

# Zakelijk recht van de

## Geground verzet tegen ondergronds gebruik?

**De aanleg van leidingen vormt een spanningsveld tussen leidingeigenaren en grondbezitters. Grondbezitters willen geen gewroet op hun land, waardoor leidingeigenaren hun werk niet uit kunnen voeren. Zij kunnen zich echter beroepen op het zakelijk recht en de Belemmeringenwet Privaatrecht.**

In dit artikel wordt verder ingaan op de mogelijkheden die het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Belemmeringenwet privaatrecht (Bwp) bieden aan de leidingeigenaar met betrekking tot de aanwezigheid en aanleg van ondergrondse leidingen in andermans grond<sup>1</sup>. De gebruikelijke werkwijze van langdurige onderhandelingen over het vestigen van een zakelijk recht blijkt in de praktijk niet altijd goed te werken vanwege de oplopende kosten en planningsproblemen.

### Zakelijk recht

Bij de voorgenomen aanleg van leidingen proberen de leidingeigenaren vaak met de grondeigenaren te onderhandelen over het vestigen van een beperkt zakelijk recht. Daarmee wordt beoogd om niet alleen de toegang tot de grond ('leggen') maar ook de aanwezigheid van de leiding in deze grond ('liggen') met behoud van leidingeigendom af te spreken en kadastraal vast te leggen. Van de verschillende zakelijke rechten wordt het recht van opstal<sup>2</sup> vaak gebruikt. Dit is van oudsher juridisch gezien ook het sterkste recht en voor leidingeigenaren een aantrekkelijke optie: de leidingeigenaar blijft eigenaar van de door hem aangebrachte leiding (het opstal) en heeft het volle genot van zijn opstalrecht zoals het gebruiken, het aanbrengen en weg nemen van de leiding maar ook toegang tot de grond voor onderhoud.

Een ander veel gebruikt zakelijk recht is de erfdiensbaarheid<sup>3</sup>. Een recht van erfdiensbaarheid kan bijvoorbeeld worden gevestigd om ten laste van erf A en ten behoeve van erf B leidingen te leggen, te hebben, te controleren, te gebruiken, te onderhouden, te vervangen en te verwijderen. Degene die de leiding legt, gebruikt en onderhoud is niet automatisch de eigenaar van de leiding zoals bij een opstalrecht wel het geval is. De inhoud alsmede de wijze

van uitoefening van de erfdiensbaarheid kunnen partijen zelf nader overeenkomen.

### Kwalitatieve verplichting

Een ander weinig gebruikt alternatief voor partijen is de kwalitatieve verplichting<sup>4</sup>. De kwalitatieve verplichting houdt dan bijvoorbeeld in dat de eigenaar van perceel A en ten behoeve van het perceel B dult dat op de minst bezwarende wijze leidingen worden aangelegd, geplaatst, gehouden, onderhouden en vervangen boven, op of in de grond<sup>5</sup>. Rechtsopvolgers maar ook huurders en pachters van eigenaar A zijn ook gebonden aan een dergelijk beding. De kwalitatieve verplichting lijkt in veel opzichten dan ook op een erfdiensbaarheid maar is juridisch gezien minder sterk. De kwalitatieve verplichting is een persoonlijk recht van de leidingeigenaar en niet een recht in zijn hoedanigheid als eigenaar van een onroerende zaak. De kwalitatieve verplichting kan ook ingeschreven worden in de openbare registers<sup>6</sup>. Hier wordt de mogelijkheid van een kwalitatieve verplichting genoemd, omdat het soms bij grondeigenaren minder weerstand opwekt dan een zakelijk recht. Dat recht wordt vaak als veel ingrijpender ervaren.

Nu een zakelijk recht of een kwalitatieve verplichting veelal eerst tot stand komt na een periode van onderhandelingen, is dat voor de leidingeigenaar ook de achilleshiel in de planning en kosten. De onderhandelingen kunnen lang duren wanneer de grondeigenaar niet reageert, weigert mee te werken of een hoge compensatie voor zijn medewerking wenst te ontvangen. De voortvarendheid hangt af van de posities en wensen van beide partijen. De medewerking kan nauwelijks worden afgedwongen. Het is echter de vraag of het vestigen van een zakelijk recht nog wel noodzakelijk is. Immers, artikel 5:20 lid 2 BW biedt de leidingeigenaar een goed alternatief voor het behoud van diens eigendom en voor toe-

gang tot de grond zou een beroep kunnen worden gedaan op artikel 5:21 lid 2 van het BW (zie deel 1 van ons artikel). Een en ander zou dan ook strategisch kunnen worden gecombineerd met andere juridische mogelijkheden.

### Belemmeringenwet Privaatrecht

Op het moment dat minnelijk overleg en/of bovengenoemde privaatrechtelijke mogelijkheden niet tot de gewenste toestemming van de grondeigenaar<sup>7</sup> leidt, kan de leidingeigenaar terugvallen op de Belemmeringenwet Privaatrecht. De Bwp is een laatste redmiddel op basis waarvan een gedoogplichtbeschikking kan worden aangevraagd bij de minister van Infrastructuur en Milieu. Deze beschikking legt de grondeigenaar de verplichting op om de aanleg en instandhouding van de leiding te gedogen<sup>8</sup>, dan wel te gedogen dat de leiding wordt verplaatst, er verandering in wordt aangebracht of opgeruimd. De beschikking kan ook de verplichting voor de grondeigenaar bevatten om bomen en beplanting op zijn perceel te rooien of te snoeien als dat voor de aanleg of het gebruik van de leiding nodig is<sup>9</sup>.

Verder bevat de Bwp een wettelijke gedoogplicht om voorbereidende werkzaamheden zoals opmeten en graven in of op het betreffende perceel toe te staan, mits dit uiterlijk twee etmalen voor de start van het werk door de burgemeester is aangezegd<sup>10</sup>.

### Voorwaarden

De Bwp stelt aan de aanvraag wel een aantal voorwaarden. De minister zal de beschikking namelijk niet afgeven als de leidingeigenaar geen serieuze onderhandelingen heeft gevoerd met de rechthebbenden van de grond. Er moet minimaal een reëel bod tot schadeloosstelling zijn neergelegd. De Bwp beoogt de grondeigenaar recht te geven op volledige schadevergoeding, dus zowel de schade die ontstaat bij de aanleg als de schade die gedurende de tijd dat het werk in stand blijft, komt voor vergoeding in aanmerking<sup>11</sup>.

Een andere voorwaarde is dat het werk waar de gedoogplicht voor wordt aangevraagd een werk van algemeen belang is. Het algemene nut van het werk kan of in

# sterkste

de wet zijn erkend of bij Koninklijk Besluit. Een gastransportleiding is een voorbeeld waarvan het algemene nut bij wet is erkend<sup>12</sup>. Rioolleidingen zijn werken waarvan het algemene nut nu nog bij Koninklijk Besluit moet worden erkend. Dit zal na de inwerkingtreding van de Wet tot gedogen van werken van algemeen belang veranderen. In het concept wetsvoorstel wordt het algemeen nut van werken ten behoeve van afvalwatertransport namelijk erkend. Nadat – op basis van de Bwp – het Koninklijk Besluit is afgegeven kan een gedoogplichtbeschikking worden aangevraagd.

De minister toetst of de belangen van de grondeigenaar redelijkerwijs onteigening vorderen in plaats van een gedoogplicht en of er niet meer belemmering wordt aangebracht, dan redelijkerwijs voor de aanleg en de instandhouding van de ondergrondse leiding nodig is<sup>13</sup>.

## Bezwaren

Alvorens de minister een besluit neemt op de aanvraag, wordt een hoorzitting onder leiding van een lid van Gedeputeerde Staten van de betreffende provincie gehouden<sup>14</sup>. Tijdens deze hoorzitting wordt de grondeigenaar uitgenodigd zijn bezwaren mondeling en/of schriftelijk in te dienen en vindt overleg plaats tussen de leidingeigenaar en de grondeigenaar met als doel om alsnog tot overeenstemming te komen. Bezwaren die betrekking hebben op het ontbreken van de noodzaak om de leiding op de aangewezen plek aan te leggen, treffen meestal doel. Als er namelijk alternatieven zijn die voor de grondeigenaar minder of helemaal niet belastend zijn dan moet de leidingeigenaar een goed verhaal hebben om te kunnen weerleggen dat die betreffende alternatieven mogelijk zijn. Als de grondeigenaar kan aantonen dat onteigening meer op zijn plaats is omdat door de aanleg van de leiding zijn perceel geheel onbruikbaar wordt, is dat een reden voor de minister om de gedoogplichtbeschikking niet op te leggen. In dat geval moet de onteigeningsprocedure op basis van de Onteigeningswet worden gevolgd in plaats van de gedoogplichtprocedure op basis van de Bwp. Indien het gebruik van het perceel te veel belemmeringen met zich meebrengt

dan redelijkerwijs noodzakelijk is voor de aanleg en instandhouding van het werk dan zal de gedoogplichtbeschikking eveneens niet snel worden afgegeven.

Tijdens de hoorzitting komen ook vaak bezwaren naar voren die geen doel treffen. Een grondeigenaar die toestemming verleend zonder een zakelijk recht overeen te willen komen, ontkomt om die reden ook niet aan de gedoogplichtbeschikking.

## Gedoogplichtbeschikking

Na de hoorzitting brengen Gedeputeerde Staten advies uit aan de minister<sup>15</sup> en wordt een proces-verbaal opgesteld van de hoorzitting<sup>16</sup>. De minister beslist binnen zes maanden na ontvangst van het verzoek over het al dan niet opleggen van de gedoogplicht<sup>17</sup>. De gedoogplichtbeschikking is een publiekrechtelijke beperking die op basis van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen wordt ingeschreven in het kadaster.

Met de gedoogplichtbeschikking in de hand kan de leidingeigenaar niet direct starten met het uitvoeren van de werkzaamheden. De grondeigenaar kan namelijk binnen één maand nog een verzoek tot vernietiging van de gedoogplichtbeschikking indienen bij het gerechtshof<sup>18</sup>. Als de uitvoering van de werkzaamheden echter niet langer op zich kunnen wachten dan kan de leidingeigenaar tevens een urgentieverzoek indienen<sup>19</sup>. De minister kan de beschikking dan 'uitvoerbaar bij voorraad' verklaren. Er moet in dat geval sprake zijn van gewichtige redenen die de onmiddellijke uitvoering van de werkzaamheden rechtvaardigen.

De Bwp biedt een leidingeigenaar goede mogelijkheden om op rechtmatige wijze gebruik te maken van de grond indien er

geen overeenstemming met de grondeigenaar kan worden bereikt. De minister wil de uit 1927 daterende Bwp vervangen door de Wet tot gedogen van werken van algemeen belang. Het concept wetsvoorstel vereenvoudigt de gedoogplichtprocedure tot één procedure, omdat de procedure tot erkenning van algemeen belang komt te vervallen. Tevens zal de rechtsbescherming minder versnipperd en eenduidiger worden<sup>20</sup>.

## Conclusie

De medewerking van een grondeigenaar voor de aanleg van leidingen in, op of boven zijn of haar grond kan via privaatrechtelijke of publiekrechtelijke weg worden verkregen. Zakelijke rechten zoals opstalrechten worden normaliter daarbij toegepast maar hebben als nadeel dat de onderhandelingen lang kunnen duren of hogere vergoedingen met zich mee kunnen brengen dan begroot. Het Burgerlijk Wetboek biedt een aantal mogelijkheden die kunnen worden gecombineerd met de mogelijkheden van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Daarbij kan worden gedacht om naast onderhandelingen met de grondeigenaar tegelijkertijd de gedoogbeschikking aan te vragen. Mocht het één op niets uitlopen dan is in ieder geval de andere procedure in gang gezet hetgeen ook de onderhandelingen kan beïnvloeden. Hoe dan ook zullen veel grondeigenaren niet erg gelukkig zijn met een dergelijke inbreuk op hun eigendomsrecht. De inzet van de beschikbare juridische middelen zal dan ook met voldoende communicatie, tact, planning en strategie moeten plaatsvinden. ■

\*) *Auteurs zijn adviseur bouw- en aanbestedingsrecht bij PurpleBlue.*

1 Als in dit artikel sprake is van 'leidingen' bedoelen wij in het bijzonder de leidingen voor gas, olie, water, electriciteit en riolering. Voor kabels, leidingen en buizen ten behoeve van openbare elektronische communicatienetwerken zijn specifieke bepalingen opgenomen in de Telecommunicatiewet hetgeen buiten de strekking van dit artikel valt.

2 Artikel 5:101 BW

3 Artikel 5:70 BW

4 Artikel 6:252 lid 1 BW

5 Een mooi voorbeeld van een situatie waarin zowel gebruik was gemaakt van erfdiensbaarheid als kwalitatieve verplichting is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Zwolle van 4 september 2009 LJN AZ5813

6 Artikel 6:252 lid 2 BW

7 Een gedoogplicht op basis van de Belemmeringenwet Privaatrecht wordt aangevraagd voor alle rechthebbers van de grond die toestemming weigeren. In dit artikel beperken wij ons tot de grondeigenaar. De procedure geldt dus ook voor de grondgebruikers.

8 Artikel 1, 3 en 9 Bwp

9 Artikel 10 Bwp

10 Artikel 11 Bwp

11 HR 6 december 1963, NJ 1965, 56 m.nt JHB en HR 2

februari 1979, NJ 1979, 384 m.nt. FHJM.

12 Artikel 39a Gaswet,

13 Artikel 1 Bwp.

14 Artikel 2 vierde lid Bwp

15 Artikel 2 zevende lid Bwp

16 Artikel 2 vierde lid Bwp

17 Artikel 2 zesde lid Bwp

18 Bij het Gerechtshof kan op basis van artikel 1 en artikel 4 lid eerste lid van de Bwp alleen op basis van een beperkt aantal vernietigingsgronden een verzoek tot vernietiging van de gedoogplichtbeschikking worden ingediend, te weten a) dat de belangen van de rechthebbende onteigening niet vorderen of b) dat in het gebruik van de onroerende zaak meer belemmering wordt gebracht dan redelijkerwijs nodig is. Bezwaar en beroep kan worden ingesteld op basis van andere gronden. Het bezwaar of beroep heeft geen schorsende werking.

19 Artikel 4 zesde lid Bwp

20 Zie voor een bespreking van het concept wetsvoorstel mr A.D. Blokker, 'De Belemmeringenwet Privaatrecht en het voorontwerp Wet tot gedogen van werken van algemeen belang', Grondzaken in de Praktijk, 2011-5.