

LEGAL UPDATE

Primeur Windpark Zeewolde: windturbines gevestigd op basis van een gedoogplicht

Datum: 19 december 2019

Op 18 december 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('de Afdeling') een belangwekkende [uitspraak](#) gedaan in de beroepsprocedure tegen het besluit tot het opleggen van een plicht tot het gedogen op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht ('BP') van acht windturbines van het Windpark Zeewolde.

De Afdeling heeft de tegen de gedoogplicht gerichte beroepen ongegrond verklaard. Hiermee is voor het eerst bevestigd dat windturbines – zowel wat betreft fundatie, toegangswegen als overdraai – op basis van een gedoogplicht op gronden van derden kunnen worden gerealiseerd. In zoverre heeft Windpark Zeewolde een primeur in handen.

Belangrijkste conclusies naar aanleiding van de uitspraak

1. Toepassing van artikel 9g van de Elektriciteitswet 1998 – dat bepaalt dat een windpark met een capaciteit van ten minste 5 MW voor de toepassing van de BP wordt aangemerkt als openbaar werk van algemeen nut – is niet in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (het recht op ongestoord genot van eigendom).
2. Het opleggen van een gedoogplicht is ook toegestaan vóórdát het planologische besluit ter realisering waarvan de gedoogplicht is opgelegd rechtens onaantastbaar is geworden.
3. Bij de beoordeling van de vraag of een serieuze en redelijke poging is ondernomen om langs minnelijke weg tot overeenstemming te komen, zijn ook omstandigheden van belang die zich tot het moment van het nemen van het besluit tot oplegging van de gedoogplicht hebben voorgedaan.

Wij zullen de bovenstaande conclusies kort toelichten.

(1) Geen strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM

Volgens de Afdeling is er geen aanleiding om artikel 9g van de Elektriciteitswet 1998 buiten toepassing te laten in verband met artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM, waarin is bepaald dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom.

Iedere maatregel die het ongestoorde genot van eigendom aantast, moet vergezeld gaan van procedurele garanties die de betrokkene een redelijke mogelijkheid bieden tot effectieve betwisting van de rechtmatigheid van die maatregel. Dit houdt in dat op effectieve wijze moet kunnen worden betwist dat de betreffende maatregel voldoet aan de vereisten die de nationale wet daarvoor stelt.

Naar het oordeel van de Afdeling levert toepassing van artikel 9g van de Elektriciteitswet 1998 geen belemmering op om op effectieve wijze te betwisten dat aan de wettelijke vereisten voor het opleggen van de gedoogplicht (en de overige vereisten die de BP stelt) is voldaan. Tot slot bestaat er volgens de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM vereiste 'fair balance' niet is bereikt.

(2) Opleggen gedoogplicht ook toegestaan voordat planologisch besluit onaantastbaar is

De Afdeling verwijst allereerst naar een uitspraak van 30 mei 2012, [ECLI:NL:RVS:2012:BW6968](#), waarin is geoordeeld dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat het minnelijk overleg over het gedogen van het werk en – indien met dit overleg geen overeenstemming is verkregen – de voorbereiding van het

besluit tot oplegging van de gedoogplicht plaatsvindt, vóórdat het planologische besluit ter realisering waarvan de gedoogplicht is opgelegd rechtens onaantastbaar is geworden.

Vervolgens overweegt dat Afdeling dat er ook geen rechtsregel is die zich ertegen verzet dat het opleggen van een gedoogplicht plaatsvindt, vóórdat het planologische besluit ter realisering waarvan de gedoogplicht wordt opgelegd rechtens onaantastbaar is geworden. Dat ten tijde van het besluit tot oplegging van de gedoogplicht de procedure over het rijksinpassingsplan nog bij de Afdeling liep, geeft de Afdeling dan ook geen aanleiding om het besluit tot oplegging van de gedoogplicht te vernietigen.

Rechtmatig verzoekster

De omstandigheid dat in de beroepsprocedure tegen het rijksinpassingsplan de vraag voorlag of het realiseren van een windpark een schaars recht is, en of dat recht op een juiste wijze zou zijn toebedeeld aan het Windpark Zeewolde, maakt volgens de Afdeling niet dat Windpark Zeewolde niet als een rechtmatige verzoekster in de zin van artikel 2 van de Belemmeringenwet Privaatrecht kan worden aangemerkt. In het licht daarvan hoefde de minister alleen te bezien wie verantwoordelijk is voor de praktische uitvoering van het werk. Nu Windpark Zeewolde het initiatief heeft genomen om het windpark te realiseren en bovendien ten tijde van het besluit tot oplegging van de gedoogplicht beschikte over een omgevingsvergunning voor het realiseren van dit windpark, heeft de minister Windpark Zeewolde terecht aangemerkt als de verantwoordelijke voor de praktische uitvoering van het windpark en derhalve als degene wie het werk aangaat.

(3) Poging tot minnelijke overeenstemming

Naar het oordeel van de Afdeling heeft de minister zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat een serieuze en redelijke poging is ondernomen om langs minnelijke weg tot overeenstemming te komen.

De Afdeling bevestigt dat ook omstandigheden die zich tot het moment van het nemen van het besluit tot oplegging van de gedoogplicht hebben voorgedaan, van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de vraag of een serieuze en redelijke poging is ondernomen om langs minnelijke weg tot overeenstemming te komen. De hoorzitting, die op grond van artikel 2, lid 4, van de BP wordt gehouden na het verzoek tot oplegging van de gedoogplicht, is volgens de Afdeling bij uitstek een gelegenheid om te bezien of verzoeker en de rechthebbenden langs minnelijke weg nog tot overeenstemming kunnen komen.

Onze kantoorgenoot [Frank Mulder](#) stond Windpark Zeewolde bij in deze procedure.

Dit is een Legal Update van Carmen Corsten.

Voor meer informatie:

Carmen Corsten
+31 30 25 95 549
carmencorsten@vbk.nl