

~Bijlagen~

‘Een gedoogplicht of toch maar onteigenen..?’

Auteur:	M.B. (Burhan) Ullah
Studentnummer:	2068567
Opdrachtgever:	Rijkswaterstaat Corporate Dienst
Afstudeermentor:	Dhr. mr. P.W.M. Lommerse
Opleiding:	HBO-Rechten
Opleidingsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Afstudeerdocenten:	Mevr. mr. drs. R. Kerstens-van Tol Dhr. mr. P.J.D. Jacobs
Afstudeerperiode:	februari 2016 – mei 2016

Inhoudsopgave bijlagen

Bijlage A	Interview met mevr. M.H.P. Bullens, promovendus aan de Radboud Universiteit op het onderwerp gedoogplichten binnen het bestuursrechtelijke en vergelijkend perspectief.
Bijlage B	Interview met mevr. mr. H. Zeilmaker, advocate te Dirkzwager Advocaten & Notarissen.
Bijlage C	Interview met dhr. mr. F.A. Mulder & mevr. mr. F.A. Linssen, advocaten te Van Benthem & Keulen Advocaten & Notarissen te Utrecht.
Bijlage D	Interview met dhr. prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans, bijzonder hoogleraar aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en advocaat te Van der Feltz Advocaten te Den Haag.
Bijlage E	Interview met mevr. mr. drs. A. Divis-Stein, advocate te RWS CD, afdeling BJV.
Bijlage F	Interview met mevr. S.E.M. Rob-Rüssel, onteigeningsjurist te RWS CD, Afdeling BJV.
Bijlage G	Interview met dhr. mr. D.J.M. Elshof, projectjurist te RWS CD, afdeling BJV.
Bijlage H	Telefonisch interview met dhr. mr. D.J.M. Elshof, projectjurist te RWS CD, afdeling BJV.
Bijlage I	Telefonisch interview met mevr. S.E.M. Rob-Rüssel, onteigeningsjurist te RWS CD, Afdeling BJV.
Bijlage J	Interview met mevr. mr. J.H. van Dijk-Berends, BP-jurist te RWS CD, Afdeling BJV.
Bijlage K	Schema klassieke procedure
Bijlage L	Schema 3.36a Wro procedure
Bijlage M	Schema rechtsbescherming klassieke procedure
Bijlage N	Schema rechtsbescherming bij verzoek tot vernietiging beschikking bij het hof
Bijlage O	Schema rechtsbescherming 3.36a Wro procedure
Bijlage P	Correspondentie met helpdesk Water.
Bijlage Q	Correspondentie met mevr. M.H.P Bullens (promovendus).

Interview met mevr. M.H.P. Bullens, promovendus aan de Radboud Universiteit op het onderwerp gedoogplichten binnen het bestuursrechtelijke en vergelijkend perspectief.

Het gesprek vond plaats op 21 april 2016 te Utrecht.

1(a). Waarom is er zo weinig jurisprudentie omtrent art. 5.24 Ww? Komt het doordat partijen minnelijk overeenstemming bereiken of wordt het instrument simpelweg weinig ingezet? Of is er een ander reden?

Je weet dat die gedoogplicht wordt opgelegd door de waterbeheerders zelf. Dat is een andere procedure dan de BP. Wat ik her en der hoor is dat die gedoogplicht heel lang door de waterschappen, die meestal de waterbeheerders zijn, niet is gebruikt. Omdat het iets nieuws was voor de waterschappen. Maar nu wordt het best veel gebruikt. Dat er weinig gedoogplichtbeschikkingen zijn, is volgens mij niet zo. Volgens mij is het absoluut een instrument dat in opkomst is. Het is wel zo dat elk waterschap een heel ander karakter heeft. Er zijn waterschappen die zoiets als gedoogplichten niet willen hanteren in hun beleid. Dat vinden zij niet eerlijk naar de burger toe. Dat zullen sommige gemeentes ook over onteigening denken. Er hangt vaak bij waterschappen ook beetje een cultuur van 'het echt proberen om minnelijk overeenstemming te bereiken'. Omdat ze meer lokaal staan. Zo zijn er waterschappen die helemaal niet willen beginnen met gedoogplichten. Sommige waterschappen hebben daar niet zo moeite mee, maar kennen het instrument niet goed genoeg. Niet zo goed weten hoe het toegepast moet worden. En er zijn waterschappen die dat veel gebruiken.

(1b) En dan komen ze er minnelijk eruit, wat natuurlijk niet leidt tot jurisprudentie.

Precies. Net als de BP moet je ook bij de Ww minnelijk overleg plegen. Dat volgt niet zozeer uit de wettekst zelf maar uit de jurisprudentie. Natuurlijk worden dan heel veel gevallen opgelost in het minnelijk traject. Dan kom je niet toe aan het opleggen van een gedoogplicht. Maar de angst of de onbekendheid met die gedoogplicht is volgens mij wel weggenomen. Ik hoor zo om me heen echt dat het instrument meer wordt ingezet en het in opkomst is. Jij vraagt eigenlijk waarom er zo weinig jurisprudentie omtrent dit gedoogplicht is. Ik denk eigenlijk dat er relatief veel jurisprudentie is geweest als je het vergelijkt met bijvoorbeeld de jurisprudentie van de BP. Er zijn vorig jaar toch paar uitspraken geweest. Vijf volgens mij. Is niet veel, want er worden ook niet zo veel gedoogplichten opgelegd. Ook al is het in opkomst. Want veel problemen worden in het minnelijk overeenkomst opgelost.

2 (a). Er zijn een aantal criteria in de jurisprudentie ontwikkeld, zoals 'tijdelijk/permanent gebruik', 'omvang van het werk', 'het benodigde grond ten op zichte van het geheel', 'bruikbaarheid van het overige perceel', 'bijzondere omstandigheden' en 'de totale belemmering'. In uw ogen, zijn dat voldoende handvatten om een goede afweging te maken? Of dient er juist op een andere manier naar deze juridische kwestie gekeken te worden?

Ik ben inderdaad wel met je eens dat die criteria zo worden gehanteerd. De gedachte van de gedoogplicht is dat het lichter is dan onteigening, waardoor ontneming van eigendom niet nodig is. Als een soort vuistregel zou je kunnen denken dat onteigening nodig is als je niets meer aan je perceel hebt en een gedoogplicht kan je opleggen voor iets kleins waar je eigenlijk niet zo veel last van hebt. In sommige gevallen is dat heel duidelijk. Bijvoorbeeld voor ondergrondse werken. Een leiding. Of misschien een kabel over je perceel. Dan is het wel duidelijk dat je met een gedoogplicht toekomt. Maar als het werk toch wat meer impact heeft, dan begin je te twifelen. We kunnen ook een casus bedenken. Een windmolen of een windmolenpark bijvoorbeeld. Dan zou je ergens moeten gaan afwegen wanneer je een gedoogplicht kan opleggen en wanneer er hiervoor onteigend moet worden. Op zich zijn de criteria dat je kijkt naar het ruimte beslag op het perceel en wat je nog kunt met het overblijvende bruikbare criteria. Ik weet ook niet of het per se anders moet. Ik zie dat de praktijk worstelt met de vraag of al dan niet onteigend gevorderd wordt. Een percentage zou kunnen helpen om deze vraag eenduidiger te beantwoorden. De moeilijkheid bij het hanteren van een percentage is echter dat ieder geval verschillend is. Ik vraag me dus ten eerste af of een vast percentage een oplossing is; ik denk het eerlijk gezegd niet. Reden is dat iedere zaak zeer eigen casuïstiek kent. Dat je na een bepaald percentage alleen maar mag onteigenen. Dat er een heel duidelijk maatstaf in de wet zou moeten zijn. Dat zou een oplossing kunnen zijn. Dan heeft de praktijk duidelijkheid. Dan nog kan het van geval tot geval verschillend zijn. Er zit ook het aspect van duur, hoe lang het werk aanwezig blijft, wat kan je nu echt met datgene wat overblijft. Dat er dus van geval tot geval verschillend gekeken wordt, ben ik wel voorstander van. Wat misschien een

verbetering in de wet zou kunnen zijn is, dat er toch een maximum wordt gesteld. Dat als je bijvoorbeeld voor langere tijd feitelijk een deel van je grond niet gebruik zou kunnen maken, dat je dan moet gaan onteigenen. Dat zou misschien een verbetering zijn, maar die verbetering zit vooral denk ik dat het zekerheid voor de praktijk oplevert. Want ik denk wel dat er gevallen te bedenken zijn dat een eigenaar niet onteigend wil worden. Dat een eigenaar juist zijn grond wil behouden. En dat is heel verschillend.

Als we even doordenken, heb jij daar een mening over?

(2b) Dat is wat ik als volgende wilde opmerken. Mijn persoonlijke mening, die ik in de afgelopen drie maanden heb ontwikkeld, is toch dat percentages op zich geen harde eis moeten gaan worden. Je moet het in samenhang met andere criteria bekijken. Mijn persoonlijke mening is dat van doorslaggevende factor is de bruikbaarheid van het resterende, overige perceel. Stel dat er een belemmering is van 30%. En dat hij met de overige 70% in staat is om feitelijke bedrijfsvoering functioneel voort te zetten, dan zou ik voorstander zijn om alsnog een gedoogplicht op te leggen. Mijn persoonlijke mening is dat echt gekeken moet worden naar de bruikbaarheid van de resterende perceel. Dat hangt natuurlijk samen met hoe lang het werk aanwezig blijft. Of het tijdelijk is of permanent. Is dat bijvoorbeeld voor een half jaar of voor 10 jaar. Ik denk dat daar meer waarden aangehecht moet worden dan te kijken naar percentages.

Ik denk inderdaad dat je onderscheidt moet maken tussen tijdelijk en permanent. In ieder geval als het meer dan 10 jaar is, zou je het permanent kunnen noemen. Kijk, als het tijdelijk is, kan je voorstellen dat er een groter impact op het perceel is toegestaan dan bij een permanent geval. Hoewel dat dat niet uit de jurisprudentie blijkt. Ik vind die geachte wel te rechtvaardigen. Maar stel je voor dat het gaat om permanent werk. Ik ben wel met je eens dat je moet kijken naar de bruikbaarheid na afloop van de aanleg van het werk. En is het iets waar je weinig last van hebt in je bedrijfsvoering, dan moet het kunnen. En is het iets waar je veel last van hebt, dan niet. Maar ik weet niet of ik eens ben dat de maatstaf moet zijn dat hij zijn bedrijfsvoering kan blijven voeren op het perceel. Natuurlijk is dat heel belangrijk. Is ook een hele belangrijke aanwijzing. Maar ik denk toch dat je dat op een of andere manier moet relateren aan hoeveel grond je over houdt. Stel voor dat je bedrijfsvoering ook op de helft van je perceel zou kunnen voeren, dan vind ik dat als je helft van je perceel voor lange tijd kwijt raakt aan een werk waarvoor de gedoogplicht is opgelegd, dat je wel de vraag moet stellen van wat je nog hebt aan je perceel. Stel je voor dat op 10% van je perceel een gebouw wordt gezet. Precies op een hoekpunt. Met de jurisprudentie die we nu kennen is 10% op zich niet problematisch. Maar stel dat het gebouw voor 50 jaar blijft bestaan. Er is een gedeelte agrarisch waarop gewassen staan. Je kan er om heen maaien. Je verliest 10% van je oppervlakte. Daarvoor kun je schadevergoeding voor krijgen. Daar zijn hele rekenmethodieken voor. Daar worden in de praktijk ook veel afspraken gemaakt tussen de aanlegger van het werk en de eigenaar van het perceel. Vaak wordt er dan overeenstemming bereikt over de schadevergoeding. Maar er kan ook overeenstemming bereikt worden voor schade dat ontstaat na het opleggen van de gedooglicht. Ik heb ook wel de gedachte dat je als grondeigenaar vijftig jaar lang over dat gedeelte niet kan beschikken, waarom er dan niet onteigend kan worden. Waarom moet je toch eigenaar blijven? Want het is grond waar je niks mee kan. Dan kun je wel zeggen dat bedrijfsvoering op overige gronden voortgezet kan worden, toch vind ik dat je in dat geval wel kan zeggen dat het een last is voor die persoon. Waarom moet die eigenaar blijven van een grond waar die zo lang niets mee kan? Natuurlijk doet deze situatie zich niet vaak voor. Meestal is het werk ondergronds of is het werk veel kleiner van omvang. Dan heb je minder last. Gedoogplicht is dan geschikter. Maar als het echt iets is dat langer blijft liggen en de belemmering is ook maar 10 of 15% en kan de bedrijfsvoering doorgang blijven vinden, dan vraag ik me wel af of je niet beter kan onteigenen. Om antwoord te geven op je vraag of er een beter maatstaf denkbaar is...

(2c) Een maatstaf of een ander manier om naar deze kwestie te kijken. Dat is ook lastig, want er zijn criteria opgesteld waar je afhankelijk van bent.

Criteria kun je natuurlijk veranderen. Wat je moet onthouden is dat de gedachte van gedoogplichten is dat er iets is wat in algemeen belang aangelegd kan worden. Zoals bij onteigening. Dat het niet zo moet kunnen zijn dat allerlei grondeigenaren aanleg van een leiding tegen kunnen tegenhouden. Vanuit dat oogpunt, namelijk algemeen belang tegenover individueel belang, is te begrijpen dat een individu een zekere inbreuk op zijn perceel moet gedogen. Als je die gedachte vasthoudt, kan je de criteria wel veranderen. We gaan bijvoorbeeld bekijken hoe belangrijk het werk is voor de samenleving en of daarvoor de individuele belangen moeten wijken. Dan zou je aan andere criteria kunnen komen. Hangt natuurlijk ook af van hoe veel waarde je hecht aan het eigendomsrecht. In Nederland staat in de Grondwet dat er niet zomaar inbreuk mag gemaakt worden op het eigendomsrecht. Dat vinden we heel belangrijk. Dan is het ook belangrijk om dat in

de wetgeving fatsoenlijk te beschermen. Met die gedachte is het dan ook begrijpelijk dat je criteria opstelt om de grondeigenaren te beschermen. Nu ben ik heel lang aan het praten om een antwoord te geven op je vraag, maar er is geen eenduidig antwoord op je vraag. Je kunt het je misschien makkelijker maken door het van verschillende kanten te bekijken, oplossingsgericht te bekijken. En ik denk dat er best een gedachte kan zijn dat we met een percentage gaan werken. Dan kan je onderscheid maken tussen tijdelijk of permanent.

(2d) Wat zou dan permanent zijn?

Je kunt kijken naar de normale afschrijvingsduur van een werk. Een leiding blijft bijvoorbeeld dertig, veertig jaar liggen. Permanent kan ook 10 of 15 jaar zijn. Of je zou kunnen zeggen alles wat niet tijdelijk is, is permanent. Dan zou je moeten kijken wat tijdelijk is. Dan kan je wel een beargumenteerde grens stellen.

(2e) Moet het overige perceel letterlijk genomen worden of kan ook de bruikbaarheid van andere óf vlakbij gelegen percelen in de berekening van de totale oppervlakte betrokken worden?

Dat is een goede vraag. Je weet dat in de jurisprudentie gezegd wordt dat je kijkt naar het totale oppervlakte wat voor bedrijfsvoering wordt gebruikt. Daar kun je op twee manieren over denken. Ik vind dat je eigenlijk naar het betreffende perceel zou moeten kijken, maar als een perceel vreemd verkaveld is en de belemmering van 10% in eens 80% wordt, terwijl het overduidelijk is dat heel het gebied als één perceel wordt gebruikt, dan is er wel wat voor te zeggen dat je kijkt naar de economische eenheid. Ook om te voorkomen dat percelen worden gesplitst om een gedoogplicht tegen te gaan. Maar ik vind dat je als je kijkt naar de economische eenheid, dat je alleen kan uitgaan van de percelen die echt bij elkaar horen. Het is een juridische gedachte dat een perceel vreemd verkaveld is en je het toch benadert als een geheel. Het zou ook de uitvoering van een openbaar werk moeilijker kunnen maken. Ik vind eigenlijk dat je in eerste instantie naar het perceel moet kijken en als je al naar de economische eenheid kijkt, moet dat wel echt iets zijn dat duidelijk bij elkaar hoort en gebruikt wordt. Ik zou eigenlijk kijken of percelen aaneengesloten bij elkaar liggen. Dan kan je pas over economische eenheid praten. Liggen de percelen uit elkaar dan is de feitelijke belemmering vele malen groter.

3. Als er vooraf voor de rechthebbende zeker staat wat voor vergoeding die krijgt, dan maakt het voor de rechthebbende niet uit of er onteigend wordt of er een gedoogplicht wordt opgelegd. Beide gaan van volledige schadeloosstelling uit, maar bij BP is dat achteraf en bij onteigening is dat vooraf. Als bij beide er vooraf een schadeloosstelling wordt geboden, dan vervaagt de grens voor de rechthebbende. Klopt mijn veronderstelling?

Daar ben ik tot zekere hoogte met je eens. Je kunt kijken naar wat de verschillen zijn met onteigening en wanneer onteigening beter zou kunnen zijn. Hangt ook af van de recht van de belanghebbende. Misschien wil hij juist eigenaar blijven, omdat hij dan de beschikking heeft over het grond wanneer het werk vroeg of laat weggehaald wordt. Maar stel je voor je gaat kijken naar welk waarborg biedt onteigening meer dan de gedoogplicht en dan is inderdaad een punt dat onteigening vooraf zekerheid biedt qua schadeloosstelling, althans vooraf aan de eigendomsovergang. Je kunt al een voorschot krijgen. Dat zijn allemaal dingen die je ook kan gaan inbouwen bij de gedoogplicht. Dat je bijvoorbeeld gaat stellen dat je al vooral alle schade vergoedt of vaststaat. Een probleem kan dan wel zijn hoe je omvang van de schade berekent. Die verschilt al naar gelang de aard van de inbreuk op het eigendomsrecht. Er zit natuurlijk een verschil tussen eigendomsontneming en een beperking. De vraag is of de omvang van de schade gelijk is. Bij onteigening zijn er heel specifieke regels gesteld over de omvang de schade. Je krijgt de werkelijke waarde van de onteigende zaak vergoed, maar ook bijkomende schade. Ook bijvoorbeeld schade voor waardevermindering. En bijkomende schade als kostenvergoeding van de advocaten. Ik weet niet of een dergelijke manier van vaststellen voor schade ook voor de BP zou moeten gelden. Om een antwoord te geven op je vraag of er verschil is voor de rechthebbende. Dat zal zitten in de omvang van de schadevergoeding. Want je hebt bij een te maken met eigendomsontneming en bij de andere met een beperking. Als je dat als ware sprake van onteigening gaat berekenen en dat doe via de methodiek van de onteigeningswet, dan kom je wel heel erg in de buurt. Dan kun je afvragen hoe de omvang van de schade wordt bepaald. In het onteigeningsrecht wordt door de rechter een deskundigencommissie vastgesteld die de grond gaat taxeren. Als je dat allemaal zou inbouwen in de BP, dan zou je heel erg in de buurt komen ja.

4. In welke situaties is het niet wenselijk om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? En andersom, in welke gevallen is het niet wenselijk om onteigening uit te spreken, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn?

Eerst over onteigening. Wat je niet uit het oog moet verliezen is dat een aanlegger van het werk over het algemeen ook voor zichzelf kiest wat voor hem de meest wenselijke situatie is. In sommige situaties kan het niet anders dan om te onteigenen. Bijvoorbeeld bij aanleg van een industrieterrein. Als je het hebt over werken waarover je kunt twijfelen. Of bijvoorbeeld een (groot) transformatorhuisje. Daarvoor kun je een gedoogplicht opleggen. Dan moet je als aanlegger jezelf ook afvragen of je zoiets belangrijks niet in eigendom wil hebben. Dus het kan zijn dat de aanlegger van het werk geen gedoogplicht wil, maar eigenaar van het grond wil worden. Ik denk dat het veel te maken heeft met het belang van het werk voor de aanlegger. Een voorbeeld van een spoorweg. Volgens mij is een spoorweg niet iets waarvoor je zomaar een gedoogplicht voor kunt opleggen. Maar je zou kunnen bedenken dat hiervoor een gedoogplicht opgelegd wordt, via bijvoorbeeld een Rijkscoördinatieregeling. Maar volgens mij gebeurt het nooit, omdat spoorwegbeheerders het gebied in eigendom willen hebben. En in dezelfde situatie is voor de eigenaar niet wenselijk om eigenaar te blijven van een groot stuk grond dat verloren gaat. Dan kan je nog steeds wel stellen dat hij schadeloosgesteld wordt, maar voor zoiets dat altijd blijft liggen, is het niet wenselijk. Dat kan een spoorweg zijn maar ook andere werken die zo belangrijk zijn voor de aanlegger dat hij daarvoor de grondeigendom wil hebben. Bijvoorbeeld een dijk waartoe je toegang wil behouden en waar je geen hinder wil ondervangen van grondeigenaren. Dan kan ik me best voorstellen dat het wenselijk is om onteigening uit te spreken. Andersom, in welke gevallen het niet wenselijk is om onteigening uit te spreken terwijl dat juridisch wel mogelijk is, denk ik dan aan tijdelijke situaties. Voor een grond dat je eigenlijk maar een jaar nodig hebt. Stel je voor dat je een werk aan een rivier hebt. De tijdelijke werkstroken die aangelegd worden, worden vaak via gedoogplichten geregeld. Stel dat je daarvoor gaat onteigenen, dan heb je straks allemaal gekke stroken. Daarvoor kan ik me wel voorstellen als je die gronden op termijn niet wil behouden, dat je daarvoor een gedoogplicht wil opleggen.

5. Ik neem aan dat u bekend bent met de (recente) (kroon)jurisprudentie. Bent u in het algemeen eens met de beschikkingen van de Minister of de KB's van de Kroon? Zo nee, in welke gevallen niet?

Eerst een opmerking. Ik heb niet alle gedoogbeschikking tot mijn beschikking, want die worden niet zomaar gepubliceerd. Maar wat ik in het algemeen er over ken uit de jurisprudentie is, dat ik heel lang heb gedacht dat een gedoogplicht heel erg makkelijk opgelegd werd. Mijn indruk was, maar dat komt ook natuurlijk doordat je alleen de jurisprudentie leest waarin probleemgevallen naar voren komen, dat het vaak heel erg makkelijk was om een gedoogplicht op te leggen en dat rechthebbenden daar niet veel tegen konden doen. Omdat die twee toetsingsgronden niet goed werden aangevoerd of dat ze terughoudend werden getoetst. Die indruk had ik. Dat kwam mede doordat de BP best wel moeilijke toegang tot de rechter heeft. Maar ik heb het gevoel dat de Afdeling laatste tijd meer kritisch is en dat niet zomaar een gedoogplicht kan opgelegd worden. Maar ik heb niet zo een, twee een voorbeeld. Het is meer een algemeen indruk die ik niet kan onderbouwen.

6. Zijn er knelpunten in de praktijk? Ondervinden rechthebbenden hinder?

Over het algemeen in de praktijk vinden de rechthebbenden het niet zo erg zolang er maar een vergoeding tegenover staat. Goede afspraken worden gemaakt. Hinder is wel dat rechthebbenden niet vaak kunnen overzien wat de gevolgen zijn. Het is natuurlijk een groot praktijk om vooraf zakelijke overeenkomsten af te sluiten. Dat is wel een heel erg lastige praktijk voor rechthebbenden. Ze kunnen de gevolgen niet goed inzien. Dat ze niet goed kunnen inzien of ze de zakelijke overeenkomsten moeten af sluiten of tegen de gedoogplicht moeten opkomen.

Interview met mevr. mr. H. Zeilmaker, advocate te Dirkzwager Advocaten & Notarissen.

Het gesprek vond plaats op 26 april 2016 te Utrecht.

1. Waarom is relatief weinig jurisprudentie omtrent art. 5.24 Ww? Komt het doordat partijen minnelijk overeenstemming bereiken of wordt het instrument simpelweg weinig ingezet?

In mijn beleving, wat ik dan weet uit mijn contacten met de waterschappen, is dat de gedoogplicht weinig wordt ingezet, omdat in de planvorming al rekening wordt gehouden met onwillige mensen. Als het gaat om een beek, een waterloop of wat dan ook, is het waterschap in staat om die waterloop even anders (aan) te leggen om een discussie te vermijden. Zo kunnen ze door gaan met de werkzaamheden. Dat is één. En twee, in mijn beleving, gaat men heel ver in het bereiken van overeenstemming. Het is ook een financiële afweging. Vroeger kregen waterschappen veel geld van het Rijk. Vervolgens verworven ze het eigendom van een dijk en dat kregen ze dan ook nog eens vergoed. Nu is dat minder. Als een waterschap nu een dijk of een deel van een dijk wil aanschaffen, moeten ze ervoor betalen zonder dat het vergoed wordt. Dan kun je ook nog eens hele moeilijke discussies krijgen over de bijzondere geschiktheid. Het feit dat een (deel van de) dijk al ligt op de grond van een particuliere eigenaar levert een bepaald voordeel op waarvoor de eigenaar ook moet worden vergoed. Het al liggen van de dijk levert dus bijzondere geschiktheid op. Het kan dus nog eens duurder uitvallen. Als je een stuk dijk wil bemachtigen voor dijkversterking, dan is het veel praktischer om te kiezen voor de gedoogplicht. Waarschijnlijk komt men in veel gevallen er toch uit. Het zou eigenlijk veel vaker kunnen. Maar ik ben met je eens dat het mij verbaast dat die gedoogplicht van de Waterwet niet, in ieder geval in de rechtsspraak, niet een enorm gevlucht heeft genomen. Bij dijkverbetering zie je nog wel gedoogplichten. Als het gaat om meanders en beekjes, dan worden die gewoon iets anders.

2 (a). Er zijn een aantal criteria in de jurisprudentie ontwikkeld, zoals ‘tijdelijk/ permanent gebruik’, ‘omvang van het werk’, ‘het benodigde grond ten op zichte van het geheel’, ‘bruikbaarheid van het overige perceel’, ‘bijzondere omstandigheden’ en ‘de totale belemmering’. In uw ogen, zijn dat voldoende handvatten om een goede afweging te maken? Of dient er juist op een andere manier naar deze juridische kwestie gekeken te worden?

We zullen de criteria eens aflopen. Als het tijdelijk is, is het eigenlijk alleen maar onhandig om te onteigenen. Waarom is dat onhandig? Een voorbeeld over onteigening van een ondergronds werk. Dan krijg je de situatie dat je de grond gaat onteigenen omdat in de diepte een tunnel wordt aangelegd. Je krijgt dan de grond terug. Je moet eigenlijk altijd de werkelijke waarde vergoeden, maar omdat je de grond direct terugkrijgt, dan wordt de werkelijke waarde en de waardevermindering niet vergoed. Het lastige is dat je nooit mag korten op de werkelijke waarde. Dat is daar gewoon lastig bij. De vraag blijft wel wat er onder tijdelijk gebruik dient te worden verstaan. Is twee jaar tijdelijk? Ik vind van wel. Is tien jaar tijdelijk? Dat vind ik eigenlijk te lang. Er zit ergens een omslagpunt en die ligt naar mijn mening eerder bij de twee jaar dan bij de tien jaar. Nog een punt is dat die werken ter plekke nooit eigenlijk twee jaar duren. Het zijn tijdsvakken waarbinnen het werk wordt gerealiseerd. Werkelijke periode van belemmering is altijd korter. Misschien heb je het over zeven maanden en dan heb je misschien wel allerlei ellende in de buurt, maar dat moet je wegdenken. Een tijdelijk gebruik vind ik dus een heel duidelijk handvat om te kiezen voor een gedoogplicht.

Volgende criterium is het omvang van het werk. Dat is een verhoudingsgewijs criterium. Ik ben nog geen uitspraak tegengekomen van de Afdeling waarin zij oordeelt dat weliswaar de grondslag 25% is, maar dat het in absolute zin een dergelijk groot oppervlakte is dat je eigenlijk toch moet onteigenen. Dat wordt misschien ondervangen door die bijzondere omstandigheden. Ik vind dat een kritisch criterium. Vooral als je het beziet in relatie tot de bruikbaarheid van het overige. Als je dat puur agrarisch bekijkt, kan je ik er wel iets bij voorstellen. Je perceel vermindert met 25%, maar je kan er nog steeds met je tractor alles doen wat je moet doen, er kunnen nog steeds koeien lopen enzovoort. Als je die bruikbaarheid van het overige gaat oprekken, wat je ziet in de casus TenneT-Randstad I, dan gaat het ook om hinder als het ware. Dan krijg je hele kromme, vreemde discussies zou ik menen. Wanneer is die bruikbaarheid van het overblijvende reëel? Dat is in het geval van een slootje. Natuurlijk, dat slootje kan je niet meer gebruiken en zo'n strook aan ruimte raak je dan kwijt. Dat kan best een groot oppervlakte worden, maar je kunt nog van je perceel gebruik maken. Als je het hebt over een oppervlakte van bijvoorbeeld een halve hectare die je kwijt bent aan een groot elektriciteitswerk, een nutsvoorziening, dan kan je die grote oppervlakte nooit meer gebruiken. Voor de komende dertig jaar misschien niet. Dan vind ik dus die verhouding, die omvang op zelf al een reden om te zeggen dat je eigenlijk geen gedoogplicht moet toepassen. Ik weet dat de Afdeling anders is van mening, maar ik zou dat wel menen.

Ook denk ik dat als je een zo groot stuk wil gebruiken voor een langere periode, waarom zou je dat niet in eigendom willen hebben? Ik vind die omvang, die verhoudingsgewijze omvang, een lastige criterium. Ik begrijp ook de eenvoud ervan. Als je het niet verhoudingsgewijs mag bekijken, wat is dan omvang die dan wel kan en die niet kan. Dat kan misschien opgelost worden met het criterium van bijzondere omvang.

Ik vind dus de omvang in absolute zin een bepalend criterium. Dus in verhouding ook, maar ook zeker in absolute zin. Als 20% van het totale oppervlakte twee hectare is, bij wijze van spreken, en het ligt allemaal aaneengesloten, ook al heb je dan heel veel grond, vind ik dat heel ver gaan. Bovendien zal het gevolg van het werk zijn dat je niets meer op dat stuk grond kan doen. Er komen bijvoorbeeld hekken omheen, het wordt hermetisch afgesloten. Dan kan het nog bijv. 10% zijn, je bent het definitief kwijt en dan is het de facto onteigening. Zo kijkt de afdeling er ook naar. Dan moet je ook onteigenen, zou ik menen.

(2b) Dus met de criteria die er nu zijn in de jurisprudentie, ben je dan in staat om een goede afweging te maken?

Dit allemaal staat los van de keuze die je maakt. Of je nou kiest voor een gedoogplicht of onteigening, die verminderde bruikbaarheid van het overblijvende is er ook bij onteigening. Dat is het merkwaardige. En die moet in beide gevallen vergoed worden. In hoeverre is dat nou een werkbaar criterium? Het was bruikbaar in de situatie waarvoor de gedoogplicht destijds bedoeld was. Te weten voor (onder meer) een slootje in een groot weiland dat verbreed moet worden. Dan voelt iedereen op zijn klompen aan dat het helemaal niet logisch is dat het waterschap daarvan de eigendom per se wil hebben. Daar komt volgens mij het criterium vandaan. Als je kijkt waarvoor het nu ook gebruikt wordt, is het geen onderscheidend criterium. Want die bruikbaarheid van het overige los je niet op door te onteigenen. Je mag nooit meer onteigenen dan precies de contouren van het werk. Je mag nooit buiten de plangrenzen van het bestemmingsplan onteigenen. Dan kom je in een lastige discussie terecht. Als ik dit gedeelte onteigen, is het dan daardoor de bruikbaarheid van het overblijvende zodanig verminderd dat ik dan alleen volledig schadeloosgesteld zou zijn als ik in staat word gesteld om heel dit weiland volledig te reconstrueren elders? Kortom, aankoop kosten, vervangend grond. Dat is een hele interessante discussie die je niet snel gaat winnen. Maar ook die discussie zou je eigenlijk hebben bij de gedoogplicht. Die discussie verschilt niet. Daarom vind ik dat een vreemd criterium. Ik zou eerder kijken naar de omvang in relatie tot de bruikbaarheid van die grond die belemmerd wordt. Met hamvraag: zou een redelijk handelend eigenaar het prima vinden dat die wel eigenaar blijft maar er helemaal niks mee kan? Misschien wel. Zodra agrarisch gebruik mogelijk is, is er sprake van bruikbaarheid. Misschien verminderde bruikbaarheid, maar wel bruikbaarheid. Dat is ook beetje het punt. Als die bruikbaarheid er niet is, als dat een strak criterium zou zijn, dan moet je onteigenen. Ik zou veel meer denken aan de bruikbaarheid van het belemmerde en toch ook de bruikbaarheid van het overige, maar dan heb ik meer over de grond onder een hoogspanning bijvoorbeeld. Niemand vindt het redelijk en reëel als je de ondergrond van die leiding gaat onteigenen. Waarom is dat redelijk om daarvan uit te gaan? Omdat in principe daar gewoon koeien en schapen kunnen lopen. Dat heet dan het overblijvende. Eigenlijk zou je moeten zeggen dat het niet het overblijvende is. Het is overblijvend omdat het nog bruikbaar is maar het is sec gezien niet het overblijvende, want het is wel degelijk de belemmerende strook. Ik zou zeggen zodra er een hek omheen gaat en er is geen sprake meer van bruikbaarheid van het belemmerde strook, dan kom je toch wel bij onteigening uit. Dan kies je als bestuursorgaan alsnog vanwege procedurele voordelen natuurlijk voor de gedoogplicht.

(2c) En moet dat 'overige perceel' letterlijk genomen worden, of kan ook de bruikbaarheid van andere, aanliggende óf vlakbij gelegen percelen in de berekening van de totale oppervlakte betrokken worden?

Volgens mij gaat de Afdeling uit van aaneengesloten percelen. Ik vind in ieder geval dat je de andere kadastrale percelen van dezelfde eigenaar erbij kan betrekken. Stel nou dat je in een bedrijfsvoering percelen hebt waarvan paar in eigendom zijn bij de vader, paar bij de maatschap en paar van de zoon en het zit allemaal in dezelfde bedrijf en het is bedrijfsmatig gebruik. Dat er vier gelijke percelen zijn en het grote nutswerk komt op de grens van twee percelen heen. Als je het grondbeslag alleen maar zou relateren aan de kadastrale perceel waar het werk zich bevindt, dan kom je heel snel aan die onaanvaardbaarheid. Dat vind ik ook niet reëel. Ik denk dat je, zeker als het allemaal van één eigenaar is, dan kan je de aaneengesloten percelen die beoordeling betrekken. Dan reist natuurlijk weer de vraag wat je moet doen met een perceel waar een weg op ligt? Er blijven natuurlijk allemaal grijze gebieden bestaan. Ik denk dat de kadastrale eigendomssituatie niet eens zo veel hoeft uit te maken, want op het moment dat er meerdere,

familie gerelateerde eigenaren zijn die allemaal waarde hebben ingebracht in het bedrijf, dan vind ik dat je naar het grotere geheel kunt kijken.

(2d) Als er een perceel van een derde tussen de percelen van de eigenaar ligt, kunnen die dan mee betrokken worden?

Nee, dat vind ik niet. Volgens mij gaat het namelijk om de bruikbaarheid. En de bruikbaarheid ter plekke wordt vooral bepaald door het grondareaal ter plekke. En niet doordat er vier kilometer verderop ook nog percelen liggen. Dat vind ik geen verschil maken. Als het zo zou zijn dat je voor de belemmering mag kijken naar de volledige grondareaal dat in een bedrijf wordt gebruikt, en dat ligt meestal op een afstand van elkaar, dan zou er nooit meer onteigend hoeven te worden. Dan is het helemaal geen onderscheidend criterium meer.

3 (a). U als advocaat, ziet u knelpunten in de praktijk? Ondervinden rechthebbenden hinder?

Wat een grappig knelpunt is, is de aanvliegverlichting en de beoordeling. Het begint met een keuze. Als bestuursorgaan, als je van de twee instrumenten kan bedienen, kan je dus kiezen. Zoals waterschappen dat kunnen. Kies je voor de gedoogplicht, dan kom je bij de bestuursrechter uit. Volgens mij kom je dan bij de rechtbank en vervolgens bij de Afdeling Bestuursrechtsspraak, bij een gedoogplicht 5.24 Ww. Die bestuursrechter gaat dat terughoudend toetsen aan het criterium of de belangen niet onteigening vorderen. Maar je kunt ook voor exact hetzelfde werk kiezen voor onteigening. Het is niet gezegd dat je voor het ene werk alleen maar de gedoogplicht kan opleggen en voor de andere alleen maar onteigening. Het is ook een keuze. En bij de keuze voor onteigening kom je bij een totaal andere instantie terecht, te weten de Kroon. Straks is het misschien anders bij de Omgevingswet. De Kroon gaat toetsen of er een goed gemotiveerd grondbeleid is en of dat goed wordt toegepast. Als dat zo is, dan wordt onteigening toegewezen. Het feit dat dan de gedoogplicht ook mogelijk is, maakt het niet anders. Dat blijkt overigens niet zo goed uit de MvT bij de Waterwet, maar dat is natuurlijk wel zo. Je bent niet gedwongen om de gedoogplicht te gebruiken. Een knelpunt in de praktijk is dus dat je bij twee totaal andere instanties terecht komt afhankelijk van je keuze die je maakt.

(3b) En dat heeft gevolgen voor de rechthebbende denkt u?

Ja dat denk ik wel. Bij de bestuursrechter wordt er gekeken naar het criterium of de belangen onteigening niet vorderen met de eerder aangehaalde criteria en dan kom je toch vrij snel uit bij de gedoogplicht. Maar als je als eigenaar geconfronteerd wordt met onteigening, is het volgens mij in de praktijk bijna onmogelijk om een gedoogplicht te vorderen in plaats van onteigening. Dat maakt het nog wel een verschil. Bovendien vind ik de worsteling met het percentage een knelpunt. Als wij gaan meemaken dat je voor een half hectare die je niet meer kunt gebruiken en daarvoor een gedoogplicht kunt opleggen en je bent je grond voor de komende dertig jaar kwijt, vind ik dat heel ver gaan. Als de eigenaar dat niet wil, vraag ik me af waarom je er niet voor onteigend.

4 (a). In gevallen wanneer er geen minnelijk overeenstemming is bereikt, in welke situaties is het niet wenselijk om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn?

Dat zijn die grote oppervlaktes waarvan de Afdeling zegt dat als het percentage klein genoeg is, dan kan het wel. Maar ik vind dat wanneer je veel grond bezit, vele aaneengesloten hectares die een economische eenheid vormen, dan is die 25% een gigantische oppervlakte en dan vind ik het gecombineerd met het juiste criterium, de mate van belemmering op die grond zelf (op de belemmerde gebied), dan zou ik het redelijker vinden om onteigening uit te spreken. En die mis ik nu. Of je zou het moeten vertalen in bijzondere omstandigheden, maar ik vind dat niet zo belangrijk. Ik vind het criterium van absolute belemmering een belangrijk criterium.

(4b) En andersom, in welke gevallen is het niet wenselijk om onteigening uit te spreken, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn?

Dat zijn de gevallen die iedereen op zijn klompen aanvoelt. Daarna moet je pas iets juridisch bedenken. Bijvoorbeeld dat je de ondergrond gaat onteigenen. Dat gebeurt ook niet. Dat is absurd. Dat wil die eigenaar ook niet. Hetzelfde geldt voor de ondergrond van een wiekslag van een windmolen. Daarvoor moet je ook iets regelen. Als je dat niet krijgt geregeld, moet je daarvoor een gedoogplicht opleggen. We moeten ons leiden door wat we normaal vinden, wat we redelijk vinden. Dat kunnen we echt wel verzinnen. Waarvan je

gewoon kan zeggen dat een redelijk handelend eigenaar daarmee best wel akkoord zal gaan dat die dan een gedoogplicht opgelegd krijgt en niet onteigening.

5. Ik neem aan dat u bekend bent met de (recente) (kroon)jurisprudentie. Bent u in het algemeen eens met de beschikkingen van de Minister en de KB's van de Kroon? Zo nee, in welke gevallen niet?

In algemene zin ben ik er wel mee eens. Wat je gewoon ziet is dat de Kroon in gevallen waarbij aan alle kanten toch een beetje heeft gerammeld, waarvan je denkt dat het gewoon niet zorgvuldig genoeg is gegaan, dan zet de Kroon al een streep door, volgens mij. En in gevallen waarin weliswaar allemaal niet 'ok' is gegaan, maar over de gehele linie gezien heeft men het wel goed gedaan, dan zal men dezelfde missertjes door de vinger zien. Is dat consistent? Dat zijn wel dingen die je niet weet, want het wordt niet in het KB opgenomen. Ik denk dat het wel redelijk goed gebeurt. Ik weet wel dat we één KB hebben gezien, waarmee mijn collega het helemaal niet eens was. Dat is een KB waarbij de dienstbaarheid voor een spoorovergang is onteigend. Daar is dan ook verweer tegen gevoerd bij de rechter.

Het is niet altijd even consistent, het is niet altijd even duidelijk. Bijvoorbeeld die zelfrealisatie. Daar heb ik ook wel de indruk dat op een moment de overheid niet zorgvuldig genoeg is mee omgesprongen. Dat de overheid een tik op de neus krijgt. En op het moment dat het gewoon een chicaneus zelfberoep is, wordt er korte metten mee gemaakt. Misschien is het consistent als je het terug leest, maar soms begrijp ik het niet.

Bijlage C

Interview met dhr. mr. F.A. Mulder & mevr. mr. F.A. Linssen, advocaten te Van Benthem & Keulen
Advocaten & Notarissen te Utrecht.

Het gesprek vond plaats op 28 april 2016 te Utrecht.

1. Waarom is relatief weinig jurisprudentie omtrent art. 5.24 Ww? Komt het doordat partijen minnelijk overeenstemming bereiken of wordt het instrument simpelweg weinig ingezet?

M: Ik weet het niet of het instrument weinig ingezet wordt. Er is relatief weinig jurisprudentie, omdat het al vaak duidelijk is. Dat het raar zou zijn om hier te onteigenen. Er zijn niet veel grensgevallen. Dat is één. En twee is dat veel overheden het zekere voor het onzekere nemen en kiezen voor onteigening, bij grensgevallen. Mij is nog geen rechtspraak bekend waar expliciet is aangevoerd in het kader van onteigening dat er hier ook met een gedoogplicht had kunnen worden volstaan. Onteigening is een te zwaar middel, je had hier met een gedoogplicht kunnen volstaan. Dat geeft in wezen aan dat het tot nu toe niet wordt afgestraft als men te snel naar onteigening gaat. Als je een echt te groot gedeelte van het perceel nodig hebt of het te ingrijpend is, dan kijkt de overheid over het algemeen wel uit om een gedoogplicht op te leggen. Er wordt volgens mij daarmee weinig geëxperimenteerd. In de context dat er een gedoogplicht wordt opgelegd om te zien of het stand gaat houden.

2. Er zijn een aantal criteria in de jurisprudentie ontwikkeld, zoals 'tijdelijk/permanent gebruik', 'omvang van het werk', 'het benodigde grond ten op zichte van het geheel', 'bruikbaarheid van het overige perceel', 'bijzondere omstandigheden' en 'de totale belemmering'. In jullie ogen, zijn dat voldoende handvatten om een goede afweging te maken? Of dient er juist op een andere manier naar deze juridische kwestie gekeken te worden?

L: op zich zijn de criteria wel duidelijk. De criteria zijn duidelijk als je ze objectief op een rij zet. De discussie gaat vaak over hoe je ze gaat invullen. Dat is eigenlijk altijd het geval. Blijft er bijvoorbeeld genoeg over om de resterende grond functioneel te gebruiken. De een zou zeggen van wel en de ander zou niets met de resterende grond kunnen doen.

M: het is onder omstandigheden wel een lastige afweging op basis van die criteria. Ik vind niet dat ze hele duidelijke handvatten geven. Ze geven wel handvatten, maar die bieden niet in alle gevallen een oplossing. Je moet toch grotendeels je gezonde verstand blijven gebruiken.

L: welke criteria je wel zou moeten gebruiken, is lastig te zeggen. Ik denk, vanuit het oogpunt van Rijkswaterstaat bekeken, gaat het eigenlijk om de situatie ter plaatse. Dat je bekijkt wat de grondgebruik is. Soms kan een belemmering van 10% veel meer impact hebben dan van 25%. Het hangt veel af van de ligging en van het gebruik van het perceel. Soms kan je met 25% met je tractor nog zonder al te veel hinder je werk blijven doen.

M: er zit ook een subjectief element in. In TenneT – Randstad I zag je bijvoorbeeld dat een verklaring van een dierenarts de doorslag gaf. Met die verklaring van de dierenarts was het eigenlijk nog steeds niet uitgemaakt, maar het huiswerk moest wel opnieuw gedaan worden. Die hele discussie dat de paarden op

het resterende perceel al dan niet blijven kunnen lopen/grazen is eigenlijk een arbitraire discussie. In ieder geval een subjectieve discussie waar deskundigen over kunnen verschillen. Dan zijn die criteria op zich niet echt voldoende. Het is een haakje waarbij je kunt aanhaken. Ik denk dat er wel behoefte aan percentages zou kunnen bestaan. Het kan duidelijkheid bieden. Dat er grenzen worden gesteld. Dat je altijd moet gaan gedogen na een belemmering van een bepaald aantal percentage. Zoals dat in de jurisprudentie van art. 38 Ow ook wordt gedaan. Ik zou mij daarbij iets kunnen voorstellen. Je moet dan wel de nodige flexibiliteit hanteren. Blijft het wel van geval tot geval bekijken, maar dat je wel richtlijnen hebt voor standaard zaken. Nu heb je 2%, 3% en dan ineens een uitspraak van het hof van 25%. Of dat dan de norm is, is redelijk arbitrair. Voor bijzondere gevallen moet je altijd uitzonderingen behouden.

3 (a). Na de uitspraak van het Hof van 's-Hertogenbosch, waar een belemmering van 25% in beginsel werd toegestaan, lijkt dat een richtlijn te zijn geworden. Naar mijn mening moet er niet te veel waarde gehecht worden aan percentages. Persoonlijk vind ik de criteria 'bruikbaarheid van het overige perceel' en tijdelijk of permanent gebruik van doorslaggevende waarde. Deelt u mijn mening? Zo niet, aan welke criteria zou er meer waarde gehecht moeten worden?

L: de bruikbaarheid van het overige perceel weegt zeker mee. Ik vind niet dat je alleen naar percentages moet kijken. Er is volgens mij ook jurisprudentie bekend waarin qua oppervlakte best weinig werd belemmerd, maar voor het onderhoud van het werk moest de verzoeker continue toegang hebben tot het werk. Dat was dan een oorzaak om niet te kunnen volstaan met een gedoogplicht. Je moet continue gedogen dat iemand op je grond terecht kan. Dat levert een dermate grote inbreuk op je eigendom dat je eigenlijk had moeten onteigenen.

M: jurisprudentie gaat vaak over bijzondere gevallen. Er worden ontzettend veel gedoogplichten in standaardgevallen opgelegd en ik denk dat je daar best iets met percentages kan doen. Wat ik tot nu toe echt concreet vind blijken uit de jurisprudentie is dat een belemmering van enkele procenten niet zwaar genoeg wordt bevonden om onteigening te vorderen. Als je in de buurt van 25% komt, onderschrijf ik je conclusie dat je daar niet allerlei consequenties aan moet binden. Dat dat een soort grens is. Dat gaat niet echt werken. Ik denk wel dat je een soort ondergrens kan stellen. Dat als er niet meer dan zoveel procent van het perceel wordt belemmerd, in beginsel niets aan de hand is. Behoudens de bijzondere omstandigheden. Daar zou een percentage toch zinvol kunnen zijn. Ook omdat het communicerende handvatten zijn. De bruikbaarheid van het overige wordt ook bepaald door het percentage van de belemmering.

(3b) Dus voor gevallen waar er een relatief grote belemmering is, bijv. 20%, dan zou je meer naar andere criteria moeten kijken, maar als er sprake is van minder belemmering, dan zou je waarde kunnen hechten aan percentages.

M: Ik denk dat het met name in meer standaard zaken dat zeker een rol kan spelen.

4. Een vraag wat onder het 'overig perceel' moet worden verstaan. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat je moet kijken naar aaneengesloten percelen en of zij een economische eenheid vormen bij een bedrijfsvoering. Wat gebeurt er als er een sloot of een weg dwars over een perceel loopt? Wordt hiermee het criterium van 'aaneengesloten percelen' doorbroken? Maakt dat perceel nog onderdeel uit van de 'economische eenheid'? Of moet dat perceel buiten beschouwing blijven?

M: dat is natuurlijk een hele juridische vraag. Het hangt ervan af waarbij je je aansluit. Ik denk dat het in kader van de BP het niet zonder meer is uitgemaakt. Het enige wat je kan doen is aansluiten bij de jurisprudentie van onteigening. Daar is het ook nog niet uitgemaakt dat het perse zo is. Dat heeft de Afdeling bij TenneT – Randstad I ook niet met zoveel woorden gezegd. De Afdeling heeft alleen gezegd dat zij het eens is met de commissie dat de gronden een economische eenheid vormen. In die casus lag er echter geen sloot. Als er een sloot tussen ligt, krijg je een andere casus. Ik ben wel van mening dat als er een sloot ligt, het niet per definitie betekent dat het geen economische eenheid betreft. Dat is gezegd in de jurisprudentie van art. 38 Ow. De jurisprudentie vertelt dat als er een slootje ligt, dat dat niet mee telt in de berekening van het overblijvende. Dat is echter wel allemaal hele oude jurisprudentie. Naast de jurisprudentie van art. 38 Ow raad ik je aan om te kijken naar de jurisprudentie omtrent waardevermindering. Ook daar zal je richtlijnen kunnen vinden. Uit die hele onteigeningsjurisprudentie kan je hele richtlijnen vinden, maar die zijn niet perse van toepassing op dit snijvlak.

L: het wezenlijke verschil is natuurlijk dat je bij onteigening je eigendom kwijt bent, dat is bij BP niet het geval. Dat maakt het wel echt anders.

M: maar voor de vraag of de belangen onteigening vorderen, zou wat mij betreft ook een perceel achter een slootje kunnen meetellen.

5. Jullie als advocaten, zien jullie knelpunten in de praktijk waarvan rechthebbenden hinder ondervinden bij toepassing van de BP?

M: wat ik als een knelpunt zie is toch het feit dat je uit de aanvraag de tekeningen moet halen. Dat heb ik in ieder geval uit mijn hoorzittingen ervaren dat dat als een knelpunt in de praktijk wordt gezien. Het is anders dan bij onteigening, waar toch een heel duidelijk onteigeningsplan met alle stukken ter inzage ligt. Vervolgens is bij het besluit direct duidelijk, op grond van het grondplan, wat precies onteigend zal worden. Dat is volstrekt helder. Bij de BP moet je soms gaan graven in het verzoek waarvoor de gedoogplicht is aangevraagd en wat dus de consequenties kunnen zijn. Dat brengt voor de rechthebbenden niet in alle gevallen de vereiste rechtszekerheid. Dat zie je ook terug wanneer de gedoogplicht in het kadaster is ingeschreven. Je vraagt je af waar precies de leiding zal komen te liggen. Dan zie je regelmatig dat je dat niet uit het kadaster kan afleiden. Dan moet je dus eigenlijk terug naar Rijkswaterstaat om te vragen naar de aanvraag die destijds is ingediend om na te gaan waar die leiding ligt.

L: ik weet niet of dit meespeelt, maar je hebt die leidraden van Rijkswaterstaat. Onze ervaring is toch wel dat het per aanvraag heel erg kan verschillen hoe de aanvraag is gedaan en hoe duidelijk de aanvraag is. De een maakt inderdaad een mooi tekeningetje voor de rechthebbende waaruit duidelijk blijkt waar de leiding komt en wat de werkstrook zal zijn. Zo weet de rechthebbende wat voor last hij zal ondervinden. Maar bij een ander krijg je hele pakketten van dossiers waar je zelf moet gaan zoeken waar je perceel ligt en wat het werk voor je gaat betekenen. Daarin zou een standaard moeten komen. Dat het voor iedere rechthebbende duidelijk wordt waar het perceel ligt en wat het voor je gaat betekenen.

M: Als hoorcommissie ervaren wij dat inderdaad. Dat het voor de een heel duidelijk is en voor de andere niet. Voor een opstalrecht ter voorkoming van de gedoogplicht zal er een duidelijke tekening in het kadaster komen. Maar een gedoogplicht wordt zonder een tekening in het kadaster ingeschreven. Misschien gebeurt dat wel tegenwoordig. Als het niet gebeurt, zou dat wel moeten gebeuren. Wij weten uit het verleden dat het vaak niet duidelijk was. Dat een belanghebbende geen idee heeft en dan komt het door een klikmelding naar boven en blijkt dat ie z'n uitbouw niet kan uitbouwen. Nu nog steeds wordt er geen tekening bijgevoegd bij de beschikking. Er wordt verwezen naar de aanvraag. Dat zou ik anders doen in de Omgevingswet. Gewoon meer in lijn brengen met het onteigeningsbesluit. Dus met een kaart. Dat er geen misverstand kan zijn waar het werk ligt en wat je mag doen en wat je moet gedogen.

6. In gevallen wanneer er geen minnelijk overeenstemming is bereikt, in welke situaties is het niet wenselijk om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? Dat het beter is om te onteigenen?

M: Ik weet wel hoe bepaalde mensen daarover denken. Er gaan stemmen op dat je überhaupt waar een grondbeslag definitief wordt ingenomen, bijvoorbeeld door een transformatorhuisje, je moet onteigenen. Want je ben de grond onder dat huisje kwijt. Wat kan je er dan nog mee? Ook al krijg je een gedoogplicht opgelegd, de facto ben je de grond kwijt. Je kunt je dus afvragen wat de rechtvaardiging is om daarvoor een gedoogplicht op te leggen. De enige rechtvaardiging zou kunnen zijn dat je in redelijkheid geen last zou ondervinden van dat transformatorhuisje. Er valt wel wat voor te zeggen als je niet eens bent met de gedoogplicht. In wezen verkoop je je grond dan ook. Als je een opstalrecht vestigt, ontvang je de volle waarde. Wat heb je dan in godsnaam aan die grond? Ik vind het, daarentegen, ook niet zo gek als er toch een gedoogplicht wordt opgelegd. Het criterium is namelijk dat als het weinig invloed heeft op het totale oppervlakte, dat je dan voor de lichtere procedure moet kiezen. Voor de gedoogprocedure. De waarborgen moeten wel voldoende zijn. Dat je volledig schadeloosgesteld wordt. Maar ontvang je geen schadevergoeding voor de waardevermindering van het overblijvende of krijg je alleen de actuele schade vergoed, dan kan je je afvragen of het redelijk is om dat via een gedoogplicht te regelen. In wezen neem je gewoon een stukje eigendom van iemand af. Ik kan me heel goed voorstellen dat de gedoogplicht wordt gebruikt voor lichtere gevallen. Dat je niet helemaal de onteigeningsprocedure gaat volgen. Eigenlijk zou het ook echt een onteigening light moeten zijn, waar je de grond definitief afneemt, maar niet in een vorm van een gedoogplicht. Want je gedooft het niet tijdelijk, je bent het gewoon definitief kwijt.

(6b) Dat bedoel ik. Als je het tien, twintig jaar je grond kwijt bent. Je gevoel zou zeggen, los of het juridisch klopt, dat je het beter kan onteigenen.

M: maar je vraagt waarom je beter kan onteigenen. Niet omdat je zo nodig de complete onteigeningsprocedure wil gaan doorlopen met een grondplan en alle toeters en bellen die er aan hangen. Waar het omgaat is dat je een onteigening light kan doen. Je wil een BP kunnen vestigen. Daarbij kan ik mij iets voorstellen. Dat het makkelijker wordt om te onteigenen als het zo weinig invloed heeft op het overblijvende. Bijvoorbeeld dat je een boer hebt met vijftig hectare en je hebt een hoekje nodig voor een

transformatorhuisje, moet je dan echt een onteigeningsprocedure volgen? Kan je dat dan niet doen via een gedoogplichtprocedure, omdat het zo weinig invloed heeft. Noem het dan ook geen gedogen meer, maar noem het onteigening light. Waarmee je met een lichtere procedure dat stukje kan onteigenen, maar met de waarborg van volledige schadeloosstelling conform het onteigeningsrecht. En dan niet aanvoeren dat de band van eigendom niet wordt doorbonden, dus dat je alleen maar actuele schade ontvangt of dat er niet gekeken wordt naar wat je ermee in de toekomst kan enzovoort. Nee, gewoon echt conform de regels van het onteigeningsrecht.

L: ik ben het op zich eens, want dat is wat mensen vaak willen. Maar er speelt nog iets. Je zegt terecht dat het werk over twintig, dertig jaar weggehaald kan worden. Stel dat het transformatorhuisje midden op je grond staat. De eigenaar kan dan ook aanvoeren dat hij die onteigening light niet wil, maar de gedoogplicht. Ik wil wel mijn schade vergoed, maar ik wil ook mijn grond terug als dat huisje weggaat.

M: dat is ook zo. Dat kan. Dat maakt het lastiger. Je hebt in wezen een keuzevrijheid. Of een onteigening light met een volledige schadeloosstelling of de gedoogplicht, maar dan moet je ook accepteren dat de schadeloosstelling hier en daar tot verschillen kan leiden.

(6c) Wat als de belemmering zo groot is als 20%?

M: ik vind dat als je 20% van iemands eigendom afneemt, dat je gewoon moet onteigenen. Ook als het een heel groot oppervlakte is, want dan is 20% ook heel veel.

L: dan zou je ook nog kunnen zeggen dat je nog iets overhoudt wat nog te exploiteren is.

M: jawel, maar dat komt ook terug bij onteigening.

L: klopt, maar ik zit meer te denken aan een klein perceel dat net rendabel is om te exploiteren. Als daar tien procent afgaat, kan dat fataal zijn. Dat komt ook voor. Dan vorderen de belangen eigenlijk zonder meer onteigening. Dat is eigenlijk het lastige om met een percentage te werken. Ik ben wel met je eens dat 20% van een groot oppervlakte ook heel veel is.

M: Dat klopt. Daarom moet de rechthebbende een keuzevrijheid hebben. Of de onteigening light of de gedoogplicht. Het laatste als hij later, als het werk is verwijderd, zijn grond wil behouden. Laten we ook niet vergeten dat bij onteigening ook niet voor de eeuwigheid wordt onteigend. Een mast voor een hoogspanningsleiding wordt geacht dat het voorlopig blijft staan. Maar op het moment dat je onteigend voor een afvalstofcentrale bijvoorbeeld, dan kan het zo maar zijn dat dat ding over tien jaar wordt wegbestemd en dat er wat anders komt. Ook onteigenen doe je niet perse voor de eeuwigheid. Wat betreft het argument van dat als het werk wordt verwijderd, ik mijn grond terug wil. Dat kan in theorie wel kloppen, maar ik denk dat in praktijk weinig mensen op die manier denken.

7(a). Ik neem aan dat jullie bekend bent met de (recente) (kroon)jurisprudentie. Zijn jullie in het algemeen eens met de beschikkingen van de Minister en de KB's van de Kroon? Zo nee, in welke gevallen niet?

M: ik kan niet direct zeggen of ik kritiek heb op de Kroon of de Minister waar zodanig is besloten. Ik heb in het verleden heel veel dijken onteigend voor de Staat. Daar speelde regelmatig dat er werkterreinen nodig waren. In het minnelijk traject kwamen veel zienswijze naar voren van rechthebbenden die het niet eens waren dat een stukje van hun voortuin, dat eigenlijk in het talud van de dijk zat, werd onteigend.

Rijkswaterstaat vond dat de zienswijzen weinig waarde kennen, omdat het talud in de verordening van het waterschap viel. Voor de rechthebbenden had het juist veel waarde, omdat het als een stukje tuin voelde. Ze mochten er weliswaar niets mee, maar het is toch wel hun uitzicht. Daar kwamen dus veel onteigeningen voor. Daar probeerde je natuurlijk minnelijk overeenstemming voor te bereiken. Je probeerde dat stukje tuin te huren. Dat stukje kreeg je weer terug, nadat de dijk was aangelegd.

De vraag is, wat gebeurt er nou als iemand dwars blijft liggen en ook die huur niet wil. Dan bied je aan om dat stukje ook te onteigenen. Met de bijkomende bieding om het weer terug te leveren nadat de werkzaamheden zijn afgerond. Dat hoeven de rechthebbenden niet te aanvaarden. Met andere woorden, je kan dat niet verreken als het aanbod niet wordt aanvaard. Je kan het ook niet aanbieden, want je zegt dat je het tijdelijk nodig hebt. Die huur is typisch iets dat normaal gesproken via een gedooglicht gaat, maar omdat je toch aan het onteigenen bent, neem je die werkterreinen mee. Dat is in wezen raar. Een scherpe advocaat zou daar natuurlijk raad mee weten. Hij zou aanvoeren dat een gedoogplicht moet worden opgelegd, omdat je het tijdelijk nodig hebt. Er is geen noodzaak tot onteigening. Je brengt de overheid mee in de problemen, want planning-technisch lukt het natuurlijk niet meer. In de Frisia-zaak gingen de gedoogplicht- en onteigeningsprocedure wel heel erg door elkaar lopen. Die raakten een beetje verstrengeld met elkaar. Dat samenspel met onteigening is ook interessant om te onderzoeken denk ik. Om daar iets op

te verzinnen. Dat er een soort samenstel kan komen van, bij wijze van spreken, onteigening met een geflankeerde gedoogplichtprocedure voor tijdelijke werkzaamheden.

(7b) Één procedure voor zowel een gedoogplicht als onteigening?

M: dat zou ook denkbaar zijn, maar dat het in ieder geval mogelijk is om dat niet via een onteigening te doen met het aanbod op terug levering. Nogmaals, daar loop je echt het risico dat iemand aanvoert 'splits dit maar. Het is gewoon niet gerechtvaardigd om te onteigenen voor werkterreinen'. Want je argument is eigenlijk dat je zonder die werkterreinen je werk niet af krijgt. Dus de enige noodzaak is het planningsprobleem aan de kant van de overheid. Ik zou wel raadweten als ik aan de andere kant zou zitten.

Bijlage D

Interview met dhr. prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans, bijzonder hoogleraar aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en advocaat te Van der Feltz Advocaten te Den Haag.

Het gesprek vond plaats op 4 mei 2016 te Den Haag.

1(a). Mijn onderzoek gaat naar het spanningsveld tussen gedoogplichten en onteigening. Er zijn een aantal criteria in de jurisprudentie ontwikkeld, zoals 'tijdelijk/permanent gebruik', 'omvang van het werk', 'het benodigde grond ten op zichte van het geheel', 'bruikbaarheid van het overige perceel', 'bijzondere omstandigheden' en 'de totale belemmering'. In uw ogen, zijn dat voldoende handvatten om de juiste juridische instrument te kiezen? Of dient er juist op een andere manier naar deze juridische kwestie gekeken te worden?

Dat lijkt mij het moeilijke aan jouw opdracht. Het is erg lastig om soort 'hard & fast rules' te introduceren. Het is toch eigenlijk beetje een maatwerk. In het ene geval kun je vaststellen dat de oppervlakte een wat grotere rol speelt. In het andere geval is het net van doorslaggevende waarde dat er eigenlijk geen reëel gebruik meer mogelijk is voor het overige perceel. Het vergt per definitie een casuïstische benadering. Kijk alleen al naar het criterium zelf in de BP, dat 'belangen van rechthebbenden redelijkerwijs onteigening vorderen'. Het begrip 'redelijkerwijs' is natuurlijk een vaag begrip dat dan ingevuld moet worden. Je kunt je zelfs voorstellen dat in feitelijk bijna identieke situaties voor verschillende instrumenten gekozen kan worden. Gewoon puur gezien de omstandigheden van de persoon zelf. Dus ik denk dat er een onvermijdelijk element van onzekerheid in elke procedure schuilt. Vooraf kan je niet zwart op wit voorspellen wat de uitkomst zal zijn van de procedures. Maar ik denk dat de voordeel is dat er recht kan worden gedaan in individuele gevallen. Het is ook beetje een kwestie van voorkeur. Hoe je als jurist in de wedstrijd zit. Zelf denk ik, gezien vanuit de situatie van de rechthebbende, dat je meer te winnen hebt als er een individuele benadering van je casus plaatsvindt dan wanneer er een algemene benadering plaatsvindt. Dat er bijvoorbeeld bij een belemmering van twintig procent stevast wordt onteigend en bij een mindere belemmering niet. Dan zal je net de gevallen krijgen van 22 of 18 procent. Dat zal tot zeer onwenselijke situaties leiden.

(1b) Eigenlijk moet je het dus per zaak, casus bekijken? Je kunt eigenlijk niet van te voren keiharde eisen stellen?

Inderdaad. Eigenlijk moet je in de rechtspraak naar individuele gevallen zoeken. Dat je kijkt in welke gevallen de Raad van State oordeelde dat er onteigend had moeten worden en in welke gevallen niet. Hoe is de Raad van State tot haar oordeel gekomen? De laatste tijd is er meer rechtspraak, maar er zijn ook jaren geweest zonder enige rechtspraak. Dan is het een des te meer grijs gebied waarin je je moet acteren. Als er echter elk jaar drie/vier uitspraken worden gedaan, ik weet eerlijk gezegd niet of dat vol te houden is, maar dan heb je na een aantal jaren een mandje aan rechtspraak. Dan kan je aan de hand van de rechtspraak oriënteren op een zaak en dan ontstaat er ook een beetje rechtszekerheid.

2(a). Er gaan meningen rond om met percentages te werken. Dat je bij een belemmering van enkele percentages voor een gedoogplicht zou moeten kiezen en als je meer in de buurt van 20% komt, dat je dan meer naar de overige criteria moet kijken. Kan dat van toegevoegde waarde zijn? Zou het tot meer rechtszekerheid kunnen leiden?

Dat zal zeker tot meer rechtszekerheid leiden. Als er vaste percentages zijn, is er wat mij betreft meer rechtszekerheid. Ik betwijfel of het ook meer recht doet aan individuele gevallen. Het hangt een beetje af van waar je die percentage vaststelt. Ik heb er niet zoveel moeite mee als er voor een belemmering van 8 of 9

procent een gedoogplicht wordt opgelegd. De andere criteria zijn dan minder van belang. Boven dat percentage zal je de andere criteria wel erbij moeten betrekken. Je moet wel het percentage laag houden. Anders room je wel heel veel af.

(2b) Wat is in uw ogen dan een laag percentage?

Rond de tien procent denk ik. Maar ook dat blijft een twijfelgeval. In gevallen van een gedoogplicht van de Waterwet, bijvoorbeeld, waar grond wordt afgegraven om een waterloop te verkrijgen, kan tien procent ook veel zijn. Dat water heeft immers echt geen functie meer voor de eigenaar. Dan kan je net zo goed onteigenen. Vervolgens komt ook de andere kant van het verhaal naar voren. Als ik een agrarisch perceel heb en er wordt een gedoogplicht op grond van de waterwet opgelegd omdat een deel van mijn perceel onderdeel van een waterloop moet worden, heb ik aanspraak op vergoeding. De vergoeding is de waardevermindering van die percelen. Je krijgt als eigenaar een extra vergoeding voor de water dat er ligt. Als rechthebbende krijg je zoveel schadevergoeding, dat het voor het waterschap misschien beter is om een gewoon te onteigenen. Althans, dat is mijn mening. Je wordt als waterschap eigenaar en qua schadeloosstelling maakt het bijna niet uit.

3. Ik weet dat u over het volgende het e.e.a. heeft gezegd in uw inaugurele rede. Toch zou ik graag er meer over willen horen. Na de uitspraak van het Hof van 's-Hertogenbosch, waar een belemmering van 25% in beginsel werd toegestaan, lijkt dat een richtlijn te zijn geworden. Naar mijn mening moet er niet te veel waarde gehecht worden aan percentages. Persoonlijk vind ik de criteria 'bruikbaarheid van het overige perceel' en tijdelijk of permanent gebruik van doorslaggevende waarde. Deelt u mijn mening? Zo niet, aan welke criteria zou er meer waarde gehecht moeten worden?

Voor een deel, deel ik je opvatting. Ik denk dat de belangrijkste componenten inderdaad de omvang van de belemmering en de aard van de belemmering zijn. Zijn er nog reële gebruiksmogelijkheden die er nog reesteren? Die twee beetje in combinatie beschouwd. De duur van de ligging van het werk vind ik een lastig aspect. Er worden heel veel gedoogplichten opgelegd voor werken die toch van permanente aard zijn. Bijvoorbeeld een mast voor een hoogspanningsleiding of een gasleiding. Dat zijn typische voorbeelden die misschien niet honderd jaar blijven liggen, maar wel waarschijnlijk gedurende heel het leven van de huidige eigenaar. Daar zie je eigenlijk dat de tijdelijkheid helemaal geen rol speelt. Ik denk daarom dat dat geen factor is die echt meedoet. De omvang en aard van de belemmering zijn wel de twee belangrijkste criteria.

4. Kunt u zich voorstellen dat het niet wenselijk is om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn?

Sommige bestuursorganen hanteren een beleid dat ze de ondergrond van bepaalde werken bij voorkeur in eigendom willen hebben. Het eigendommenbeleid van waterschappen bijvoorbeeld. Soms denk je dat het werk met een gedoogplicht gerealiseerd kan worden, maar het waterschap kiest toch voor onteigening. Dat heeft met een beleidsmatige overweging te maken. Je ziet dat bij het voorbeeld van zojuist. Wanneer dus de schadeloosstelling voor een opgelegde gedoogplicht nauwelijks lager is dan in het geval van onteigening, zou ik voor onteigening kiezen. Je hebt dan de volle eigendom. Iedereen weet dan waar hij of zij aan toe is. Dan is er nog een ander, derde aspect. Het speelt in de praktijk niet zo zeer, maar ik kan me er wel iets bij voorstellen. Na de oplegging van een gedoogplicht kan er nog veel onduidelijkheid reesteren over veel aspecten. De wet zegt alleen dat de rechthebbende iets moet gedogen. Over de verdere verhouding tussen de aanlegger van het werk en de gedoogplichtige is niets geregeld. In de praktijk zie je daarom dat in gevallen wanneer een gedoogbeschikking is afgegeven, een partij als TenneT of Gasunie alsnog probeert om een overeenkomst af te sluiten met de rechthebbende. Niet omdat ze dat nodig hebben, maar met een overeenkomst kunnen ze allerlei voorwaarden afspreken. Voor veel situaties wordt dan een soort contractuele oplossing afgesproken.

5(a). U als advocaat, ziet u knelpunten in de praktijk bij toepassing van de gedoogplichten BP of van art. 5.24 Ww? Ondervinden rechthebbenden hiervan hinder?

Hinder is een beetje groot woord. Bij de BP is er de onwenselijke situatie, niet alleen voor de rechthebbende maar ook voor de ondernemer van het werk, dat je uiteenlopende rechtsbescherming hebt. Momenteel is de wetgever daarmee bezig. Ik heb dossiers liggen waar je soms voor naar het hof moet en soms moet je naar de bestuursrechter. Dat is voor de burger helemaal niet prettig. Hij heeft twee procedures die doorlopen moeten worden. Dat wil je niet. Op zichzelf denk ik, los van de harmonisering van de rechtsbescherming die

er zal plaatsvinden, dat die procedure verder wel prima is. Ik vind het niet een ondoorzichtige procedure. Ik vind het goed uit te leggen aan de mensen. Overigens vind ik wel typisch voor de BP dat er geen procedures aangespannen worden over de hoogte van de schadeloosstelling. Althans, niet de laatste tientallen jaren. Over de oplegging van de gedoogplicht natuurlijk wel, maar dat men vervolgens naar de kantonrechter gaat om te procederen is een zeldzaamheid. Dat vind ik bijzonder. Dat kan alleen maar verklaard worden doordat rechthebbenden kennelijk mee eens zijn met de hoogte van de schadeloosstelling. Ik denk dat het komt door de feit dat in veel gevallen aan rechthebbenden die lang dwars hebben gelegen, alsnog een meewerkvergoeding aangeboden wordt als ze toch nog tekenen. Ondanks dat er al een gedoogplicht is opgelegd. Ik denk dat dat de verklaring is. Als het zo werkt in de praktijk, vind ik dat een prima gang van zaken.

(5b) Er zijn dus niet al te veel knelpunten in de praktijk?

Nee, dat vind ik niet. Ik denk dat het best wel goed gaat.

6. Ik neem aan dat u bekend bent met de (recente) (kroon)jurisprudentie. Bent u in het algemeen eens met de werkwijze van de Minister en/of Kroon? Met de totstandkoming van de beschikkingen en Koninklijke Besluiten?

Over de gedoogplichten is in het begin gesproken. Ik kan me wel situaties herinneren dat een rechthebbende van mening was dat onteigening een te zwaar middel is en derhalve met een gedoogplicht voldaan had kunnen worden. Met name bij dijkversterkingsprojecten. Daar gaat een Kroon wel gemakkelijk mee als een waterschap aanvoert waarde te hechten om bijvoorbeeld alle ondergrond van een dijklichaam of aangelegde stroken in eigendom te hebben vanwege de eenheid van het beheer. Dat is wel een soort doorslaggevende factor voor de Kroon om te zeggen dat onteigening inderdaad aan de orde is. Ik heb eerlijk gezegd geen moeite met die benadering. Ik snap wel dat waterschappen dat willen en ik vind ook dat daardoor de belangen van de eigenaar niet echt in de knel komen. Uiteindelijk heeft de eigenaar bij onteigening de waarborg van volledige schadeloosstelling. En de vraag is wat voor plezier je hebt van een heel klein stukje dijklichaam bijvoorbeeld. Ik heb dus met die werkwijze geen moeite. Ik vind ook dat er speelruimte moet zijn voor het bestuur. Je moet niet zonder meer kiezen voor gedoogplichten of onteigening, maar als er nagedacht is door het bestuursorgaan en gemotiveerd een keuze is gemaakt en als Kroon vind je dat aannemelijk, dan kun je dus stellen dat het voldoende is onderbouwd.

Interview met mevr. mr. drs. A. Divis-Stein, advocate te RWS CD, afdeling BJV.

Het gesprek vond plaats op 23 februari 2016 in Utrecht.

(1) Wanneer zou je een gedoogplichten moeten opleggen en wanneer zou je voor onteigening moeten gaan?

Het is natuurlijk elke keer kijken naar de feiten. Feiten zijn doorslaggevend. Je moet kijken naar de omvang van het werk en de mate waarin de gebruiksbeperking aanwezig is. Dat heeft o.a. het Hof Den Bosch bepaald. Het is een en-en verhaal. Je kijkt naar het percentage dat in permanente situatie helemaal niet gebruikt kan worden en de gebruiksbeperkingen van de overige gronden. De jurisprudentie heeft dus wel wat lijnen uitgezet. Zo heeft (weer) het Hof Den Bosch bepaald dat als er niet meer dan 25% permanente gebruiksbeperking is voor de rechthebbende, toch nog mogelijk is om een gedoogplicht op te leggen. Dat is dus wel een richtlijn voor ons. Kom je boven de 25%, dan moet je een goed verhaal hebben. Daarnaast is er in de uitspraak van VarioHippique bepaald dat je bij een bedrijf naar de totale bedrijfsvoering kan kijken. Je kijkt dan niet alleen naar het kadastrale perceel waarop de gedoogplicht rust, maar ook naar de omliggende percelen. Je kijkt naar percentages gerelateerd aan het totaal. Hierdoor kom je gunstiger uit voor de BP. Verder vertelt de jurisprudentie ook dat het niet wenselijk is als er versnippering van eigendom optreedt. Er zijn dus wel wat handvatten: percentage dat helemaal niet gebruikt kan worden, de overige gebruiksbeperkingen en soms moet je naar het geheel kijken. Naar het totaal. Hetzelfde speelt ook bij de waterstaatsjurisprudentie. Daar zijn ook deze criteria uiteengezet. De gedachte bij BP is dat het een minder vergaand middel is dan onteigening. Er wordt daarom vaak geprobeerd om te kijken of eerst BP mogelijk is. Dus waar men twijfelt, zou ik geneigd zijn om te zeggen dat men eerst moet proberen om een gedoogplicht voor elkaar te krijgen. Wat overigens ook belangrijk is, is de benadering dat je altijd moet kijken naar heel kadastraal perceel. De vraag is of er op een heel kadastraal perceel een gedoogplicht moet rusten, of op dat perceel, of op het deel wat onteigend moet worden. Je kan dan de situatie krijgen dat je voor een bepaald gedeelte wel een titel hebt en voor de andere niet. Dat maakt het wel ingewikkelder. Sluysmans gaat ook in op dit criterium. Hij zegt dat de keuze voor een BP of onteigening niet wordt bepaald door het financieringsverhaal. Rechthebbenden hebben namelijk soms liever dat ze onteigenend worden, want dan hebben ze in één keer het bedrag aan schadeloosstelling. Sluysmans zegt echter dat je niet naar het financiële verhaal moet kijken maar sec naar de mate waarin de grond niet gebruikt kan worden en in hoeverre de overige gronden nog goed exploiteerbaar zijn.

(2) Klopt het dat rechthebbenden meestal een financieel bezwaar hebben?

Meestal wel. Ze proberen tegenwoordig eigenlijk van alles. Voor mij als minister is het echter prettig om te weten als het een financiële verhaal is, wij dat heel terughoudend kunnen toetsen. Je bekijkt dat in het kader van het minnelijk overleg. Je mag (als minister) niet diepgaand gaan toetsen. Echte financiële bezwaren horen immers bij de kantonrechter thuis. Terughoudend toetsen in dit context betekent dat we dienen te toetsen of het minnelijk overleg redelijk en serieus is geweest en of het bod op voorhand niet onwettelijk of onredelijk is, of er een logboek aanwezig is en of er over een redelijke termijn overleg met elkaar gesproken is. Ze gaan echter bijna nooit naar de kantonrechter maar procederen verder. Vaak onder de invloed van de advocaat. Die proberen van alles. Ze gebruiken alle mogelijke verweergronden om de rechter lastig te maken.

Interview met mevr. S.E.M. Rob-Rüssel, onteigeningsjurist te RWS CD, Afdeling BJV.

Het gesprek vond plaats 23 februari 2016 te Utrecht.

(1) Wat kunt u vertellen over de gedoogplichten op grond van de Waterwet?

De gedoogplicht van op grond van artikel 5.24 van de Waterwet komt er op neer dat een eigenaar/rechthebbende moet gedogen dat de waterbeheerder een werk op zijn grond uitvoert t.b.v. de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en de waterbeheerder het niet nodig vindt om daarvoor de te onteigenen. De rechthebbende kan daarvoor wel om een schadevergoeding verzoeken. Het moet gaan om werken voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en daarmee verband houdende werkzaamheden, zoals werkwegen, aanlegkades en depots die nodig zijn om het werk te realiseren. Per geval zal moeten worden afgewogen wanneer de gedoogplicht toelaatbaar is of wanneer onteigening noodzakelijk wordt bevonden. Het eigendommenbeleid van het waterschap is daarbij erg belangrijk. Daarin is opgenomen hoe het waterschap wil handelen ten opzichte van grond die in bezit is van particulieren. Willen ze die in eigendom hebben of willen ze daarvoor de gedoogplichten opleggen? Het is wenselijk dat dit aan geven in hun eigendommenbeleid. Bij een verzoek tot onteigening is er vaak een tijdelijke onderhoudsstrook of een toegangsweg nodig. De Kroon vindt dan dat niet onteigend hoeft te worden maar de gedoogplicht opgelegd kan worden. In het eigendommenbeleid van een waterschap kan tot uitdrukking komen wat het waterschap minimaal in eigendom wenst te hebben en waarom en waarvoor zij de gedoogplicht toepassen. Dit eigendommenbeleid is nodig, want er moet een basis of uitgangspunt zijn om een afweging te maken of de onteigening nodig is of dat volstaan kan worden met gedoogplichten. Op grond van dat beleid dienen zij een onteigeningsverzoek in. Het eigendommenbeleid verschilt per waterschap. Als het waterschap in strijd met haar eigendommenbeleid wil gaan onteigenen, moet zij dat extra goed motiveren waarom ze onroerende zaken in eigendom wil hebben.. Het eigendommenbeleid van het waterschap komt terug in de zakelijke beschrijving, die toegevoegd zit bij het verzoek tot onteigenen. Daarin beschrijf je wat je precies gaat doen, wat er gaat gebeuren, wat de aanleiding is, wat het resultaat zal zijn. Stel dat het waterschap geen eigendommenbeleid heeft. Dan vind ik het wel verklaarbaar dat een waterschap toch de kernzone van een dijk in eigendom wil hebben. Als het dan niet lukt om die werken te realiseren, en ze proberen ook een opstalrecht te vestigen en dat lukt ook niet, dan nemen we het (toch) in behandeling. Maar als ze ook voor werkstroken willen onteigenen, dan zeggen wij bij waterschappen dat ook het werk via de gedoogplicht mogelijk gemaakt dient te worden. Bij aanleg van tunnels zou je, overigens, ook kunnen denken aan gedoogplichten in plaats van onteigening. In principe hoeft de grond van mensen die boven de tunnel wonen niet onteigend te worden. Toch hebben wij daar altijd voor onteigend. Voor de veilige en ongestoorde ligging ervan. Niettemin is gedoogplicht verdedigbaar. Met een zakelijk recht kan je immers ook altijd terecht op je grond. Tunnels zijn een voorbeeld van de raakvlak tussen onteigening en gedoogplichten. Maar ook aanvliegverlichting bijvoorbeeld. De BP is de laatste jaren daarom ook steeds verder opgerekt. Waar het vroeger alleen voor kabels en leidingen werd gebruikt, worden tegenwoordig steeds meer diverse werken via de gedoogplicht mogelijk gemaakt.

(2) Waar zitten de moeilijkheden bij onteigening?

Noodzaak speelt vaak een grote rol. Rechthebbenden zeggen wel eens dat er onvoldoende overleg is gevoerd of dat er niet is onderhandeld. Of ze zeggen dat niet de meest gerede partij het verzoek heeft ingediend. Dat een ander bestuursorgaan bevoegd was. Of ze voeren aan dat er onvoldoende onderzoek is gedaan naar de noodzaak. Soms ook tot de planologie. De meeste zienswijzen zien toch op de gevoerde overleg. Wat wij vaak doen, en dat zie je niet terug in het KB, is dat we bij iedere zaak een vooroverleg hebben. Dan toetsen we eerst het zaak in concept. We zetten onze bevindingen op papier en delen die mee met de verzoeker. Daarbij stellen we ook de voorvraag of er een noodzaak is om te onteigenen of dat er sprake is van gedoogplicht. Die past de stukken aan en dient dan het officiële verzoek in. We moeten natuurlijk ook kijken of het binnen bepaalde termijn gerealiseerd kan worden. Er moet een planning overlegd worden. Er moet sprake zijn van urgentie.

(3) Hoe zou ik mijn onderzoek volgens u moeten aanpakken?

Misschien kan je aan de hand van een project onderzoeken waarom er in sommige gevallen een gedoogplicht is opgelegd en waarom er is onteigend. Laatst hebben wij het Kier-besluit gehad. Dat gaat het over om Haringvlietsluizen op een kier te zetten. Allerlei partijen moeten zijn daarbij betrokken. Sommige waterschappen moeten dijkjes veranderen, moeten uitwaarden aanleggen of een pompstation bouwen. Bij het Kier-besluit speelt de combinatie van onteigening, gedoogplichten BP en Ww. Er zijn dus veel partijen

betrokken. Er is een waterschap, een drinkwatermaatschappij en volgens mij ook RWS. Kortom, veel stakeholders. En iedereen moet zijn eigen dingetje doen. Voor sommige dingen, voor de waterleidingen, doen ze de BP. Voor bepaalde zaken wordt er onteigend. En weer voor andere zaken wordt de gedoogplicht WW toegepast. En dat vloeit allemaal voort uit dat ene besluit. Wij zijn dat nu nog allemaal aan het uitzoeken.

Bijlage G

Interview met dhr. mr. D.J.M. Elshof, projectjurist te RWS CD, afdeling BJV.

Het gesprek vond plaats op 25 februari 2016 te Utrecht.

(1) Kunt u toelichten hoe de BP-procedures nu op grote lijnen verlopen?

Eerst is er een bezwaar. Daarvóór is er eerst een hoorzitting. Dat is niet de hoorzitting in het kader van een bezwaarschriftprocedure. Dat is een soort voorbereidingshandeling waarbij betrokkenen hun belangen kenbaar kunnen maken. Daarmee wordt in de beschikking rekening gehouden volgens de BP. Vervolgens is er een bezwaarfase waar ook een hoorzitting plaatsvindt. Op beslissing tegen bezwaar kun je in beroep bij de rechtbank en in hoger beroep bij RvS. Dat is alleen mogelijk in een van de twee BP-procedures. Daarnaast kun je vernietiging bij het Hof vragen op een aantal aspecten van het besluit. Dat hangt af of het een 3:36a Wro-procedure is of een klassieke procedure. De procedures verschillen aanzienlijk van elkaar. In de ene klassieke procedure moet er een hoorzitting plaatsvinden bij de gemeente en bij 3:36a Wro organiseert de provincie het. Dus je hebt allerlei schijven en partijen die betrokken zijn. Dat vermoedelijk het proces alleen maar.

(2) Wat zijn de wezenlijke verschillen tussen de BP-procedures en de onteigeningsprocedure in rechtsbescherming en schadeloosstelling?

In de BP heb je bezwaar/beroep bij RvS. In de administratieve fase van onteigening heb je dat niet, want je kan niet in beroep tegen het KB. In de gerechtelijke civiele procedure die volgt op de administratieve fase kan je wel in beroep. Dat is echter wel een hele marginale toetsing van het KB. Bij onteigening wordt de schadeloosstelling in de gerechtelijke procedure vastgesteld en dan gaat de eigendom over. Nu is het zo dat je een onteigeningsverzoek indient bij de Kroon. Dan gaat de Kroon dat beoordelen en adviseert de RvS daarover. Vervolgens wordt er een besluit over onteigening genomen. Dat gaat nog allemaal niet over schadeloosstelling, maar alleen nog of het mag of niet mag onteigend worden. Met dat KB in de hand kan de gemeente de eigenaar dagvaarden voor de civiele rechter. Civiele rechter gaat dan kijken naar de hoogte van de schadeloosstelling en spreekt ook de eigendom uit. De eigendom gaat dus pas over aan het einde van de civiele procedure. Bij gedoogplichtprocedure is er in verschillende varianten bezwaar, beroep en zelfs vernietiging bij het Hof mogelijk tegen de gedoogplichtbeschikking. Die beschikking gaat ook niet in op de hoogte van de schadeloosstelling. Dat is een aparte procedure. De gedoogplicht wordt al opgelegd voordat er iets over de schadevergoeding is besloten. Het is aan degene die de gedoogplicht heeft opgelegd gekregen om zelf naar de kantonrechter te gaan. Dat is een andere stap dan bij de onteigening. Als je kijkt naar welke normen en regels de hoogte van de schadeloosstelling bij BP en onteigening wordt getoetst, zijn daar verschillen in te zien. Sluysmans heeft daar een artikel over geschreven. Dat artikel gaat over de schadeloosstelling en hij vergelijkt daarin de Ow met de BP en volgens mij komt hij tot de conclusie dat hetzelfde is of zou moeten zijn. Over schadevergoeding op onteigeningsbasis is er heel veel jurisprudentie. Is een apart rechtsgebied. Over de BP daarentegen is er weinig jurisprudentie. Kennelijk komen partijen er altijd uit. Er is nauwelijks jurisprudentie over schadevergoeding in dat kader.

(3) Wat vindt u van mijn centrale vraag plus de deelvragen?

Volgens mij is voor jouw onderzoek het snijvlak tussen de BP-procedures en de onteigeningsprocedure van belang. Bij de BP-procedures is het vaak, zoals je ook in je onderzoeksvragen aangeeft, dat de betrokkenen onteigening vorderen omdat inbreuk op eigendom te groot is. Daar is wel de nodige jurisprudentie over. Over de oppervlakte, maar ook voor ander soortig belemmering. Denk bijvoorbeeld aan VarioHippique. De rechter wordt ook steeds kritischer over de mate van beperking. Dat zie je bijvoorbeeld in de uitspraak van Van Ruiten. Daar werd geoordeeld dat de minister het motiveringsbeginsel had geschonden door het besluit onvoldoende te motiveren. Aan de andere kant dienen wij onteigening als ultimum remedium zien. Je dient te kijken of er een lichter middel ingezet kan worden. Namelijk BP of gedoogplicht Ww. Overigens komt het verweer dat de rechthebbende een gedoogplicht prefereert boven onteigening minder voor. Een interessante voorbeeld daarvan is de zaak Cortenoever in het project Ruimte voor de Rivier. Een dijkverlaging. Verschillende percelen waren tijdelijk maar niet permanent nodig. Het waterschap had dat deels geregeld met gedoogplichten o.g.v. de Ww voor de tijdelijke gronden en voor de meer permanente gronden hadden

ze een verzoek tot onteigening ingediend. De eigenaar had aangevoerd dat er een gedoogplicht dient opgelegd te worden i.p.v. onteigening. Andersom, had hij ook aangevoerd dat er onteigening diende plaats te vinden i.p.v. gedoogplichten. Dat is dus een zaak die je van beide kanten kan bekijken. De RvS heeft besloten dat de inbreuk niet zodanig is dat er onteigend had moeten worden.

(4)Denkt u dat de nieuwe omgevingswet van toegevoegde waarde zal zijn?

Ik denk dat dat zeker een verbetering is. De procedure wordt een stuk simpeler. Nu is het zo, bijvoorbeeld, dat je een concessie en een zogenaamde erkenning openbaar belang dient aan te vragen voor een bepaald werk waarvan het openbaar belang niet erkend is. Dat is een besluit. Je volgt daarvoor een aparte procedure. In de nieuwe wet is dat niet meer nodig. In de nieuwe wet zijn een aantal belangen benoemd waarvoor je de gedoogplicht kan opleggen. Voor de gedoogplichten waarvan niet expliciet het openbaar belang is erkend, is er een restcategorie bedacht: andere algemene belangen. In de beschikking zelf worden dan de belangen afgewogen. Je krijgt dan één procedure. In de procedure voor het opleggen van de gedoogplicht wordt dan ook meteen een oordeel gevormd over het algemeen belang. Dat versnelt de algehele procedure, maar brengt wel te weeg dat in die laatstgenoemde gedoogplichtprocedure het algemeen belang heel specifiek in een bezwaar- en beroepsprocedure aan de orde kan komen. Toch denk ik dat het een welkome verbetering is. Alles gaat in één procedure lopen. Nu heb je vaak dat er wordt verwezen in de ene procedure naar de andere procedure. Dus ik denk dat het voor betrokkenen en rechthebbenden veel duidelijkheid zal scheppen. Bij de gedoogplichten wordt er gekozen voor een titel 3.4 procedure. De U.O.V. procedure met zienswijze. Dan is vervolgens de vraag, kun je daar in één of twee instanties beroep tegen indienen? Daar is het men nog niet over eens. Een ander groot vraagstuk is nog bijvoorbeeld de schadevergoeding in kader van de gedoogplicht. Dat is bij BP een volledige schadevergoeding. Maar bij andere gedoogplichten, die straks in de nieuwe omgevingswet terecht zullen komen, wordt er ook met nadeelcompensatie gewerkt. De vraag is dan hoe dit opgelost zal worden. Voor de rechthebbenden kan het van groot belang zijn op wat voor vergoeding ze kunnen rekenen. Ik zelf pleit voor een volledige schadevergoeding. Laat het echter ook zo zijn dat in die gevallen waar vroeger nadeelcompensatie mogelijk was, dat daartoe ook nog de mogelijkheid bestaat. Als je dat niet doet, krijg je enorme discussies.

(5)Wat betekent de nieuwe Omgevingswet voor onteigening?

De administratieve fase komt te vervallen. Elk bestuursorgaan die het aangaat, kan dan het onteigeningsbesluit nemen. Daar staat dan wel beroep open bij de bestuursrechter in één of twee instanties. Dat is nog onduidelijk. De gerechtelijke fase wordt ook anders. Die zal alleen nog maar gaan over de hoogte van de schadeloosstelling. Eigenlijk beetje hetzelfde zoals nu bij de BP. De eigendomsovergang gaat al eerder, namelijk op het moment dat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is. Wat dat betreft gaan die procedures in de toekomst meer op elkaar lijken. Het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het plan (bestemmingsplan of een omgevingsplan) waarvoor onteigend wordt, zal het besluit ter onteigening nemen. Afhankelijk van het soort plan kunnen straks verschillende bestuursorganen het besluit nemen, namelijk de minister, de provincie, de gemeente of het waterschap. Ze doen dat op verzoek van een initiatiefnemer, wat vaak weer de genoemde bestuursorganen zijn. Daarnaast zijn er nog enkele partijen die niet zelf het besluit kunnen nemen, maar wel kunnen onteigenen. Bijvoorbeeld ProRail, gemeenschappelijke regelingen en toegelaten instellingen. Dat zijn woningbouwcorporaties. Verder wordt de rol van de advocaten groter. Straks kun je immers in beroep bij de bestuursrechter, waardoor ze eigenaren gaan vertegenwoordigen. Maar ook bestuursorganen. Zij kunnen straks ook het onteigeningsverzoek gaan opstellen. De civiele rechter houdt ook een rol. Die gaat de hoogte van de schadeloosstelling bepalen. De eigendom gaat over als het besluit genomen is en als dat besluit onherroepelijk is geworden. Ook de bestuursrechter krijgt een nieuwe rol. Hij gaat de onteigeningsbesluiten toetsen. Nieuw is ook een onafhankelijke adviescommissie. Zij gaan de bestuursorganen adviseren. Om zo een waarborgfunctie te hebben in de voorfase. Tot slot wordt de rol van de notaris belangrijker. Hij moet nagaan of er voldaan is aan een tweetal belangrijke formaliteiten om de eigendomsovergang te registreren. Namelijk of er een onherroepelijk onteigeningsbesluit is en of het plan waarvoor wordt onteigend, onherroepelijk verklaard is. Verder dient er al een plaatsopneming plaatsgevonden te hebben. Bovendien dient er al een voorschot op de schadevergoeding betaald te zijn. Dat moet de notaris allemaal controleren.

Telefonisch interview met dhr. mr. D.J.M. Elshof, projectjurist te RWS CD, afdeling BJV.

Het gesprek vond plaats op 22 april 2016.

1(a). Er zijn een aantal criteria in de jurisprudentie ontwikkeld, zoals 'tijdelijk/permanent gebruik', 'omvang van het werk', 'het benodigde grond ten op zichte van het geheel', 'bruikbaarheid van het overige perceel', 'bijzondere omstandigheden' en 'de totale belemmering'. In uw ogen, zijn dat voldoende handvatten om een goede afweging te maken? Of dient er juist op een andere manier naar deze juridische kwestie gekeken te worden?

Het zal lastig zijn om daar een harde criterium voor te geven, omdat het heel erg van geval tot geval kan verschillen. Dat heb je gezien in de zaak Tennen Randstad I waarbij de grondslag qua percentage niet zodanig was dat onteigening nodig was. De rechter zei dat je ook moet kijken naar de andere feitelijke belemmeringen die de eigenaar ervaart. Het is heel lastig. Ik denk dat het sowieso heel goed is, dat er in de jurisprudentie criteria zijn ontwikkeld. Er is een lijn ontwikkeld die in beginsel verdedigbaar is. Ik denk dat dat op zich voldoende is ja.

(1b) Dus met de criteria die momenteel gelden ben je eigenlijk in staat om een goede afweging te maken?

Ik denk dat met de criteria die er nu zijn je een goede afweging kunt maken. Er zal altijd een discussie blijven. Dat is immers eigen aan het recht. Het is heel moeilijk om een harde lijn te maken. De jurisprudentie heeft zich al ontwikkeld in de zin dat er bepaalde percentages zijn genoemd. Dat is op zich al een helder kader. Daarnaast moet je ook kijken naar andere aspecten. Die kunnen soms verrassingen opleveren. Dat is ook eigen aan dit instrument. Het is best wel complex, omdat je ingrijpt op bedrijfsvoering van andere met overheidsbelang.

2(a). Na de uitspraak van het Hof van 's-Hertogenbosch waar belemmering van 25% in beginsel werd toegestaan, lijkt dat een richtlijn te zijn geworden. Naar mijn mening moet er niet te veel waarde gehecht worden aan percentages. Persoonlijk vind ik de criteria 'bruikbaarheid van het overige perceel' en tijdelijk of permanent gebruik van doorslaggevende waarde. Deelt u mijn mening?

Ik deel jouw mening in die zin dat ik ook vind dat percentage alleen een indicatie is. Dat je moet kijken naar de totale belemmering die in de bedrijfsvoering ontstaat, als het gevolg van opleggen van de gedoogplicht en aanleggen van de werken. In die zin deel ik jouw mening.

(2b) Ik denk ook dat als er een belemmering is van 20% of juist meer dan 25% maar dat door de bruikbaarheid van het overige perceel de eigenaar nog steeds in staat is om zijn bedrijfsvoering functioneel door te zetten, dan ben ik eigenlijk van mening dat je nog steeds een gedoogplicht kan opleggen.

Daar ben ik met je eens. Als het zo is dat de belemmering minder is dan 25% en het perceel wordt gezien als bedrijfsvoering die de betrokkene die daar uitvoert, totaal onbruikbaar, niet meer bereikbaar of anderszins bepaalde werkzaamheden niet meer uitgevoerd kunnen worden die nodig zijn voor de bedrijfsvoering, dan wordt het anders. Dat is een hele individuele benadering. Ik vind het ook goed dat het zo is, want het gaat om een inbreuk op de eigendomsrechten. Het moet aan de Minister overgelaten worden om op een goede manier daar naar te kijken of de rechter om daar een bepaalde oordeel te laten geven. Dus ik denk niet dat je daar hele harde normen voor moet opstellen, want dan krijg je toch dat zaken niet gaan passen in de praktijk. Dan krijg je misschien onwenselijke situaties. Ik denk dat je niet te veel waarde moet hechten aan concrete regels. Het recht moet je zien als een soort net dat je op de werkelijkheid spant. Je moet altijd per geval bekijken.

(2c) En moet dat 'overige perceel' letterlijk genomen worden, of kan ook de bruikbaarheid van andere, aanliggende óf vlakbij gelegen percelen in de berekening van de totale oppervlakte betrokken worden?

Uit recente jurisprudentie blijkt er ook omliggende percelen betrokken kunnen worden. Ik vind ook dat je moet kijken naar wat de daadwerkelijke belemmering is op de bedrijfsvoering. Het feit dat het perceel dan juridisch een ander kadastraal nummer heeft, zou niet moeten uitmaken. Je moet kijken wat de feitelijke effect is voor de rechthebbende. Hoe zijn belangen getroffen worden.

(2d) Je kan de situatie hebben dat je twee percelen hebt, die niet aaneengesloten liggen, maar verspreid liggen van elkaar. Dat er op een perceel voor de helft een werk wordt aangelegd, dan heb je een belemmering van 50%, maar als je naar de totale bedrijfsvoering kijkt, dan heb je een belemmering van 10% bijvoorbeeld. Toch heeft de rechthebbende straks sterke waardevermindering van zijn grond, want je kan niets met de helft van je grond. Wat vind jij daarvan?

De vraag is, wat bedoel je met los van elkaar gelegen? Bedoel je direct aansluitend, maar dan wel een ander kadastraal nummer, of bedoel je als een perceel van een derde tussen ligt?

(2e) Dat er een perceel van een derde tussen ligt.

Ik denk dat dat inderdaad een verschil maakt. Als percelen verspreid liggen, maar wel deel uitmaken van de totale bedrijfsvoering, maar ook percelen van andere tussen liggen, dan vind ik dat een andere zaak dan percelen die aaneengesloten liggen. Daar ben ik het mee eens. Maar ik ken uit de jurisprudentie geen voorbeelden van percelen die verspreid lagen en toch meegerekend zijn. Het is volgens mij een meer theoretisch verhaal, dan een praktische.

3(a). In welke situaties is het niet wenselijk om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? En andersom, in welke gevallen is het niet wenselijk om onteigening uit te spreken, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? Uiteraard als er geen minnelijk overeenstemming bereikt is.

Dat hangt helemaal van de situatie af. Gedoogplichten zijn in de wet gekomen als instrumenten uit het algemeen belang. Voor lichtere werken waarvoor geen onteigening nodig is. Om dat mogelijk te maken in het algemeen belang. Daar zit zo'n maatschappelijk belang aan dat er geaccepteerd wordt dat een rechthebbende dat moet gedogen. Dat vind ik heel goed verdedigbaar. Maar op het moment dat om zodanige werken gaat met zodanige omvang ten opzichte van het genot dat een rechthebbende heeft van zijn perceel, dan kan je gaan denken of je niet moet gaan onteigenen. Dat is in de jurisprudentie ook bepaald.

(3b) Klopt. Maar uit jouw ervaring als jurist bij Rijkswaterstaat, zijn er situaties voorgekomen waar je heb getwijfeld? Een meer een praktische benadering.

Natuurlijk zijn er situaties dat je die overweging maakt. We vragen in kader van onteigening ook aan waterschappen als ze willen onteigening voor bepaalde dijklichamen, kan je dat niet doen met een gedoogplicht?

(3c) In welke gevallen zou dan volgens jou een gedoogplicht opgelegd moeten worden opgelegd worden en niet onteigening?

Dat is heel erg specifiek en dat hangt heel erg van het geval af. Waarom heb je die grond nodig en kan je niet volstaan met een gedoogplicht? Dat is de vraag die je dan stelt. Een gedoogplicht wordt aan de ene kant beschouwd als een goed instrument en aan de andere kant willen soms eigenaren hun eigendom niet kwijt en dus willen ze een gedoogplicht. Je moet heel goed naar de belangen van de rechthebbende kijken en naar het beleid dat een overheidsorgaan daar voert. Veel waterschappen hebben een eigendommenbeleid waarin ze aangeven wat ze wel in eigendom willen hebben omdat het een belangrijke, vitale functie heeft. Dat zijn redenen om dat toe te staan. Dat is best wel een complex verhaal.

Telefonisch interview met mevr. S.E.M. Rob-Rüssel, onteigeningsjurist te RWS CD, Afdeling BJV.

Het gesprek vond plaats op 22 april 2016.

1(a). Mag het waterschap in tegenstrijd met haar eigendommenbeleid handelen?

Als er een gedoogplicht opgelegd moet worden en dat staat in het eigendommenbeleid, dan is er geen noodzaak om te onteigenen. Dan moeten ze eerst proberen om de gedoogplicht op te leggen. Uit een rechtelijke uitspraak kan blijken of dit niet lukt. Als dat geval is kan een verzoek om onteigening in behandeling worden genomen..

(1b) Ik bedoel eigenlijk op andere situaties. Hoe ver reikt de bevoegdheid de Kroon, want er kan frictie optreden. Dat ze voor werkstroken willen onteigenen, maar dat de Kroon eigenlijk van mening is dat het beter is om een gedoogplicht op te leggen. Hoe gaan jullie daarmee om?

Wij bekijken dat in de noodzaak van onteigening. In de voortoets vragen we dan waarom men voor de werkstroken of werkterreinen wil onteigenen? Je kan niet zomaar onteigenen voor werkstroken. Wij geven dan aan dat hiervoor een minder vergaande instrument zoals het opleggen van de gedoogplicht op grond van de Waterwet beschikbaar is. Wij vragen dan aan het Waterschap waarom dit niet toepassen?

(1c) Maar als zij ook bijvoorbeeld voor werkstroken willen onteigenen, of voor tijdelijke gronden. Maar als Kroon denk je dat het beter is om daarvoor een gedoogplicht op te leggen, omdat het om tijdelijke gronden gaat. Hoe ver reikt daar de bevoegdheid van de Kroon? Kan de Kroon daar iets tegen doen?

Wij kunnen dan zeggen dat we op dit moment geen noodzaak zien om te onteigenen. Als in het eigendommenbeleid van een waterschap staat dat zij werkstroken via het opleggen van gedoogplichten willen gebruiken en ze willen afwijken van het eigendommenbeleid, dan moeten zij met een heel goed verhaal komen. Als zij het tijdelijk gebruik via een gedoogplicht kunnen regelen, dan zeggen wij dat er op dit moment geen noodzaak is om te gaan onteigenen. Er gebeurt ook wel eens dat er voor werkstroken onteigend wordt, maar meestal is dat door Rijkswaterstaat of andere verzoekers die op grond van de Waterwet geen gedoogplicht kunnen opleggen. Zij moeten dan eerst proberen om het te huren of een regeling te treffen en als dat niet lukt, dan mag je onteigenen. Je hebt het uiteindelijk nodig om je hoofdwerk werk te kunnen realiseren.

2(a). Hoe toets je of er een noodzaak tot onteigening is? Als je twijfelt of er onteigend moet worden of een gedoogplicht moet opgelegd worden, wat is voor jou dan van doorslaggevende waarde dat er een noodzaak aanwezig is of niet?

De noodzaak zou kunnen zijn dat ze die gedoogplicht niet kunnen opleggen. Een werkstrook moet altijd ten dienste staan van het hoofdwerk. Een hoofdwerk kan je dan niet realiseren zonder dat je die werkstroken gebruikt. Als in hun eigendommenbeleid staat dat er een gedoogplicht opgelegd moet worden en dat hebben ze ook geprobeerd, maar dat is niet gelukt, dan kan je gaan onteigenen. Maar dan nog moet je nog blijven proberen om een regeling te treffen om de strook te gebruiken.

(2b) De Kroon heeft dan weinig beleidsruimte als het gaat om het eigendommenbeleid van het waterschap.

Dat is een keuze die zo'n waterschap zelf maakt. Daar kunnen we natuurlijk niet in treden. Het kan best zo zijn dat een waterschap geen eigendommenbeleid heeft of wel heeft maar dat ze geen gedoogplichten hanteren. Dan melden wij in de voorfase dat dat wellicht een mogelijkheid is om een gedoogplicht op te leggen. Die weg zou dan je eerst moeten bewandelen. Dat is altijd in het kader van het noodzaaks criterium. Wij kunnen het waterschap niet verplichten om een eigendommenbeleid te hanteren.

(2c) Ik vroeg eigenlijk af wat je als Kroon kan doen als je niet eens met het eigendommenbeleid, maar eigenlijk moet de Kroon dus dat beleid volgen?

Ja, want wij moeten het ergens aan toetsen. De Kroon kijkt ernaar vanuit het noodzaaks criterium. Is het daadwerkelijk nodig om te onteigenen? Of kan er een lichter middel ingezet worden.

(2d) Als er geen lichter middel ingezet kan worden of als er geen minnelijk overeenstemming is bereikt en de werkterreinen zijn nodig om het werk te realiseren, dan wordt er geaccepteerd dat er onteigend moet worden?

Inderdaad. Dan moeten ze biedingen uitbrengen. Dat is drieledig. Je moet laten zien dat je geprobeerd hebt om een regeling te treffen voor de werkstroken, of als ze hebben geprobeerd om de grond te huren, een bod wat je met de rest van het grond wil gaan doen en een bod voor wat je definitief nodig hebt. Bij waterschappen gaan we ervan uit dat ze in principe de gedoogplicht op grond van de Waterwet kunnen toepassen. Als ze toch willen onteigenen moeten ze wel een heel goed verhaal hebben waarom het niet kan.

(2e) En dat goed verhaal kan zijn dat er geen minnelijk overeenstemming is bereikt? En dat de werkterreinen nodig zijn om het realiseren van het werk.

Dan zullen wij ook iedere keer vragen waarom leg je geen gedoogplicht op? Het is iedere keer maatwerk. Je moet het per geval kijken. Elk zaak wordt apart beoordeeld. Als zij toch willen onteigenen, zal dat een lastig verhaal worden, want in principe kan je een lichter middel inzetten. Zeker als iets tijdelijk benodigd is.

(2f) Wat kan dan een heel goede reden zijn om alsnog te gaan onteigenen, ook al is dat in strijd met hun eigen beleid?

Bij KIS waren er werkterreinen, waarvoor zowel onteigend is en andere waarvoor de gedoogplicht op grond van de Waterwet opgelegd is. Daar waren stukken grond bij waarvoor de gedoogplicht niet toegepast kon worden. Om woningen te slopen bijvoorbeeld. Dat is dan gemotiveerd in de zakelijke beschrijving.

3. In welke situaties is het niet wenselijk om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? En andersom, in welke gevallen is het niet wenselijk om onteigening uit te spreken, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn?

Reactie op tweede vraag: voor werkterreinen. Voor wat je tijdelijk nodig hebt of waar het gebruik voortgezet kan worden. Voor wat betreft de gedoogplichten, vind ik dat lastig om te zeggen. Dat is een afweging die de waterschappen zelf moeten maken. Die keuze kunnen wij zelf niet maken. Ik persoonlijk vind dat als je een grond niet meer kan gebruiken, dan er onteigend kan worden. Bijvoorbeeld opstijgpunten bij hoogspanningsmasten. Soms wordt om het stuk waarop zo'n mast staat een hek gebouwd. Dan kan je wellicht beter gaan onteigenen. Daarvoor wordt nu een gedoogplicht opgelegd. De eigenaar heeft dan niet veel meer aan zijn grond en vind ik het daarom goed verdedigbaar als hiervoor onteigend moet worden. Als een eigenaar de grond niet meer kan gebruiken of als er heel veel beperkingen zijn dat het bestaande gebruik niet kan worden voortgezet.

4(a). In de literatuur en jurisprudentie is het een en ander bekend over de afweging gedoogplicht of onteigening. Toch is er nog beoordelingsruimte over. Hoe kan men die beoordelingsruimte opvullen? Is dat überhaupt wel mogelijk?

Voor gedoogplichten op grond van de Waterwet vind ik dat wel duidelijk. Ik vind dat de Unie van Waterschappen gewoon een eenduidig eigendommenbeleid moet opstellen voor alle waterschappen. Dat daar de afweging gemaakt wordt van wat er via een gedoogplicht gedaan kan worden en wat via onteigening. Bij de BP denk ik dat ook. Dat daar gewoon beleid voor wordt gemaakt. Het zou heel goed zijn als er richtlijnen van een centraal orgaan komen waarin duidelijk wordt vastgesteld van wat redelijk is om in eigendom te hebben en wat niet. Bijvoorbeeld dat je hele concrete situaties benoemt en dat daar dan de afweging gemaakt wordt tussen gedoogplicht en onteigening.

(4b) Maar het blijft toch altijd afhangen van het specifiek geval zelf?

Als bijvoorbeeld de Unie van Waterschappen wat meer gaat vastleggen waar de gedoogplicht wel of niet kan worden toegepast, dan is het in ieder geval duidelijker voor de waterschappen zelf. Bijvoorbeeld voor werkwegen altijd gedogen; of bij een dijk: tot en met 1m van de teen van het talud willen we in eigendom zodat we doelmatig beheer kunnen toepassen.

(4c) Daarmee zou je eigenlijk een grote stap zetten richting wat meer duidelijkheid?

Klopt. Meer situaties in kaart brengen. Zoals dat soms nu in projecten wordt gedaan. Denk bijvoorbeeld aan het Project Ruimte voor de Rivier in de gemeente Brummen. De projectorganisatie heeft alle situaties in

kaart gebracht en gekeken wat de gevolgen kunnen zijn van een maatregel. Vervolgens heeft zij besloten voor een bepaalde situatie kiezen we voor toepassing gedoogplicht en voor een andere situatie kiezen we voor een ander maatregel zoals onteigening.

Bijlage J

Interview met mevr. mr. J.H. van Dijk-Berends, BP-jurist te RWS CD, Afdeling BJV.

Het gesprek vond plaats op 25 april 2016.

(1a) Er zijn een aantal criteria in de jurisprudentie ontwikkeld, zoals 'tijdelijk/permanent gebruik', 'omvang van het werk', 'het benodigde grond ten op zichte van het geheel', 'bruikbaarheid van het overige perceel', 'bijzondere omstandigheden' en 'de totale belemmering'. Zijn dat, in uw ogen, voldoende handvatten om een goede afweging te maken? Of dient er juist op een andere manier naar deze juridische kwestie gekeken te worden?

Ik ben van mening dat de wet en de jurisprudentie voldoende handvatten aanreiken om de criteria goed te toetsen. Is er meer belemmering dan nodig, dan kan onteigening aan de orde zijn. Er blijft natuurlijk soms een grijs gebied

(1b) En die probeer ik weg te werken.

Het hangt heel erg af van de zaak en van de omstandigheden. De omstandigheden moet je per zaak elke keer bekijken. De ene keer zal het werk een bovengronds werk betreffen (denk aan een hoogspanningsmast) een andere keer een ondergronds werk (denk aan waterleiding of gasleiding). In de praktijk is er verschil in een zichtbare bovengronds werk en een niet zichtbaar ondergronds werk. Met betrekking tot een bovengronds werk is door de jurisprudentie geoordeeld dat indien 25% van een perceel permanent wordt belemmerd, dit nog geen reden is voor onteigening. Uit de jurisprudentie blijkt naast het genoemde percentage ook moet worden gekeken of de bedrijfsvoering nog goed kan worden uitgeoefend.

(1c) Maar met de huidige criteria ben je dus in staat om de juiste kant op te gaan?

Ja.

(2) Na de uitspraak van het Hof van 's-Hertogenbosch waar belemmering van 25% in beginsel werd toegestaan, lijkt dat een richtlijn te zijn geworden. Naar mijn mening moet er niet te veel waarde gehecht worden aan percentages. Persoonlijk vind ik de criteria 'bruikbaarheid van het overige perceel' en tijdelijk of permanent gebruik van doorslaggevende waarde. Deelt u mijn mening? zo niet, aan welke criteria zou er meer waarde gehecht aan moeten worden?

Ik kan uw standpunt volgen, omdat naast die 25% ook ander zaken een rol spelen, zoals: welke bedrijfsvoering vindt plaats op het perceel, is bedrijfsvoering nog mogelijk, zijn er bijzondere omstandigheden, waaruit bestaat de belemmering? Wij zijn echter volledig onafhankelijk en voor persoonlijke meningen is geen plaats. Wij houden ons aan de wettelijke toetsingcriteria en de jurisprudentie (wettelijk kader). Daarbij dienen wij het algemeen belang af te wegen tegen het persoonlijk belang van de rechthebbende en daarnaast de rechtszekerheid van de rechthebbende versus de flexibiliteit van de verzoeker in het oog te houden.

(3a) En moet in het kader van de bedrijfsuitvoering dat 'overige percelen' letterlijk genomen worden, of kan ook de bruikbaarheid van andere, aanliggende óf vlakbij gelegen percelen worden meegenomen in de beoordeling?

De gedoogplicht rust op het gehele perceel (of de percelen) waarvoor de verzoeker een gedoogplicht heeft aangevraagd echter de permanent belemmerende strook betreft alleen dat gedeelte waar het werk zicht bevindt. Daarnaast wordt in het kader van de vraag of bedrijfsvoering nog mogelijk is ook gekeken naar de aanliggende, direct aan het betreffende perceel grenzende, percelen.

(3b) Is het dan van belang of de percelen aaneengesloten liggen?

Ja, het moet gaan om aanliggende percelen.

(4a) Hoe zou u als Minister de beoordelingsruimte kunnen opvullen? Zou de Minister anders te werk kunnen gaan?

Zoals hierboven weergegeven dienen wij ons te houden aan het wettelijk kader, zowel voor het toetsen van verzoeken als het nemen van besluiten. Wij beslissen puur op basis de wet, jurisprudentie, toetsingscriteria. Heel feitelijk dus.

(4b) Dus je zou eigenlijk niet veel anders kunnen doen dan de huidige gang van zaken?

Nee, wij staan hier geheel onafhankelijk in en dienen ons te houden aan de wet en hetgeen door rechters is geoordeeld.

(5a) In welke situaties is het niet wenselijk om een gedoogplicht op te leggen, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? En andersom, in welke gevallen is het niet wenselijk om onteigening uit te spreken, terwijl dat juridisch wel goed mogelijk zou zijn? Uiteraard nadat er geen minnelijk overeenstemming is bereikt.

Een gedoogverzoek wordt getoetst aan de wettelijke criteria en jurisprudentie. Indien daaraan is voldaan zal een gedoogplicht worden opgelegd.

(5b) In algemene termen, kun je situaties bedenken waar het misschien wenselijker is, maatschappelijk gezien misschien, om te onteigenen? Terwijl je voldoet aan de eisen van een gedoogplicht.

Bezit is de hoogste goed. Voordat je daaraan komt, moet je kijken of er een ander, minder ingrijpend, middel is dan onteigening. Dat is dus de BP. Voor een rechthebbende kan onteigening financieel aantrekkelijker zijn omdat volledige schadeloosstelling vooraf plaatsvindt. De BP beoogt een volledige schadeloosstelling van concreet gebleken schade (achteraf). Een rechthebbende kan zijn vordering hiertoe indienen bij de rechtbank sector kanton.

(5c) En de andere vraag, in welke gevallen zou dan niet wenselijk zijn om onteigening uit te spreken, terwijl dat juridisch wel mogelijk zou zijn. Wanneer zou je toch eerder voor een gedoogplicht gaan?

Bij onteigening is een rechthebbende zijn grond kwijt. Bij een gedoogplicht kan de rechthebbende over het perceel blijven beschikken. Voor de belemmerde strook, bijvoorbeeld onder een hoogspanningsverbinding, geldt dan wel dat daar beperkingen in het gebruik gelden in verband met de veiligheid en ongestoorde werking van het werk. Er is echter geen vrije keuze voor onteigening of BP omdat onteigening een uiterste middel is dat als laatste wordt ingezet.

Schema klassieke procedure

Voorbereiding

1. Verzoeker dient conceptverzoek in met alle stukken
2. Indien gewenst vooroverleg tussen DE MINISTER en verzoeker om concept door te spreken
3. De MINISTER toetst het conceptverzoek en bespreekt resultaten met verzoeker
4. De MINISTER neemt contact op met betrokken provincie/gemeenten over datum en plaats zitting
5. Zodra, na toetsing, conceptverzoek akkoord is, wordt het definitief verzoek met alle stukken ingediend. Vanaf datum indiening definitief verzoek loopt de termijn van 6 maanden



Totstandkoming gedoogbeschikking

1. Verzoeker dient definitieve verzoek met alle stukken in bij DE MINISTER
 2. DE MINISTER toetst definitieve verzoek en bespreekt resultaten met verzoeker
 3. DE MINISTER bepaalt in overleg met GS en betrokken gemeenten waar en wanneer de zitting zal plaatsvinden (art. 2 lid 4 BP)
 4. DE MINISTER stuurt verzoekbrief met alle stukken in 3-voud aan provincie
 5. Provincie zendt de stukken aan de betrokken gemeenten
 6. Gemeente legt stukken 14 dagen op het gemeentehuis ter inzage en plaatst hieraan voorafgaand kennisgeving van de ter inzage legging in het plaatselijke h-a-h- blad
 7. Gemeente stuurt uitnodiging voor zitting aan rechthebbenden.
 8. Gemeente stuurt afschriften van de brieven aan rechthebbenden en afschrift van de kennisgeving in het h-a-h blad nieuwsblad aan DE MINISTER
 9. Gemeente informeert DE MINISTER wie namens de gemeente aanwezig is bij zitting (wethouder of gemachtigd ambtenaar)
 10. Provincie regelt zitting.
 11. De zitting wordt geleid door een Lid van GS (of diens schriftelijk gemachtigde) en bijgewoond door een lid van het dagelijks bestuur van de gemeente (wethouder of diens schriftelijk gemachtigde)
 12. Specialist DE MINISTER woont namens minister de zitting bij
 13. GS maakt proces-verbaal op en maakt binnen 6 weken na ontvangst van een daartoe strekkend verzoek van DE MINISTER haar standpunt kenbaar
 14. DE MINISTER stelt gedoogbeschikking op
 15. DE MINISTER stuurt gedoogbeschikking naar verzoeker, afschrift naar rechthebbenden, vertegenwoordigers en provincie
 16. DE MINISTER stuurt afschrift van gedoogbeschikking aan gemeenten met het verzoek deze ter inzage te leggen
 17. Gemeente zorgt voor ter inzage legging van gedoogbeschikking op het gemeentehuis en plaatst 1 week voor de ter inzagelegging hiervan kennisgeving in het plaatselijk h-a-h blad
 18. DE MINISTER schrijft de gedoogbeschikking bij Kadaster in
 19. Na schriftelijk verzoek van verzoeker (of n.a.v. uitspraak rechter) hiertoe wordt door DE MINISTER intrekkingbeschikking opgesteld.
 20. DE MINISTER verzoekt kadaster gedoogbeschikking (gedeeltelijk of geheel) uit te schrijven
- Beslissingstermijn opleggen gedoogplicht: 6 maanden na ontvangst definitief verzoek

Schema 3.36a Wro procedure

Voorfase

1. Verzoeker dient conceptverzoek in met alle stukken
2. DE MINISTER toetst het conceptverzoek en bespreekt resultaten met verzoeker
4. DE MINISTER geeft akkoord op conceptverzoek en spreekt af wanneer het definitief verzoek wordt ingediend. Vanaf datum indiening definitief verzoek loopt de termijn van 6 maanden
5. DE MINISTER neemt contact op met betrokken gemeenten om te informeren en polst wanneer de zitting kan plaatsvinden



Totstandkoming gedoogbeschikking (rood dossier)

1. Verzoeker dient definitieve verzoek in bij DE MINISTER en levert actuele adressenlijst en percelenlijst van alle rechthebbenden, overzicht contactpersonen gemeenten separaat aan
2. DE MINISTER toetst definitieve verzoek en bespreekt resultaten met verzoeker.
3. DE MINISTER wijst o.g.v. art. 3:36a, lid 2, sub a Wro de voorzitter van de zitting aan
4. DE MINISTER stuurt opdrachtbrief aan notulist t.b.v. verslag zitting
5. DE MINISTER stuurt uitnodigingsbrief zitting brief aan verzoeker
6. DE MINISTER stuurt verzoekbrief met hoofddossier en persoonlijke dossiers van rechthebbenden aan gemeente met daarbij gevoegd de toelichting procedure en modelteksten (burgemeester verklaring, tekst kennisgeving, machtiging wethouder, tekst brief aan rechthebbenden en de adressenlijst)
7. DE MINISTER stuurt alle stukken onder punt 6 ook per e-mail aan gemeente
8. Gemeente legt stukken 14 dagen op het gemeentehuis ter inzage en plaatst kennisgeving in nieuwsblad
9. Gemeente stuurt brief aan rechthebbenden
10. Gemeente stuurt afschriften van de brieven aan rechthebbenden en afschrift van het nieuwsblad aan DE MINISTER
11. Gemeente geeft door wie aanwezig is bij zitting (wethouder of gemachtigd ambtenaar)
12. indien van toepassing: rechthebbenden dienen bezwaarschrift in bij DE MINISTER
13. DE MINISTER stuurt afschrift bezwaarschrift door naar verzoeker met het verzoek om reactie
14. DE MINISTER stuurt afschrift bezwaarschrift door naar de voorzitter van de zitting
15. Specialist DE MINISTER is op zitting aanwezig namens minister
16. DE MINISTER kan aan voorzitter verzoeken binnen 6 weken na zitting advies uit te brengen
17. Voorzitter stuurt conceptverslag zitting aan degenen die op de zitting aanwezig zijn geweest voor eventuele op/aanmerkingen
18. DE MINISTER stelt beschikking op
19. DE MINISTER stuurt gedoogbeschikking met verslag en eventueel advies naar verzoeker.
20. DE MINISTER stuurt afschrift van gedoogbeschikking met verslag en eventueel advies aan rechthebbenden
21. DE MINISTER stuurt afschrift van gedoogbeschikking met verslag en eventueel advies aan gemeenten met het verzoek deze ter inzage te leggen
22. Gemeente zorgt voor ter inzage legging van gedoogbeschikking op het gemeentehuis en plaatst kennisgeving in het h-a-h blad
23. DE MINISTER schrijft gedoogbeschikking in (middels WebElan) bij kadaster

Beslissingstermijn: 6 maanden

Schema rechtsbescherming klassieke procedure

bezwaar tegen beschikking (blauw dossier) *1 1. Rechthebbende c.q. gemachtigde dient binnen zes weken na bekendmaking bij DE MINISTER bezwaar in tegen gedoogbeschikking 2. DE MINISTER regelt zitting zodat rechthebbende bezwaren kan toelichten 3. DE MINISTER regelt voorzitter, secretaris en notulist 4. DE MINISTER stuurt brief aan notulist 5. DE MINISTER neemt namens minister beslissing op bezwaar 6. DE MINISTER stuurt beslissing op bezwaar aan rechthebbende + advocaat 7. DE MINISTER stuurt afschrift van beslissing op bezwaar aan verzoeker <u>Let op!</u> Het instellen van bezwaar schorst niet de werking van de gedoogbeschikking.
--



beroep bij rechtbank (blauw dossier) *1 1. Rechthebbende c.q. gemachtigde kan binnen zes weken na bekendmaking bij sector Bestuursrecht van de rechtbank in beroep gaan. Tevens kan een verzoek tot het treffen van voorlopige voorziening worden ingediend bij de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank. 2. Rechtbank stuurt aan DE MINISTER kopie beroepschrift en, indien van toepassing, voorlopige voorziening met verzoek om stukken. 3. DE MINISTER informeert advocaat in dienstbetrekking. 4. DE MINISTER vraagt, indien nodig, uitstel bij rechtbank. 5. DE MINISTER maakt productiedossiers voor rechtbank. 6. DE MINISTER stuurt productiedossiers naar rechtbank 7. DE MINISTER advocaat stelt in samenspraak met specialist verweerschrift op. 8. Advocaat stuurt verweerschrift naar rechtbank. 9. Specialist gaat samen met DE MINISTER advocaat naar zitting bij sector Bestuursrecht DE MINISTER advocaat treedt op als gemachtigde van de minister en zal pleiten, specialist staat advocaat bij. 10. Indien Vovo is ingediend gaat specialist samen met DE MINISTER advocaat naar zitting bij de voorzieningenrechter. DE MINISTER advocaat treedt op als gemachtigde van de minister en zal pleiten, specialist staat advocaat bij. 11. Uitspraak door rechtbank. <u>Let op!</u> Het instellen van beroep schorst niet de werking van de gedoogbeschikking.



hoger beroep bij Raad van State (blauw dossier) *1 1. Rechthebbende c.q. gemachtigde kan binnen 6 weken plus 1 dag nadat de rechtbank de uitspraak heeft verzonden in hoger beroep gaan bij de afdeling bestuursrecht van de Raad van State 2. Raad van State stuurt aan DE MINISTER kopie geding met verzoek om stukken 3. DE MINISTER vraagt, indien nodig, uitstel bij Raad van State 4. DE MINISTER maakt productiedossiers voor Raad van State. 5. DE MINISTER stuurt productiedossiers naar Raad van State 6. DE MINISTER advocaat stuurt verweerschrift naar Raad van State 7. Specialist gaat samen met DE MINISTER advocaat naar zitting bij de Raad van State DE MINISTER advocaat treedt op als gemachtigde van de minister en zal pleiten, specialist staat advocaat bij 8. Tenzij mondeling uitspraak wordt gedaan, zal het hoger beroepschrift van de Raad van State binnen zes weken na zitting openbaar worden gemaakt op een openbaarmakingszitting

Schema rechtsbescherming bij verzoek tot vernietiging beschikking bij het hof

Gerechtshof (blauw dossier) * 1
1. Advocaat van rechthebbende kan binnen 1 maand na ter inzage legging van de gedoogbeschikking een verzoek tot vernietiging van de gedoogverplichting indienen bij het gerechtshof 2. Gerechtshof stuurt aan DE MINISTER kopie verzoekschrift tot vernietiging beschikking met verzoek om stukken 3. DE MINISTER vraagt, indien nodig, uitstel bij gerechtshof 4. DE MINISTER maakt productiedossiers voor gerechtshof 5. DE MINISTER stuurt productiedossiers naar gerechtshof 6. DE MINISTER advocaat stuurt verweerschrift naar gerechtshof 7. Specialist gaat samen met DE MINISTER advocaat naar zitting. DE MINISTER advocaat treedt op als gemachtigde van de minister en zal pleiten, specialist staat advocaat bij 8. Arrest door Gerechtshof Let op! Start uitvoering Indien in het verzoek van verzoeker is verzocht om de gedoogplicht “uitvoerbaar bij voorraad” te verklaren en dit verzoek is toegewezen, kan direct met de uitvoering van het werk worden begonnen (art. 4 lid 6 BP). Bij dit verzoek geldt een extra motiveringsvereiste waarbij de urgentie van het uit te voeren werk moet worden aangetoond. of Indien de gedoogbeschikking <u>niet</u> “uitvoerbaar bij voorraad” wordt verklaard, dient genoemde termijn van 1 maand en de eventuele beslissing van het Gerechtshof te worden afgewacht

* 1 De bijzondere rechtsgang en de bestuursrechtelijke rechtsgang lopen gelijktijdig.

Schema rechtsbescherming 3.36a Wro procedure

3.3.1 Raad van State (blauw dossier)

1. Rechthebbende c.q. gemachtigde kan binnen 6 weken na de dag van verzending van gedoogbeschikking beroep instellen bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en een verzoek tot een voorlopige voorziening indienen.
2. Raad van State stuurt aan DE MINISTER kopie beroepschrift en indien van toepassing het verzoek tot voorlopige voorziening, met het verzoek om stukken.
3. DE MINISTER informeert advocaat in dienstbetrekking.
4. DE MINISTER vraagt, indien nodig, uitstel bij Raad van State.
5. DE MINISTER maakt productiedossiers voor Raad van State.
6. DE MINISTER stuurt productiedossiers naar Raad van State.
7. DE MINISTER stelt samen met advocaat verweerschrift op.
8. DE MINISTER advocaat stuurt verweerschrift naar Raad van State.
9. Specialist gaat samen met DE MINISTER advocaat naar zitting bij Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State. DE MINISTER advocaat treedt op als gemachtigde van de minister en zal pleiten, specialist staat advocaat bij.
10. Tenzij mondeling uitspraak wordt gedaan, zal het hoger beroepschrift van de Raad van State binnen zes weken na zitting openbaar worden gemaakt op een openbaarmakingszitting.

Let op!

Er staat geen bezwaar open.

Start uitvoering

De werking van de gedoogbeschikking wordt opgeschorst totdat termijn voor indienen van beroepschrift is verstreken (art. 3:36a, lid 3, sub 3^e Wro).

Indien tevens verzoek tot voorlopige voorziening wordt ingediend, kan, bij toewijzing van dat verzoek, de gedoogbeschikking worden opgeschort.

Ullah, Burhan (CD)

Van: helpdeskwater@rws.nl
Verzonden: dinsdag 19 april 2016 15:05
Aan: Ullah, Burhan (CD)
Onderwerp: Afhandeling van uw vraag met# 16 04 0900

Opvolgingsmarkering: Opvolgen
Markeringsstatus: Gemarkerd

Geachte heer Ullah,

Uw vraag met referentie nummer 16 04 0900 is afgehandeld.

In antwoord op uw vraag geven wij de volgende informatie:

In de Waterwet is niets geregeld over de procedure bij het opleggen van een gedoogplicht. Daarom is inderdaad de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Dat betekent dat er tegen een besluit tot opleggen van een gedoogplicht beroep open staat in twee instanties: beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Raad van State. Voordat een belanghebbende in beroep kan gaan moet hij eerst bezwaar maken tegen het besluit bij het bestuursorgaan dat de gedoogplicht heeft opgelegd.

De Waterwet bevat wel een specifieke procedure voor projectplannen voor de aanleg, verlegging of versterking van primaire waterkeringen en voor bij provinciale verordening aangewezen gevallen (paragraaf 5.2 Wtw). Daarin is bepaald dat alle uitvoeringsbesluiten die nodig zijn voor de uitvoering van zo'n projectplan worden gecoördineerd. In de bijlage bij de Algemene wet bestuursrecht is geregeld dat tegen de gecoördineerde besluiten rechtstreeks beroep open staat bij de Raad van State. Wat uitvoeringsbesluiten zijn is niet gedefinieerd in de Waterwet. In de MvT is wel beschreven welke besluiten niet tot de uitvoeringsbesluiten behoren die gecoördineerd worden (kamerstukken II 2006-2007, 30818, nr 3, p. 106-107:

"Er kan sprake zijn van besluiten die strikt genomen niet goed kunnen worden aangemerkt als besluiten ter uitvoering van het projectplan, nu zij niet een onderwerp regelen dat rechtstreeks is geregeld in het plan. Het gaat om besluiten die facilitair zijn aan de feitelijke uitvoering van de werken en die met de inhoud van het plan geen directe relatie hebben. Te denken valt aan besluiten die op initiatief van de aannemer worden aangevraagd (bijv. een bouwvergunning voor een bouwkeet of het plaatsen van een hijskraan, een tijdelijk verkeersbesluit, etc.). Het komt namelijk nogal eens voor dat ten tijde van de vaststelling van het plan en de besluiten ter uitvoering daarvan nog volstrekt onduidelijk is welke nadere besluiten genomen moeten worden nu de uitvoeringsmethode nog moet worden bepaald. Op zodanige besluiten is de coördinatieregeling niet van toepassing en zij worden beheerst door de reguliere regelgeving ter zake."

Uit deze passage blijkt dat alle besluiten die ten tijde van de vaststelling van het projectplan kunnen worden voorzien, wel tot uitvoeringsbesluiten worden gerekend. Het opleggen van een gedoogplicht valt daar ook onder.

De vraag die u ons stelde was:

Als stagiair bij Rijkswaterstaat Corporate Dienst doe ik onderzoek naar (onder meer) de gedoogplicht van artikel 5.24 Waterwet. Mijn vraag betreft de rechtsbescherming tegen een opgelegd gedoogplicht.

Wat ik tot dusver heb begrepen is dat de Awb van toepassing is op de Waterwet, wat betekent dat beroep en bezwaar open staat bij de bestuursrechter. Klopt dat?

Daarnaast is er rechtstreeks beroep mogelijk bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, mits het een uitvoeringsbesluit betreft. Klopt dat? Plus, wat is precies een uitvoeringsbesluit?

In verband met een strenge planning, zie ik graag u antwoord tegemoet binnen een week.

Met vriendelijke groet,

Rijkswaterstaat
Helpdesk Water

088 - 79 77 102 (kies optie 4)

Op werkdagen bereikbaar tussen 9.00 en 16.30 uur of via ons digitaal contactformulier. Dit kunt u vinden op www.helpdeskwater.nl/algemene-onderdelen/structuur-pagina/stel-vraag/

* Er verschijnt maandelijks een Helpdesk Water Nieuwsbrief. Interesse? Abonneer u dan via onze website <http://www.helpdeskwater.nl/service-functies/nieuwsbrieven/>

De Helpdesk Water is primair bedoeld voor het beantwoorden van vragen van mensen die beroepsmatig betrokken zijn bij het waterbeleid, het waterbeheer en het watermanagement. De Helpdesk Water is opgezet door rijk, provincies, gemeenten en waterschappen, onder bestuurlijke verantwoordelijkheid van de Stuurgroep Water

Disclaimer:

Dit bericht kan informatie bevatten die niet voor u is bestemd. Indien u niet de geadresseerde bent of dit bericht abusievelijk aan u is toegezonden, wordt u verzocht dat aan de afzender te melden en het bericht te verwijderen. De Staat aanvaardt geen aansprakelijkheid voor schade, van welke aard ook, die verband houdt met risico's verbonden aan het elektronisch verzenden van berichten.

This message may contain information that is not intended for you. If you are not the addressee or if this message was sent to you by mistake, you are requested to inform the sender and delete the message. The State accepts no liability for damage of any kind resulting from the risks inherent in the electronic transmission of messages.

Correspondentie met mevr. M.H.P Bullens (promovendus).

From: m.bullens@jur.ru.nl
To: burhan.ullah@rws.nl
Subject: RE: Hoofdstuk met de zienswijzen van deskundigen
Date: Wed, 11 May 2016 10:09:53 +0000

Hoi Burhan

Bedankt voor je bericht.

Ik heb nog niet alles gelezen, maar ik wil je completeren met het verslag. Zo te zien heb je mooie opinies van allerlei deskundigen weten te verzamelen.

Ik heb even gekeken naar mijn eigen 'inbreng'. Ik heb een opmerking en ik zou graag zien dat je die in het verslag zou willen nuanceren:

- p. 3: "terwijl Bullens een periode tot tien jaar, onder omstandigheden, als 'tijdelijk beschouwd.'" --> ik vind niet dat een periode tot 10 jaar tijdelijk is. tijdelijk vind ik veel korter, in principe 1 tot maximaal 2 jaar. Je zou in sommige onstandigheden misschien kunnen zeggen dat 'tijdelijk' langer dan 2 jaar duurt, maar dit is echt uitzondering. Ik heb idd geantwoord op de vraag "wanneer is het permanent", dat het meer dan 10 jaar is. Maar ik heb niet bedoeld te zeggen dat onder tijdelijk werk tot 10 jaar te scharen is. Zou je het willen aanpassen?

Ik wens je veel succes met afronden van je onderzoek. Ik weet zeker dat je tot een mooie scriptie komt en ik hoop dat je met goed gevolg afstudeert.

Mocht je het leuk vinden je uiteindelijke onderzoek te verspreiden houd ik me graag aanbevolen.

Hartelijke groeten,

Marie-Anna Bullens

34

Van: Ullah, Burhan (CD) [burhan.ullah@rws.nl]
Verzonden: woensdag 11 mei 2016 11:25
Aan: Bullens, M.H.P. (Marie-Anna)
Onderwerp: Hoofdstuk met de zienswijzen van deskundigen

Beste Marie-Anna,

Zoals beloofd vind je in de bijlage, met een beetje vertraging, het hoofdstuk met de zienswijzen van deskundigen.

Ik hoor het graag als je opmerkingen hebt.

Met vriendelijke groeten,

Burhan Ullah

