

Gst. 2024/2

Transformatorstations op gemeentegrond

Het opleggen van een gedoogplicht en de vergoeding van kosten bij verplaatsing

Mr. W. Lever MRICS, datum 18-01-2024

Datum	18-01-2024
Auteur	Mr. W. Lever MRICS ^[1]
JCDI	JCDI:ADS938169:1
Vakgebied(en)	Bestuursprocesrecht / Algemeen

1. Inleiding

Veel gemeenten in Nederland zijn op dit moment in gesprek met netbeheerders over het plaatsen van transformatorstations op openbare gemeentegrond ten behoeve van de energievoorziening in gemeenten. Daarbij bestaat veelal overeenstemming tussen de netbeheerder en de betreffende gemeente over de locaties. Ook zijn de transformatorstations in veel gevallen reeds geplaatst.^[2]

Gemeenten hebben over het algemeen een publiekrechtelijke verordening inzake werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels en/of leidingen ten dienste van netten in of op openbare gronden op basis waarvan een vergunningplicht geldt voor het hebben van onder meer transformatorstations op gemeentegronden. Daarnaast kennen gemeenten vaak een schadevergoedingsregeling, houdende regels omtrent de vergoeding van schade door het aanleggen, in stand houden en opruimen van kabels en leidingen in of op openbare gronden. Conform deze schadevergoedingsregeling wordt bij het eventueel verplaatsen van een transformatorstation in de toekomst een nadeelcompensatiebedrag vastgesteld dat aan de netbeheerder in een voorkomend geval wordt uitgekeerd. Er geldt een afschrijvingstermijn van in beginsel vijftien jaar, waarbij over de eerste vijf jaar een algehele schadeloosstelling door de gemeente aan de netbeheerder wordt toegekend.

Netbeheerders als Liander wensen thans met gemeenten een (in beginsel eeuwigdurend) opstalrecht met betrekking tot de transformatorstations overeen te komen waarbij de gemeente geen mogelijkheid heeft tot tussentijdse beëindiging van het opstalrecht. Bij een eventuele toekomstige verplaatsing van een transformatorstation, zal de netbeheerder dan volledig schadeloos dienen te worden gesteld, conform de huidige Onteigeningswet.^[3] Indien een gemeente niet akkoord gaat met de aangeboden (standaard)overeenkomst, dient de netbeheerder een verzoek in bij de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: de Minister) om op grond van thans de Belemmeringenwet Privaatrecht een gedoogplicht voor de aanleg, aanwezigheid en instandhouding van transformatorstations op te leggen aan de gemeente als rechthebbende van de gronden.

Per 1 januari 2024 is de Omgevingswet in werking getreden en is de Belemmeringenwet Privaatrecht komen te vervallen. De mogelijkheden tot het opleggen van een gedoogplicht blijven onder de Omgevingswet echter aanwezig en de vereisten voor het aanvragen van een gedoogplicht blijven grotendeels gelijk. Verzoeken om oplegging van de gedoogplicht kunnen bovendien via het overgangsrecht nog volgens de regels van de Belemmeringenwet Privaatrecht worden afgehandeld, als vóór inwerkingtreding van de Omgevingswet kennis is gegeven van de terinzagelegging in overeenstemming met artikel 2 lid 2 Belemmeringenwet Privaatrecht.

Op grond van artikel 5 Belemmeringenwet Privaatrecht kan de Minister op verzoek van de rechthebbende de verplaatsing bevelen onder aan de rechthebbende te stellen voorwaarden, waarbij kan worden bepaald dat niet tot verplaatsing hoeft te worden overgegaan dan nadat de daaruit voortvloeiende schade geheel of gedeeltelijk zal zijn vergoed of voor die vergoeding zekerheid zal worden gesteld.

Blijkens artikel 10.23 Omgevingswet kan op verzoek van de rechthebbende tot wijziging van de gedoogplichtbeschikking worden overgegaan; wijziging is alleen aan de orde indien de rechthebbende over de wijziging van de locatie daartoe geen overeenstemming heeft bereikt met de netbeheerder. Het verzoek wordt in ieder geval afgewezen als het werk van algemeen belang redelijkerwijs niet op een andere locatie tot stand kan worden gebracht. Daaruit kan worden afgeleid dat ook andere redenen, zoals het niet geheel willen vergoeden van de verplaatsingsschade voor de netbeheerder, tot afwijzing van het verzoek tot wijziging zou kunnen leiden.

De netbeheerder stelt zich op het standpunt dat zij alleen meewerkt aan een eventuele toekomstige verplaatsing van een transformatorstation als zij volledig schadeloos zal worden gesteld door de gemeente. Indien gemeenten niet meewerken aan de vestiging van een (eeuwigdurend) opstalrecht, wordt een verzoek ingediend tot het opleggen van een gedoogplicht. Het lijkt erop dat de netbeheerder op deze manier de vergoedingssystematiek uit de door gemeenten gehanteerde publiekrechtelijke regelingen bij eventuele verplaatsing van een transformatorstation in de toekomst wenst te omzeilen.

In dit artikel ga ik in op de volgende vragen:

1. Is de Belemmeringenwet Privaatrecht (en sinds 1 januari 2024 de Omgevingswet) wel bedoeld om het leggen en houden van kabels en leidingen en - in dit geval - transformatorstations in gronden in eigendom van overheidslichamen zoals de gemeente af te dwingen?
2. En zo ja, in hoeverre komt na het opleggen van een gedoogplicht nog werking toe aan de publiekrechtelijke regelgeving van de gemeente indien en voor zover in de toekomst tot verplaatsing van een transformatorstation dient te worden overgegaan?

Voordat ik inga op deze vragen, zal ik eerst een overzicht geven van de voorgeschiedenis die voor vele gemeenten (min of meer) hetzelfde zal zijn en zal ik de discussie schetsen die veelal ontstaat tussen gemeenten en netbeheerders zoals Liander.

2. Voorgeschiedenis en discussie

In het verleden hadden gemeenten in Nederland een privaatrechtelijke exploitatieovereenkomst voor onbepaalde tijd met diverse energiebedrijven voor het leggen en houden van kabels en leidingen in openbare grond. Deze privaatrechtelijke overeenkomst hield onder meer in dat het energiebedrijf een verplichting had om, wanneer dit door de gemeente in haar belang nodig werd geacht, kabels en leidingen met toebehoren te verleggen dan wel te verplaatsen, waarbij de gemeente in beginsel de werkelijk gemaakte kosten van verlegging van kabels en leidingen vergoedde indien dat in een voorkomend geval aan de orde was. Dat gebeurde conform de zogenaamde "Bijlage G". Ook bij verkoop van gronden door gemeenten aan de energiebedrijven was Bijlage G van toepassing. In het verleden gingen gemeenten geregeld tot verkoop van gronden aan de energiebedrijven over ten behoeve van de realisering van een transformatorstation.

Deze (privaatrechtelijke) regeling vindt zijn oorsprong in het feit dat de energielevering voorheen werd gezien als een overheidstaak, die aanvankelijk werd uitgevoerd door bedrijven die deel uitmaakten van de overheid, en naderhand door vennootschappen waarvan de aandelen volledig in handen waren van de overheid en die ook overigens door de overheid werden beheerst, zonder specifiek winstoogmerk. Aan deze situatie is een einde gekomen met de liberalisering en privatisering van de nutsvoorzieningen.

Na de privatisering van de energiebedrijven is, mede ten behoeve van gelijke behandeling, de

privaatrechtelijke overeenkomst opgezegd door de gemeenten: een algehele kostenvergoeding was niet langer passend. Er werden publiekrechtelijke verordeningen opgesteld door gemeenten waarin de voor alle nutsbedrijven geldende voorwaarden zijn opgenomen in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels en leidingen in openbare gemeentegrond. Daarbij is ook de regeling van de vergoeding van de kosten van verplaatsing gewijzigd, in die zin dat nog slechts de mogelijkheid bestaat van nadeelcompensatie en dat volgens het beleid slechts aanspraak op nadeelcompensatie bestaat als de kabels en leidingen minder dan vijftien jaar in de grond liggen.^[4]

Gemeenten kennen sindsdien veelal een verordening inzake werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels en/of leidingen ten dienste van netten in of op openbare gronden. Bovengrondse ondersteunings- en beschermingswerken zoals transformatorstations vallen op grond van zo'n verordening ook onder het begrip "kabels en leidingen". De gemeentelijke bevoegdheid om ter zake normen te stellen wordt gebaseerd op artikel 149 Gemeentewet, waarin de gemeenteraad de bevoegdheid wordt toebedeeld om de verordeningen te maken die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt.

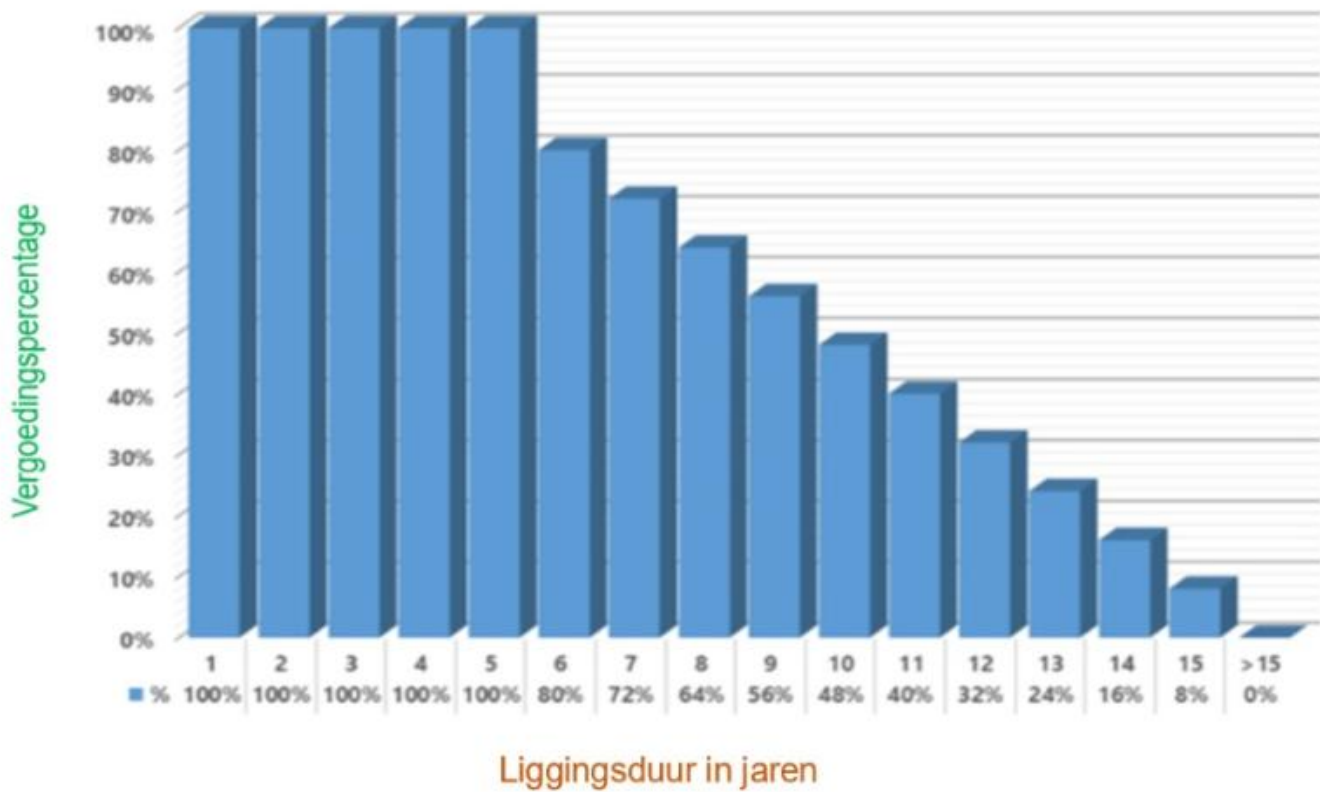
Daarnaast kennen gemeenten veelal een regeling omtrent de vergoeding van schade door het aanleggen, in stand houden en opruimen van kabels en leidingen in of op openbare gronden. Gemeenten wensten een praktische, uniforme, regeling in de vorm van een beleidsregel voor de verdeling van de daarmee gemoeide kosten, waarbij uniformiteit en gelijkheid voor alle netbeheerders een belangrijk uitgangspunt is. Burgemeester en wethouders zijn op grond van artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), en op het moment dat de Wet nadeelcompensatie in werking treedt op grond van artikel 4:126 Awb,^[5] bevoegd om desgevraagd een vergoeding toe te kennen aan diegene die ten gevolge van de uitoefening van een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid door burgemeester en wethouders inhoudende een verzoek tot aanpassing van een kabel of leiding, schade lijdt of zal lijden. Het beginsel van de gelijkheid van publieke lasten (het égalité-beginsel) staat hierbij voorop.

De schadevergoedingsregeling van gemeenten is deels gebaseerd op de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorwegwerken 1999 (hierna: de NKL '99) en de daarvóór geldende Nadeelcompensatieregeling voor het verleggen van kabels en leidingen in Rijkswaterstaatswerken 1991 (hierna: de NKL '91). Het Gemeentelijk Platform Kabels en Leidingen (hierna: het GPKL) heeft een modeldocument ter zake opgesteld. Koepelorganisaties van netbeheerders, waaronder Liander, zijn betrokken geweest bij de totstandkoming van het modeldocument.

In de loop der jaren is het aantal transformatorstations enorm toegenomen en verkopen gemeenten veelal geen gronden meer ten behoeve van de plaatsing van transformatorstations. Inmiddels is een veelheid aan gemeenten benaderd om privaatrechtelijke afspraken te maken door het vestigen van een (eeuwigdurend) opstalrecht, bij gebreke waarvan de netbeheerder heeft aangegeven een gedoogprocedure op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht te zullen starten. Daarbij spitst de discussie zich over het algemeen toe op de door de gemeente aan de netbeheerder te betalen vergoeding indien en voor zover een transformatorstation in de toekomst op verzoek van de gemeente zou moeten worden verplaatst.

Gemeenten wensen de mogelijkheid te hebben om in de toekomst tot verplaatsing van een transformatorstation te kunnen overgaan in welk geval aan de netbeheerder nadeelcompensatie wordt toegekend, zulks conform de vigerende schadevergoedingsregeling, op grond waarvan een afschrijvingstermijn wordt gehanteerd: hoe langer het transformatorstation op de locatie is gevestigd, hoe lager de door de gemeente te betalen verplaatsingsvergoeding bedraagt. Zulks overeenkomstig de gedachte dat schade die binnen het normale maatschappelijke risico van de netbeheerder valt, niet hoeft te worden gecompenseerd. Meestal geldt conform de schadevergoedingsregeling^[6] een totale afschrijvingstermijn van vijftien jaar, waarbij over de eerste vijf jaar een algehele schadeloosstelling wordt toegekend door de gemeente, zulks conform onderstaand schema.

Schema vergoedingspercentage t.o.v. liggingduur



De netbeheerder daarentegen weigert om in te stemmen met het hanteren van een afschrijvingstermijn. Zij wenst gedurende de periode van de vestiging van het opstalrecht (in principe eeuwigdurend) volledig schadeloos gesteld te worden indien en, voor zover in de toekomst tot verplaatsing van een transformatorstation zou worden overgegaan op verzoek van de gemeente, zulks conform de bepalingen in de Ontheeningswet. En indien de gemeente niet wenst mee te werken aan de vestiging van een (in principe eeuwigdurend) opstalrecht zónder hantering van een afschrijvingstermijn bij verplaatsing, dient volgens de netbeheerder een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht aan de gemeente te worden opgelegd.

Op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht geldt dan dat de gemeente een verzoek bij de Minister tot verplaatsing zou moeten doen, waarbij kan worden bepaald dat niet tot verplaatsing hoeft te worden overgegaan dan nadat de daaruit voortvloeiende schade zal zijn vergoed of voor die vergoeding zekerheid zal worden gesteld. De netbeheerder zal alleen tot verplaatsing willen overgaan als zij volledig schadeloos zal worden gesteld.^[7]

Met inwerkingtreding van de Omgevingswet kan op verzoek van de rechthebbende tot wijziging van de gedoogplichtbeschikking worden overgegaan; wijziging is alleen aan de orde indien de rechthebbende over de wijziging van de locatie daartoe geen overeenstemming heeft bereikt met de netbeheerder. Het verzoek wordt in ieder geval afgewezen als het werk van algemeen belang redelijkerwijs niet op een andere locatie tot stand kan worden gebracht.^[8] Daaruit kan worden afgeleid dat ook andere redenen, zoals het niet geheel willen vergoeden van de verplaatsingsschade voor de netbeheerder, tot afwijzing van het verzoek tot wijziging zouden kunnen leiden.

Inmiddels heeft in ieder geval netbeheerder Liander diverse verzoeken bij de Minister ingediend tot het opleggen van een gedoogplicht aan gemeenten op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Het ligt in de rede te veronderstellen dat zij daarmee doorgaat na de inwerkingtreding van de Omgevingswet sinds 1 januari 2024.

3. De bedoeling van de Belemmeringenwet Privaatrecht

Mijns inziens kan gesteld worden dat de Belemmeringenwet Privaatrecht in oorsprong niet is bedoeld om het leggen en houden van kabels, leidingen e.d. in openbare gronden die eigendom zijn van overheidslichamen, zoals gemeenten, af te dwingen.

Uit de parlementaire geschiedenis bij de Belemmeringenwet Privaatrecht blijkt dat het de bedoeling was om de overheid een instrument in handen te geven om ook op de gronden van burgers die zich daartegen verzetten, werken van openbaar belang te kunnen aanleggen.^[9] Ten tijde van de totstandkoming van de Belemmeringenwet Privaatrecht waren degenen die werken van openbaar belang wensten of dienden aan te leggen voornamelijk gemeentelijke nutsbedrijven, overheden dus. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat ten tijde van de totstandkoming van de Belemmeringenwet Privaatrecht het ene publiekrechtelijke lichaam niet mee zou willen werken aan de aanleg van een werk van openbaar belang van een ander publiekrechtelijk lichaam. In de memorie van toelichting bij de Belemmeringenwet Privaatrecht wordt dan ook enkel gesproken van “private rechten” en “burgerlijke rechten”. ^[10]

Ook wordt in artikel 1 Belemmeringenwet Privaatrecht^[11] gesproken over het opleggen van een gedoogplicht “indien de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen.” ^[12] Met een gedoogplicht zorgt de overheid ervoor dat bepaalde werkzaamheden kunnen worden uitgevoerd, ongeacht de toestemming van een eigenaar of andere rechthebbende van grond. Het betreft activiteiten die geen onteigening rechtvaardigen en waarbij de belangen van de rechthebbende - in verhouding tot het doel dat de overheid dient - nauwelijks worden geschaad. Bij het opleggen van een gedoogplicht door de ene overheid aan een andere overheid, staan twee overheidsbelangen tegenover elkaar.

In de memorie van toelichting bij de Omgevingswet^[13] wordt helaas slechts beperkt ingegaan op het begrip “rechthebbende”. Rechthebbende is degene die enig recht kan doen gelden over de betreffende onroerende zaak. Het kan daarbij gaan om de eigenaar, maar bijvoorbeeld ook om beperkt gerechtigden en gebruikers zoals pachters en huurders.^[14] Wel wordt ook hierin gesproken over “het ingrijpen in het eigendomsrecht van particulieren” ^[15] en wordt nergens concreet aangegeven dat de gedoogplichten ook kunnen ingrijpen in het eigendomsrecht van overheden. Bij de consultatie over het wetsvoorstel was nog aangegeven dat een mogelijkheid werd gemist voor provincies en gemeenten om een gedoogplicht op te leggen, bijvoorbeeld voor de realisatie van (duurzame) energienetwerken. Dit voorstel is niet overgenomen, gelet op het ingrijpende karakter van de gedoogplicht.^[16] Wel geldt voor gedoogplichten dat de besturen van de provincies, gemeenten of waterschappen waarbinnen de onroerende zaak waarvoor een gedoogplichtbeschikking wordt aangevraagd, is gelegen en de direct naastgelegen provincies, gemeenten en waterschappen hun zienswijze op de ontwerpgedoogplichtbeschikking naar voren kunnen brengen. Dit omdat zij niet steeds ook belanghebbende bij de zaak zijn, terwijl hun zienswijze, die gebaseerd is op hun lokale kennis, van belang kan zijn voor het nemen van een gedoogplichtbeschikking.^[17] Het wringt dan als een gedoogplicht ook rechtstreeks aan een gemeente als rechthebbende kan worden opgelegd.

De gemeente is geen particulier, maar een publiekrechtelijk lichaam. De gemeente heeft ter zake van de gronden ook de algemene belangen te behartigen. Zij heeft een publieke taak.

Sinds de privaatrechtelijke exploitatieovereenkomst met de netbeheerders is geëindigd, is het gebruikelijk dat aan netbeheerders uitsluitend een vergunning wordt verleend op grond van een publiekrechtelijke verordening, derhalve een publiekrechtelijke vergunning. Het plaatsen van transformatorstations geschiedde in goed onderling overleg.

Ook thans is er tussen gemeenten en netbeheerders over het algemeen geen discussie over de vraag of de transformatorstations op de gronden van de gemeente mogen worden geplaatst. Er bestaat overeenstemming over de locatie en het overgrote merendeel van de transformatorstations is in de praktijk ook reeds daadwerkelijk geplaatst. Gemeenten gedogen reeds dat de transformatorstations zijn/worden aangelegd op gemeentegrond en in stand worden gehouden. Het past in een dergelijke situatie mijns inziens niet dat een gedoogplicht aan een gemeente wordt opgelegd.

In de praktijk gebeurt het dus wel dat aan overheden een gedoogplicht wordt opgelegd. Dit is in het verleden ook niet afgestraft.^[18] Maar wordt het niet eens tijd voor een kentering?

4. De werking van publiekrechtelijke regelgeving van de gemeente na het opleggen van een gedoogplicht in geval van een toekomstige verplaatsing

Voor zover de Belemmeringenwet Privaatrecht of de Omgevingswet op zich niet in de weg staat aan het opleggen van een gedoogplicht aan gemeenten, hetgeen vooralsnog, op basis van de huidige jurisprudentie, dient te worden aangenomen, is het mijns inziens de vraag in hoeverre na het opleggen van een gedoogplicht nog werking toekomt aan de publiekrechtelijke regelgeving van de gemeente indien en voor zover in de toekomst tot verplaatsing van een transformatorstation dient te worden overgegaan. Hoe zit het in dat kader met de bevoegdheidsverdeling tussen de Minister en gemeenten?

Het lijkt erop dat netbeheerders het opleggen van de gedoogplicht enkel verzoeken om op deze manier de vergoedingssystematiek uit andere publiekrechtelijke regelgeving bij eventuele verplaatsing van een transformatorstation in de toekomst te omzeilen. De netbeheerder wenst niet in te stemmen met het hanteren van een afschrijvingstermijn en probeert dit, zo lijkt het, via de weg van het opleggen van een gedoogplicht door de Minister te bereiken.

In dit kader merk ik op dat op grond van vaste jurisprudentie uitgangspunt is dat een bestuursorgaan bevoegd is om bij verordening of bij beleidsregel een nadeelcompensatieregeling vast te stellen. Degene die kabels en leidingen legt in openbare gronden van de gemeente, moet er immers rekening mee houden dat op enig moment wijzigingen optreden in de bestemming of het gebruik van die gronden. Om die reden is het volgens de jurisprudentie ook redelijk dat naarmate de kabels of leidingen er langer liggen, de toe te kennen tegemoetkoming in hoogte afneemt. Dit is het normale maatschappelijke risico dat op de netbeheerder rust. Schade die binnen het normale maatschappelijke risico van de netbeheerder valt, hoeft niet te worden gecompenseerd. Bij de beoordeling van de vraag wat binnen het maatschappelijke risico valt, heeft het bestuursorgaan betrekkelijk grote vrijheid.

Daarbij wordt door bestuursorganen wel het principe “liggen om niet, verleggen om niet” aangevoerd. Dit principe wordt als zodanig niet als onredelijk aangemerkt. Ook wordt een schadevergoedingsregeling zoals gemeenten (in beginsel)^[19] hanteren, waarbij een totale afschrijvingstermijn van vijftien jaar geldt terwijl bij verlegging binnen een periode van de eerste vijf jaar een algehele schadevergoeding aan de netbeheerder wordt uitgekeerd, aanvaardbaar geacht.

Ik wijs ten eerste op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: *de Afdeling*) van 24 december 2019^[20] tussen het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland en Liander, waarin wordt overwogen, voor zover van belang:

“10.4.

In de besluiten van 12 mei 2017 is vermeld dat in de beleidsregel een belangenafweging besloten ligt. Het belang van de provincie is dat zij, op grond van haar publieke taak, de maatschappelijke kosten voor de aanleg of reconstructie van provinciale wegen beheersbaar dient te houden. Het belang van Liander is dat zij kabels en leidingen op een zo efficiënt mogelijke manier, tegen zo laag mogelijke kosten, kan exploiteren. De exploitant is geen precarioheffingen of andere rechten verschuldigd voor het leggen en laten liggen van kabels en leidingen. Daar staat tegenover dat de provincie geen bijdrage voor de kosten van het verleggen van kabels en leidingen betaalt. De kostenverdeling leidt tot een voorspelbaar beeld met een kostenbesparend effect voor beide partijen.

10.5.

In het betoog van Liander is geen grond te vinden voor het oordeel dat de beleidsregel, gelet op de daarbij

betrokken belangen, de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten gaat en in strijd met het evenredigheidsbeginsel is. Verder heeft de rechtbank terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat het college in het geval van Liander met toepassing van artikel 4:84 van de Awb van de beleidsregel had behoren af te wijken. In de bij besluit van 22 februari 1996 aan de rechtsvoorganger van Liander verleende vergunning, gelezen in samenhang met de bij de vergunning behorende algemene voorschriften, is immers bepaald dat de vergunninghouder de wijziging op eigen kosten uitvoert en geen aanspraak op schadeloosstelling heeft. Dit brengt met zich dat de door Liander gemaakte kosten van het verleggen van kabels en leidingen binnen het beheergebied van de provincie in beginsel voor haar rekening komen. Liander heeft zich niet op het standpunt gesteld dat dit in dit geval tot een onevenredig zware financiële last voor haar leidt.

Gelijkheid voor de openbare lasten

10.6.

Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe. Voor het toekennen van nadeelcompensatie op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten is vereist dat de schade uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico of normale ondernemersrisico (abnormale last). Bij het normale maatschappelijke risico of normale ondernemersrisico gaat het om algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee de burger of ondernemer rekening kan houden, ook al bestaat geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel zullen voortvloeien. In zeer veel gevallen, wanneer de schade niet bijzonder groot is of wanneer de wijze van uitvoering van de overheidsmaatregel niet afwijkt van wat gebruikelijk is, bestaat geen aanleiding voor vergoeding van eventuele schade, omdat deze tot het normale maatschappelijke risico van de burger of het normale ondernemersrisico van de ondernemer behoort.

10.7.

De invulling van het normale maatschappelijke risico of het normale ondernemersrisico is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Van belang zijn onder meer de aard van de schadeveroorzakende maatregel (tijd, duur, plaats, ontstaanswijze en andere relevante omstandigheden), de aard, ernst en omvang van de schade en de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag.

10.8.

Het verleggen van kabels en leidingen in verband met werkzaamheden aan de infrastructuur is een normale maatschappelijke ontwikkeling, waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de benadeelde ondernemer dienen te blijven.

In dit geval gaat het om het verleggen van kabels die al geruime tijd bij de rotonde Wogmeer (sinds het jaar 1976) en bij de Oostergouw (sinds het jaar 1998) in de grond lagen. De liggingduur is van belang voor de beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie. De vergunninghouder kan immers niet rekenen op een recht van een ongestoorde ligging tot in lengte van jaren. Met het verstrijken van de tijd neemt het risico van een gerechtvaardigde inbreuk op dat recht navenant toe. Liander diende in haar bedrijfsvoering dus rekening te houden met de mogelijkheid dat zij kabels en leidingen moest verleggen.

Niet in geschil is dat het realiseren van de Westfrisiaweg - en daarmee ook de noodzaak tot het verleggen van

kabels - in ieder geval sinds het jaar 2007 voor Liander voorzienbaar was. Dat Liander, naar zij stelt, vooraf geen mogelijkheden had om te voorkomen dat zij schade zou lijden, betekent niet per definitie dat zij de schade op de overheid kan afwentelen. Voor tal van risicofactoren, zoals weersgesteldheid, invloed van de seizoenen, ziekte van werknemers, stakingen, normale omzetschommelingen en economische recessie, geldt immers dat de betrokken ondernemer daarop geen invloed heeft. Dit soort risicofactoren zijn inherent aan het drijven van een onderneming en de daardoor geleden schade behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico.

Liander heeft het college verzocht om een vergoeding van in totaal € 52.995,80 voor de kosten van het verleggen van kabels. Zij heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat deze kostenpost voor haar een abnormale last betekent. Deze kostenpost valt immers in het niet bij de op haar website vermelde bedrijfsresultaten op jaarbasis in de schadeperiode.

Onder deze omstandigheden bestaat geen grond voor het oordeel dat de door Liander geleden schade niet onder het normale ondernemersrisico valt. Toetsing aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten leidt tot de conclusie dat Liander niet tekort is gedaan met een tegemoetkoming in die schade van in totaal € 32.034,33.”

Kortom: In de eerste plaats is de mogelijke verplichting tot het verleggen van kabels en leidingen vanwege infrastructurele werkzaamheden een normale maatschappelijke ontwikkeling, waarvan de kosten in beginsel bij de kabelexploitant horen te liggen. Niet alle onvermijdelijke schade is als onevenredige last op de overheid af te wentelen, temeer daar het verleggingsrisico min of meer inherent is aan de bedrijfsvoering van een netbeheerder zoals Liander. Daarbij merkt de Afdeling overigens ook nog eens op dat de verzochte nadeelcompensatie in het niet valt bij het bedrijfsresultaat dat op de website van Liander wordt vermeld, zodat ook niet aannemelijk is dat Liander nu gebukt gaat onder een abnormale last.

Voorts wijs ik op een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant d.d. 18 juni 2021,^[21] waarin de rechtbank heeft overwogen, voor zover van belang:

“5.3.1.

De invulling van het normaal maatschappelijk risico of het ondernemersrisico is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Van belang zijn onder meer de aard van de schadeveroorzakende maatregel (tijd, duur, plaats, ontstaanswijze en andere relevante omstandigheden), de aard, ernst en omvang van de schade en de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag. Het vaststellen van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normale ondernemersrisico is in de eerste plaats aan verweerder. Verweerder heeft daarbij beoordelingsruimte. Verweerder hanteert hiervoor de beleidsregel.

5.3.2.

Volgens artikel 4 van de beleidsregel is de omvang van de vergoeding afhankelijk van de duur van de vergunning voor het hebben van een kabel of leiding. Indien de vergunning binnen vijf jaren na de datum van inwerkingtreding daarvan wordt ingetrokken of gewijzigd bedraagt de compensatie in beginsel 100% van de schade (lid 1). Bij intrekking of wijziging vanaf het zesde tot en met het vijftiende jaar neemt de compensatie trapsgewijs af van 80% tot 0% van de schade (lid 2 en bijlage 1 van de beleidsregel). Na 15 jaar wordt geen compensatie meer toegekend (lid 3).

5.3.3.

De rechtbank ziet in wat eiseres aanvoert geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder het vergoedingspercentage niet in redelijkheid heeft kunnen relateren aan de duur van de vergunning.

2 De rechtbank ziet evenmin aanleiding voor het oordeel dat verweerder de vergoeding na 15 jaar niet in redelijkheid op nihil heeft kunnen stellen. Hierbij heeft de rechtbank rekening gehouden met de beoordelingsruimte van verweerder. De duur van de vergunning is van belang voor de beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie. Met het verstrijken van de tijd neemt het risico van een intrekking van de vergunning op één van de in artikel 3.10 van de verordening genoemde gronden naar verhouding toe. Een vergunninghouder kan niet rekenen op een eeuwig ongestoorde ligging van de kabels en leidingen, zeker gelet op de lange periode waarin kabels en leidingen blijven liggen (volgens eiseres zelf een periode van gemiddeld 40 tot 50 jaar en maximaal soms zelfs 80 jaar). Naarmate de tijd verstrijkt is er een grotere kans dat ook de plaatselijke omstandigheden wijzigen en moet eiseres in haar bedrijfsvoering meer en meer rekening houden met de mogelijkheid dat zij de kabels en leidingen op een gegeven moment moet verleggen, bijvoorbeeld omdat de grond waar de kabels en leidingen liggen van eigenaar wisselt en de nieuwe eigenaar iets anders wil gaan doen met de grond. De omstandigheid dat netbeheerders de kabels en leidingen in het belang van hun afnemers zo efficiënt mogelijk en tegen zo laag mogelijke kosten willen exploiteren, maakt dit niet anders.”

Dus: met het verstrijken van de tijd neemt het risico van een intrekking van de vergunning naar verhouding toe. De netbeheerder kan niet rekenen op een eeuwig ongestoorde ligging van de kabels en leidingen, zeker gelet op de lange periode waarin kabels en leidingen blijven liggen. Naarmate de tijd verstrijkt is er een grotere kans dat ook de plaatselijke omstandigheden wijzigen en moet de netbeheerder in haar bedrijfsvoering meer en meer rekening houden met de mogelijkheid dat zij de kabels en leidingen op een gegeven moment moet verleggen.

Op het moment dat een gedoogplicht aan gemeenten wordt opgelegd, geldt artikel 5 Belemmeringenwet Privaatrecht en, sinds 1 januari 2024, artikel 10.23 Omgevingswet.

Op grond van artikel 5 lid 1 Belemmeringenwet Privaatrecht kan de Minister een bevel tot verplaatsing opleggen. Op grond van artikel 5 lid 2 Belemmeringenwet Privaatrecht kan bepaald worden dat niet tot verplaatsing hoeft te worden overgegaan dan nadat de daaruit voortvloeiende schade geheel of gedeeltelijk zal zijn vergoed of voor die vergoeding zekerheid zal zijn gesteld. Het is bekend dat netbeheerders zoals Liander een algehele schadeloosstelling wensen.

Artikel 10.23 lid 1 Omgevingswet spreekt over de mogelijkheid tot wijziging van de gedoogplichtbeschikking. De rechthebbende kan ingevolge artikel 10.23 lid 2 Omgevingswet alleen tot wijziging verzoeken indien de rechthebbende over de wijziging van de locatie ondanks een redelijke poging geen overeenstemming heeft bereikt met de initiatiefnemer. Het ligt in de rede te veronderstellen dat geen overeenstemming wordt bereikt met de netbeheerder indien de gemeente de netbeheerder niet volledig schadeloos wenst te stellen in het geval van een eventuele verplaatsing in de toekomst. Het verzoek van de rechthebbende wordt ingevolge artikel 10.23 lid 3 Omgevingswet in ieder geval afgewezen als het werk van algemeen belang redelijkerwijs niet op een andere locatie tot stand kan worden gebracht. Daaruit kan worden afgeleid dat ook andere redenen, zoals het niet geheel willen vergoeden van de verplaatsingsschade voor de netbeheerder, tot afwijzing van het verzoek tot wijziging zou kunnen leiden. Met het verzoek van netbeheerders om tot het opleggen van een gedoogplicht over te gaan, proberen netbeheerders - zo lijkt het - niets anders te bewerkstelligen dan (de publiekrechtelijke verordening en) de schadevergoedingsregeling van gemeenten te omzeilen.

Gesteld zou kunnen worden dat het opleggen van een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht en de Omgevingswet op zichzelf niet met zich brengt dat de publiekrechtelijke regelingen van gemeenten niet van toepassing kunnen zijn. Met het opleggen van een gedoogplicht is niet gezegd dat gemeenten daarnaast niet een vergunning op grond van de publiekrechtelijke verordening kunnen verlangen en niet de schadevergoedingsregeling kunnen toepassen ingeval in de toekomst tot verplaatsing van een transformatorstation zou moeten worden overgegaan.

Zoals opgemerkt, is de schadevergoedingsregeling gebaseerd op het égalité-beginsel, zoals per 1 januari 2024 vastgelegd in artikel 4:126 Awb. Indien vanwege een eventuele noodzakelijke verplaatsing van een transformatorstation schade wordt veroorzaakt aan de netbeheerder die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die de netbeheerder in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent de gemeente de netbeheerder een vergoeding toe conform de schadevergoedingsregeling.

Indien de Minister dan (op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht) het verzoek krijgt van een gemeente om te bevelen dat een transformatorstation dient te worden verplaatst c.q. het verzoek krijgt van een gemeente om (op grond van de Omgevingswet) de gedoogplichtbeschikking te wijzigen in die zin dat de gedoogplicht komt te rusten op een andere locatie van de gemeente waarnaar het transformatorstation zal dienen te worden verplaatst, dan is het aan de Minister om het bevel te geven c.q. de wijziging toe te staan indien een schadevergoeding wordt toegekend aan de netbeheerder conform de door de gemeente gehanteerde schadevergoedingsregeling.

Of is de schadevergoedingsregeling van gemeenten in strijd met de verplaatsingsregeling zoals deze thans geldt op grond van artikel 5 Belemmeringenwet Privaatrecht?

In dit kader kan tevens worden gewezen op de doorkruising van bestuurlijke bevoegdheidsverdeling. In artikel 149 Gemeentewet is aan de gemeenteraad de bevoegdheid toebedeeld om de verordeningen te maken die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt. De bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen blijft blijkens artikel 121 Gemeentewet ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, gehandhaafd, voor zover de verordeningen met die wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen niet in strijd zijn. De bepalingen van gemeentelijke verordeningen in wier onderwerp door een wet, een algemene maatregel van bestuur of een provinciale verordening wordt voorzien, zijn blijkens artikel 122 Gemeentewet van rechtswege vervallen.

Op 9 oktober 2023^[22] heeft de rechtbank Den Haag een tweetal uitspraken gedaan over deze kwestie waarbij enerzijds de Minister op verzoek van Liander een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht heeft opgelegd aan de gemeente Nieuwkoop en anderzijds de gemeente op grond van de publiekrechtelijke verordening een vergunning aan Liander heeft verleend voor het plaatsen van een transformatorstation op (openbare) gronden die eigendom zijn van de gemeente. De rechtbank heeft zowel het besluit van de Minister tot het opleggen van de gedoogplicht in stand gelaten als het besluit van de gemeente tot het verlenen van de vergunning.

In de uitspraak met betrekking tot de vergunning heeft de rechtbank (alleen) bepaald dat de vergunningplicht op grond van de publiekrechtelijke verordening geen onaanvaardbare doorkruising oplevert van (het systeem van) de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Er is volgens de rechtbank dan ook in die zin geen sprake van strijd met artikel 121 Gemeentewet. De rechtbank heeft zich in deze uitspraak niet uitgelaten over eventuele strijd met de verplaatsingsregeling in de Belemmeringenwet Privaatrecht.

In de uitspraak met betrekking tot de gedoogplicht heeft de rechtbank overwogen dat de schadevergoedingsregeling (nadeelcompensatieregeling) van de gemeente niet op één lijn kan worden gesteld met de verplaatsingsregeling, zoals opgenomen in artikel 5 lid 1 en 2 Belemmeringenwet Privaatrecht. In dat kader heeft de rechtbank aangegeven dat de nadeelcompensatieregeling van de gemeente niet voorziet in betaling van verplaatsingskosten na een periode van vijf jaar, terwijl aannemelijk is dat de kosten van een dergelijke verplaatsing aanzienlijk zijn, ook na ommekomst van een periode van vijf jaar.^[23]

Het lijkt erop dat de rechtbank in deze laatste uitspraak voorrang geeft aan de verplaatsingsregeling uit de Belemmeringenwet Privaatrecht boven de schadevergoedingsregeling uit de gemeentelijke verordening. Zulks terwijl in de andere uitspraak wel een vergunningplicht wordt aangenomen en de schadevergoedingsregeling van de gemeente een uitvloeisel is van die vergunningplicht.

Heeft de rechtbank inderdaad bedoeld te zeggen dat na het opleggen van een gedoogplicht de schadevergoedingsregeling van de gemeente niet meer geldt? En zou anders (moeten) worden geoordeeld na inwerkingtreding van de Omgevingswet? In artikel 10.23 Omgevingswet is immers geen expliciete verplaatsingsregeling opgenomen. De praktijk zal dit moeten uitwijzen.

5. Conclusie en afsluiting

Op grond van het voorgaande is naar mijn mening de conclusie gerechtvaardigd dat niet zonder meer een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht, en nu de Omgevingswet, aan gemeenten kan worden opgelegd voor het hebben van transformatorstations op openbare gemeentegronden. En als al een gedoogplicht kan worden opgelegd, dan zou dat naar mijn mening niet moeten betekenen dat gemeenten geen toepassing meer zouden kunnen geven aan de publiekrechtelijke schadevergoedingsregeling zoals zij die thans hanteren.

Het ligt in deze situatie, waarbij overeenstemming bestaat over de locatie, mijns inziens in de rede dat een netbeheerder als Liander in samenspraak met gemeenten tot afspraken komt, waarbij rekening wordt gehouden met afschrijvingstermijnen indien en voor zover het in de toekomst noodzakelijk is om een transformatorstation te verplaatsen. Het égalité-beginsel noopt hiertoe. Schade die binnen het normale maatschappelijke risico van de netbeheerder valt, zou mijns inziens niet behoeven te worden gecompenseerd bij een eventuele verplaatsing.

De praktijk is in ieder geval gebaat bij duidelijkheid. Inmiddels komt het zelfs voor dat de netbeheerder niet tot plaatsing van transformatorstations overgaat totdat met de gemeente overeenstemming is bereikt over het vestigen van een (eeuwigdurend) opstalrecht (waarbij de netbeheerder in geval van een eventuele toekomstige verplaatsing volledig schadeloos wordt gesteld) dan wel totdat een gedoogplicht is opgelegd. Dit brengt de nodige vertraging met zich, hetgeen uiteraard niet in het algemeen belang is.

Voetnoten

[1] Mr. W. (Willemijn) Lever MRICS is advocaat-partner Huur- en Vastgoedrecht bij Legaltree Advocaten en treedt op voor diverse gemeenten en waterschappen.

[2] Het gaat daarbij met name om zogenaamde laag- of middenspanningsruimten, waarbij een transformatorstation een beperkte oppervlakte inneemt. Het plaatsen van een transformatorstation is veelal, gelet op de beperkte grootte, niet omgevingsvergunningplichtig. Blijkens artikel 2.1 lid 1 onder a van de huidige Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in samenhang met artikel 2 aanhef en onderdeel 18 onder a van bijlage II Besluit omgevingsrecht (Bor) is voor de bouw van een transformatorstation geen omgevingsvergunning nodig, indien de bewuste activiteiten betrekking hebben op een bouwwerk ten behoeve van een nutsvoorziening, mits dat niet hoger is dan 3 m, en de oppervlakte niet meer bedraagt dan 15 m².

[3] Artikel 3 lid 1 juncto artikel 4 lid 1 Ontheffingswet.

[4] De Hoge Raad heeft bij arrest van 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, geoordeeld dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet meebrengen dat de gemeente (in casu de gemeente De Ronde Venen), in verband met het feit dat de vergoeding van de kosten van een noodzakelijke verlegging van de kabels en leidingen onder de nieuwe gemeentelijke verordening minder gunstig wordt voor de energiebedrijven (in casu Stedin), een zwaarwegende grond voor opzegging dient te hebben. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft dit bij arrest van 8 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:49, in een procedure tussen Enexis en de gemeenten Veghel, Bernheze en Uden herhaald, zoals bekrachtigd door de Hoge Raad bij arrest van 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1305.

[5] Om de overzichtelijkheid van het nadeelcompensatierecht te vergroten, komt er een algemene wettelijke regeling voor nadeelcompensatie in titel 4.5 van de Awb. Deze wordt tegelijk met de Omgevingswet ingevoerd (1 januari 2024). Artikel 4:126 Awb regelt dan het recht op nadeelcompensatie. Het bepaalt in het eerste lid: “*Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe.*” NB: afdeling 15.2 Omgevingswet bevat een regeling (“lex specialis”) voor de vergoeding van schade bij gedoogplichten. Dit gaat echter om de schade als gevolg van het opleggen van een gedoogplicht die de initiatiefnemer dient te vergoeden aan de rechthebbende.

[6] Behoudens toepassing van een hardheidsclausule: “indien in bijzondere omstandigheden gronden

aanwezig zijn om te concluderen dat redelijkerwijs een kleiner of groter gedeelte van het schadebedrag ten laste van de belanghebbende moet blijven dan uit de toepassing van de artikelen voortvloeit, kan het college gemotiveerd van het gestelde in de artikelen afwijken.”

[7] Zie artikel 5 Belemmeringenwet Privaatrecht.

[8] Zie artikel 10.23 Omgevingswet.

[9] Zie *Kamerstukken II* 1923/24, 304, nr. 3.

[10] Zie ook de annotatie van M. Rus-van der Velde en K.E. Haan bij ABRvS 17 mei 2017, *TBR* 2017/132, punt 7 en F.A. Mulder & F.A. Linssen, ‘Een snelle stijger: de Belemmeringenwet Privaatrecht’, *Grondzaken in de praktijk*, april 2014, p. 16-18.

[11] En per 1 januari 2024 artikel 10.11 Omgevingswet.

[12] Artikel 1 Belemmeringenwet Privaatrecht bepaalt, voor zover van belang: “ *Wanneer ten behoeve van openbare werken:(...)van welke het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend,een werk noodig is, waarvoor duurzaam of tijdelijk gebruik moet worden gemaakt van onroerende zaken, kan ieder, die enig recht heeft ten aanzien van die zaken, behoudens recht op schadevergoeding, worden verplicht te gedoogen, dat zoodanig werk wordt aangelegd en in stand gehouden, indien naar het oordeel van Onzen Minister van Waterstaat de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen en in het gebruik van de zaken niet meer belemmering wordt gebracht, dan redelijkerwijs voor den aanleg en de instandhouding van het werk noodig is.*” Artikel 10.11 Omgevingswet luidt, voor zover van belang:“ *Een gedoogplicht (...) kan worden opgelegd als voor een werk van algemeen belang:*

- a. *voor bepaalde of onbepaalde tijd gebruik moet worden gemaakt van een onroerende zaak;*
- b. *met de rechthebbende op de onroerende zaak ondanks een redelijke poging daartoe geen schriftelijke overeenstemming is bereikt over het gebruik daarvan,*
- c. *het gebruik van de onroerende zaak niet meer zal worden belemmerd dan redelijkerwijs nodig, en*
- d. *de belangen van de rechthebbende redelijkerwijs onteigening niet vorderen.”*

[13] [Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3.](#)

[14] Zie [Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3](#), p. 519.

[15] Zie bijvoorbeeld [Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3](#), p. 291: “ *Verder krijgen ingrijpende bevoegdheden van overheden een basis op het niveau van de formele wet. Een voorbeeld hiervan is de regeling van de gedoogplichten, die direct ingrijpen in het eigendomsrecht van particulieren.*”

[16] Zie [Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3](#), p. 379.

[17] Zie artikel 16.23 lid 2 Omgevingswet en [Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3](#), p. 554.

[18] Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1285, *TBR* 2017/132, waarbij ten behoeve van TenneT een gedoogplicht was opgelegd aan de provincie Noord-Holland voor de aanleg en instandhouding van een hoogspanningsverbinding in provinciale grond. In de annotatie bij deze uitspraak wordt evenwel ook geconstateerd dat het niet de bedoeling van de Belemmeringenwet Privaatrecht lijkt te zijn geweest dat deze zou worden gebruikt in een dergelijke situatie. NB: deze uitspraak dateert van ná de memorie van toelichting bij de Omgevingswet.

[19] De schadevergoedingsregeling kent in principe een hardheidsclausule op basis waarvan een gemeente, indien in bijzondere omstandigheden gronden aanwezig zijn om te concluderen dat redelijkerwijs een kleiner of

groter gedeelte van het schadebedrag ten laste van de netbeheerder moet blijven, gemotiveerd kan afwijken van de regeling.

[20] ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4456.

[21] Rb. Oost-Brabant 18 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:3113.

[22] De uitspraken zijn ten tijde van het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerd.

[23] De rechtbank heeft (ten onrechte) niet onder ogen gezien dat de schadevergoedingsregeling van de gemeente Nieuwkoop na een periode van vijf jaar voorziet in een afbouwregeling tot vijftien jaar, waarbij afschrijvingstermijnen gelden.