustus 2015,

ECLI:NL:RVS:2015:2592, r.o. 15.3). Voor zonneparken zal meestal relevant zijn of multifunctioneel (agrarisch) gebruik van de grond onder de panelen nog mogelijk is. De tussenconclusie is dat op basis van bestaand recht goede mogelijkheden aanwezig zijn tot het zo nodig gedogen

van belemmeringen door de realisatie, instandhouding of aanwezigheid van windturbines. In de praktijk worden de laatste jaren ook gedoogplichten voor (de overdraai van) windturbines aangevraagd en opgelegd. Ook voor zonneparken kan het instrument van de gedoogplicht worden ingezet, maar onder bestaand recht zal voor zonneparken met een capaciteit van 50 MW of minder een procedurele tussenstap vereist zijn (aanvragen van een erkenning openbaar belang), die voorshands nog een drempel kan opleveren. Warmtenetten zijn eveneens bij wet aangewezen als openbare werken van algemeen nut, zodat ook daarvoor de gedoogplicht een nuttig instrument kan zijn.

Gedoogplicht onder de Omgevingswet: mogelijkheden onder toekomstig recht

Na de inwerkingtreding van de Omgevingswet (nu voorzien per 1 juli 2022) zal het landschap van de gedoogplichten aanmerkelijk wijzigen en vereenvoudigd worden. Zo zullen in beginsel alle soorten gedoogplichten (behalve die van de Telecommunicatiewet) in hoofdstuk 10 van de Omgevingswet zijn neergelegd. Daaronder vallen ook de gedoogplichten die thans in de BP zijn geregeld. De criteria voor het opleggen van gedoogplichten op grond van een beschikking zijn herkenbaar: gedoogplichten bij beschikking kunnen worden opgelegd indien een onroerende zaak voor een werk van algemeen belang nodig is voor bepaalde of onbepaalde tijd, ondanks een redelijke poging geen overeenstemming kan worden bereikt, het gebruik niet meer belemmerd wordt dan redelijkerwijs nodig en de belangen van de rechthebbende redelijkerwijs geen onteigening vorderen (art. 10.11 Ow). Welke werken van algemeen belang zijn, is opgesomd in art. 10.13 tot en met art. 10.21 Ow. Ook een windpark met een capaciteit van ten minste 5 MW keert als een werk van algemeen belang terug (art. 10.14 sub a Ow). Ook een warmtenet als bedoeld in art. 1 Warmtewet wordt genoemd (art. 10.14). Een zonnepark wordt niet met zo veel woorden genoemd, maar van belang is dat de Omgevingswet met art. 10.21 een ruime vangnetbepaling kent, waarin is bepaald dat de Minister van I&W een gedoogplicht kan opleggen voor het tot stand brengen of opruimen van een werk van algemeen belang, dat niet in de wet is genoemd, indien het belang van de openbare veiligheid, het belang van de fysieke leefomgeving, zwaarwegende economische belangen of zwaarwegende andere maatschappelijke belangen dit rechtvaardigen.

Naar onze mening zou ook het belang van de energietransitie een zwaarwegend maatschappelijk belang kunnen zijn dat het opleggen van een gedoogplicht rechtvaardigt. De systematiek van de Omgevingswet brengt bovendien met zich dat de aparte concessie en erkenning openbaarbelangprocedure bij de Kroon komen te vervallen. De vraag of een (niet in hoofdstuk 10 Omgevingswet genoemd) algemeen belang het opleggen van een gedoogplicht rechtvaardigt, zal dus in één keer bij de procedure van de totstandkoming van de gedoogbeschikking moeten worden meegenomen. Deze systematiek biedt onzes inziens ruimte om onder de Omgevingswet ruimer gebruik te maken van gedoogplichten voor de energietransitie.

Conclusie en betekenis voor de praktijk

In het huidige recht worden gedoogplichten steeds vaker voor de energietransitie ingezet. Zo is al bij een windpark met een capaciteit van ten minste 5 MW het algemeen belang voor de BP gegeven. Ook bij warmtenetten is dit het geval. Voor zonneparken zijn de mogelijkheden naar huidig recht nog beperkt. Onder de (naar verwachting op 1 juli 2022 in werking tredende) Omgevingswet zullen de mogelijkheden tot het inzetten van het gedoogplichtinstrument voor de energietransitie worden verruimd.