

Bezuidenhoutseweg 27-29
2594 AC THE HAGUE

Postbus 11729
2502 AS THE HAGUE

Memo

Datum 23 juni 2020 **Contactpersoon** Marielle Visser
Referentie 2006-0104 v1.0
Onderwerp Reactie internetconsultatie Regeling voor de
gebruiksvergoeding

Aan Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijk relaties

De Nederlandse Olie en Gas Exploratie en Productie Associatie (NOGEPA) behartigt de gemeenschappelijke belangen van bedrijven die een vergunning hebben voor de exploratie, ontwikkeling en productie van koolwaterstoffen (olie en gas) op land en offshore in Nederland. NOGEPA heeft kennisgenomen van de inhoud van de gebruiksvergoeding die zal worden toegevoegd aan de Aanvullingsregeling grondeigendom Omgevingswet. Wij maken hierbij graag gebruik van de mogelijkheid om hierop te reageren en verzoeken u bij vaststelling rekening te houden met het volgende.

In het proces van de totstandkoming van deze nieuwe regeling hebben wij samen met VELIN en VEWIN twee position papers ingediend gedateerd op 3 maart 2020 en 1 mei 2020.

Zoals al eerder opgemerkt zijn er bij deze regeling twee zaken van groot belang: de regeling moet eenvoudig uitvoerbaar zijn en de regeling moet niet leiden tot een significante toename van de kosten ten opzichte van het huidige kostenniveau. De thans gekozen variant in de nieuwe regeling voldoet naar onze mening niet aan deze punten.

Wij hebben in het position paper aangegeven dat naar onze mening de nieuwe regeling aan zou moeten sluiten bij de reeds bestaande methodiek van de "meewerkvergoeding" conform de LTO -tarieven. Deze regeling is algemeen geaccepteerd en blijkt in praktijk goed te functioneren. Wanneer de meewerkvergoeding in een gebruiksvergoeding zou veranderen, zou er een andere systematiek geïntroduceerd moeten worden voor wat thans de meewerkvergoeding is maar dat is aan partijen onderling. Een variant die in de buurt komt bij het voorgaande is een vast bedrag per (streckende of vierkante) meter (waarbij uitgegaan wordt van een eenmalige vergoeding).

Wij hebben echter moeten constateren dat er in de gepubliceerde regeling gekozen is voor een andere systematiek waarbij de gebruiksvergoeding afhankelijk is van de grondwaarde, grondoppervlakte en een verondersteld rendement.

Deze methodiek zal helaas niet eenvoudig uitvoerbaar zijn en leidt tot (grote) regionale verschillen in vergoeding terwijl de "activiteit" waarvoor de gebruiksvergoeding verkregen wordt hetzelfde is voor de verschillende grondeigenaren. Verder wordt er bij deze systematiek voorbijgegaan aan de relatie tussen de gebruiksvergoeding en de wettelijke schadevergoeding. De nu voorgestelde methodiek zal in de meeste gevallen leiden tot een lagere schadevergoeding. Het in de toelichting bij de conceptregeling gestelde dat de gebruiksvergoeding bovenop de schadevergoeding zal komen is bij deze methodiek derhalve onjuist. Dit terwijl bij een variant met een vast bedrag per strekkende meter de gebruiksvergoeding wel bovenop de schadevergoeding komt.

Voor het overige verwijzen wij u naar de eerder genoemde position papers d.d. 3 maart 2020 en 1 mei 2020 ingediend door NOGEPA samen met VEWIN en VELIN. Wij voegen deze volledigheidshave toe aan deze reactie.

Wij verzoeken u de concept regeling aan te passen in die zin dat de gebruiksvergoeding een eenmalige vergoeding van een vast bedrag betreft per (vierkant of strekkende) meter.

Vanuit NOGEPA zijn wij gaarne bereid tot een nadere toelichting op bovenstaande reactie, daar veel waarde wordt gehecht aan het op constructieve wijze in dialoog blijven met de overheid en andere stakeholders.

Tot slot wordt het zeer op prijs gesteld wanneer NOGEPA ten aanzien van de verdere gang van zaken op de hoogte wordt gehouden.

POSITION PAPER

I. Algemeen

1. Bij amendement Bisschop/Ronnes¹ is de regeling van de gedoogplichten in de Omgevingswet aangevuld met een art. 13.3e. Die bepaling biedt de rechthebbende in een beperkt aantal gevallen (kort gezegd: in geval van ‘commerciële’ kabels en leidingen) aanspraak op een ‘redelijke gebruiksvergoeding’ bij oplegging van een gedoogplicht ‘voor zover die vergoeding niet is inbegrepen in de vergoeding van de schade, bedoeld in artikel 15.14, eerste lid’ (dat is: de schadevergoeding wegens oplegging van een gedoogplicht).

N.B.: Het is overigens onduidelijk of deze regeling enkel geldt voor ‘nieuwe gevallen’ of ook betrekking heeft op bestaande kabels en leidingen. Voorshands wordt ervan uitgegaan dat zij enkel zal zien op nieuwe gevallen. Het verdient aanbeveling zulks in het kader van de Invoeringswetgeving te verduidelijken.

2. Over de hoogte van de gebruiksvergoeding moeten bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld, aldus art. 13.3e lid 2.
3. Het ministerie van BZK heeft Deloitte gevraagd om een advies over de inhoud van de in voormelde regeling op te nemen (redelijke) gebruiksvergoeding. De voorlopige gedachten van Deloitte zijn op 23 januari 2020 gepresenteerd tijdens een klankbordsessie.
4. Binnen Nogepa², Velin³ en Vewin⁴ bestaat - mede naar aanleiding van de presentaties tijdens de klankbordsessie - zorg over de kennelijk thans beoogde invulling van de (redelijke) gebruiksvergoeding⁵. Deze zorg wordt gedeeld door prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans, bijzonder hoogleraar aan de Radboud Universiteit te Nijmegen met als leeropdracht het onteigeningsrecht en de gedoogregelgeving, die de branche daarom heeft ondersteund bij de totstandkoming van dit position paper.
5. In het onderhavige position paper wordt uiteengezet wat volgens de voornoemde koepelorganisaties (en hun leden) een ‘redelijke gebruiksvergoeding’ zou moeten omvatten, alsmede de verhouding tussen een ‘redelijke gebruiksvergoeding’ en de vergoeding van

¹ Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 50.

² De Nederlandse Olie en Gas Exploratie en Productie Associatie.

³ De Vereniging van leidingeigenaren in Nederland.

⁴ De Vereniging van Waterbedrijven in Nederland.

⁵ Deze koepels vertegenwoordigen ook leden die niet in (al) hun huidige activiteiten door art. 13.3e lid 2 worden geraakt. Ook deze leden hebben evenwel belang bij een adequate invulling van de nieuwe regeling, zowel met het oog op mogelijke reflexwerking van die regeling als met het oog op mogelijke toekomstige werken die wel onder die regeling vallen. Uiteraard hechten de koepels (en hun leden) eraan dat de reikwijdte van art. 13.3e lid 2 niet wordt uitgebreid.

schade. Om enige reële benadering te kunnen geven van een redelijke vergoeding is evenwel onvermijdelijk om eerst nader stil te staan bij het oogmerk van het amendement.

II. Wat is de achtergrond van de ‘redelijke gebruiksvergoeding’?

6. De indieners van het amendement merken nadrukkelijk op dat zij voor de invulling van het begrip redelijke gebruiksvergoeding, alsmede voor de wijze van vaststelling van de hoogte van die vergoeding aansluiting willen zoeken bij de gebruiksvergoeding zoals die reeds is voorzien in de Mijnbouwwet.⁶
7. De vergoeding die zij (dus) kennelijk voor ogen hebben, is de gebruiksvergoeding die wordt genoemd in art. 4 Mijnbouwwet⁷. Die gebruiksvergoeding is (ook) een voortvloeisel uit een amendement.⁸ In de toelichting op dat amendement geeft de indiener, mevrouw Van Tongeren, aan dat zij daarmee wil vastleggen dat grondeigenaren recht hebben op een vergoeding voor het gebruik van hun ‘grondgebieden’, waarmee - aldus Van Tongeren - ‘enkel de huidige praktijksituatie’ wordt verankerd.⁹
8. De hoogte van de gebruiksvergoeding zou volgens Van Tongeren moeten worden vastgesteld naar analogie van de (bestaande) gebruiksvergoeding voor plaatsing van windturbines en hoogspanningsmasten.¹⁰
9. De (tussen)conclusie is dat het amendement Bisschop/Ronnes voor wat betreft de invulling van het begrip gebruiksvergoeding richting geeft door aansluiting te zoeken bij het amendement Van Tongeren. Van Tongeren wilde niet meer doen dan een al op dat moment bestaande praktijk - waarin naast vergoeding van schade ook wel (eenmalige) andere

⁶ Zij merken in de toelichting op hun amendement op: “Een dergelijke gebruiksvergoeding geldt nu, op grond van de Mijnbouwwet, al voor mijnbouwwerken beneden de 100 meter.” en “Mogelijk kan aangesloten worden bij de wijze waarop de gebruiksvergoeding op grond van de Mijnbouwwet vastgesteld wordt.”

⁷ Voor de goede orde: art. 4 Mijnbouwwet kent naast een gebruiksvergoeding ook een schadevergoeding.

⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 8.

⁹ Zie ook *Handelingen II 2015/16*, 105, item 5, p.1, waar toenmalig minister Kamp (onweersproken) het amendement Van Tongeren aldus interpreteert: “Met haar amendement op stuk nr. 8 (34348) beoogt mevrouw Van Tongeren om vast te leggen dat grondeigenaren recht hebben op een vergoeding voor het gebruik van hun grondgebied als daar installaties op komen te staan. In de privaatrechtelijke sfeer wordt dat al geregeld. In de regel is het zo dat de gebruiksvergoedingen tussen een mijnbouwonderneming en een grondeigenaar worden geregeld. Enerzijds is het amendement gelet op de praktijk overbodig; anderzijds bestaat er geen bezwaar tegen dat die vergoeding voor het gebruik van grondgebied, waarvan het logisch is dat die er is, een wettelijke basis krijgt.” Zeilmaker en Hagelaars (‘Gedoopte verplichten nu en straks: wat verandert er in de Omgevingswet’, *BR 2018/1*) merken in voetnoot 35 op: “Dit recht is bij amendement (Kamerstukken II 2015/16, 34348, 8) in de wet terechtgekomen. De indiener van dit amendement stelde zich op het standpunt dat het aangewezen was de heersende vergoedingenpraktijk wettelijk vast te leggen. De minister liet het oordeel aan de kamer, aangezien er ten opzichte van de praktijk volgens hem inderdaad niets nieuws onder de zon zou zijn.”

¹⁰ De hoogte van de gebruiksvergoeding zou nader moeten worden vastgesteld via algemene regels in een ministeriële regeling, maar die regeling is tot op heden niet tot stand gekomen.

vergoedingen worden betaald - wettelijk verankeren.¹¹ Die constatering is relevant voor de beantwoording van de vraag hoe de in art. 13.3e bedoelde ‘redelijke gebruiksvergoeding’ nader moet worden uitgewerkt. Dit betekent namelijk dat bij het uitwerken van de ‘redelijke vergoeding’ als bedoeld in art. art. 13.3e de bestaande praktijk tot uitgangspunt moet worden genomen (en niet een volledig nieuwe systematiek wordt opgetuigd die geen relatie heeft met die bestaande praktijk). Een en ander wordt in het navolgende toegelicht.

III. Wat is een ‘redelijke gebruiksvergoeding’?

10. De bestaande praktijk¹² inzake het ‘contracteren’ omtrent de aanleg en instandhouding van werken als bedoeld in art. 13.3e is dat ingeval een initiatiefnemer en een rechthebbende tot een minnelijk akkoord komen, de rechthebbende contractueel aanspraak kan maken op twee vergoedingscomponenten: een vergoeding van schade en een (eenmalige) aanvullende vergoeding.
11. De aanspraak op schadevergoeding omvat een volledige vergoeding van de schade veroorzaakt door de aanleg en instandhouding van het werk zoals die ook zou gelden wanneer dat werk door de rechthebbende moet worden gedoogd.¹³ Het gaat dan doorgaans om drie componenten: (eventuele) waardevermindering van de belemmerde grond, (eventueel) verlies aan inkomen en (eventuele) toekomstschade.
12. De (eenmalige) aanvullende vergoeding omvat diverse ‘meewerkvergoedingen’: bedragen die een eigenaar en/of gebruiker van de grond ontvangen als een ‘beloning’ voor het feit dat zij bereid zijn om met de initiatiefnemer tot minnelijke afspraken te komen. Diverse initiatiefnemers hanteren hier verschillende (categorieën van) vergoedingen. De (periodiek heronderhandelde) vergoedingen die tussen kabel- en leidingbelanghebbenden en LTO worden afgesproken (hierna: de LTO-tarieven), worden wel als een benchmark beschouwd, niet alleen binnen de branche, maar ook door (bijvoorbeeld) leiding-beherende overheden zoals gemeenten en waterschappen.
13. Ingeval geen minnelijke overeenstemming wordt bereikt - en een gedoogplicht wordt opgelegd - behoudt de rechthebbende ten volle de aanspraak op schadevergoeding, maar de meewerkvergoeding verdwijnt dan. Er bestaat immers (thans) geen wettelijke verplichting voor uitkering van een dergelijke vergoeding, en bij uitblijven van de gewenste medewerking zal de initiatiefnemer niet langer genegen zijn die vergoeding te betalen.
14. De inzet van de codificatie van de gebruiksvergoeding is - zoals hiervoor al bleek - om een

¹¹ Daarbij lijkt het overigens zo te zijn dat (in elk geval) Van Tongeren niet heel goed op de hoogte was van de ‘bestaande praktijk’, anders had zij niet de plaatsing van windturbines en hoogspanningsmasten over een kam geschoren. In geval van windturbines worden immers vergoedingen betaald die afwijken van de vergoedingen in alle overige situaties waarin gedoogplichten zouden kunnen worden ingezet. Zie hierover bijvoorbeeld het ECN-rapport ‘Wat is een ‘redelijke’ opstalvergoeding voor de exploitatie van windturbines op land?’ van juni 2014.

¹² Voor alle ten deze relevante ‘openbare werken’ met uitzondering van windturbines c.a. Deze praktijk bestond overigens ook (al) ten tijde van het amendement Van Tongeren.

¹³ Aldus recent nog HR 21 juni 2019, *TBR* 2019/115, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

bestaande praktijk wettelijk vast te leggen, om hetgeen in de praktijk ‘buitenwettelijk’ wordt betaald (dus: elke vergoeding die de vergoeding van schade te boven gaat) in de wet te verankeren. Daarmee is dus meer concreet de inzet - van destijds Van Tongeren, en thans duidelijk daarbij aansluiting zoekend, van Bisschop/Ronnes - om de huidige (eenmalige) ‘meewerkvergoeding’ tot onderdeel van de ‘basisvergoeding’ te maken, waarop ook aanspraak bestaat als geen minnelijke overeenstemming wordt bereikt.

15. Tegen de achtergrond van het streven om (voor bepaalde gevallen) de vergoeding die in de huidige praktijk in de minnelijke sfeer wordt betaald in de wet vast te leggen als vergoeding waarop (ook) aanspraak bestaat bij oplegging van een gedoogplicht, is het alleszins verantwoord om als ‘redelijke vergoeding’ te beschouwen de meewerkvergoeding(en) conform de LTO-tarievenlijst. Deze algemeen toegepaste en door grondeigenaren geaccepteerde tarieven vormen immers het resultaat van een decennia lang toegepaste werkwijze, bestaande uit periodieke onderhandelingen tussen belangrijke initiatiefnemers en een vertegenwoordigende organisatie van een groot aantal rechthebbenden.¹⁴ Het baseren van een gebruiksvergoeding op een geheel andere grondslag, zoals beoogd in de consultatieversie Invoeringsregeling Omgevingswet, zou niet aansluiten bij de bestaande praktijk, stuit op praktische en juridisch principiële bezwaren en lijkt dus niet aan de orde. Hierna wordt dit nader toegelicht.
16. De consultatieversie Invoeringsregeling Omgevingswet bevat een voorlopig voorstel waarin een formule is opgenomen is, die is opgebouwd uit de grondwaarde, het rendement en de gebruiksfactor (waarmee wordt bedoeld: het gebruik dat nog van de grond kan worden gemaakt door de rechthebbende).¹⁵

N.B.: In dat voorstel wordt opgemerkt dat de figuur van de huur het meest aansluit bij een gebruiksvergoeding, en dat bij huur de vergoeding voor het gebruik van een object wordt afgeleid van de waarde van het object. Het is juist dat de door een verhuurder verlangde huursom zal samenhangen met het door de verhuurder beoogde rendement over zijn eigendom. Tegen die achtergrond ligt dan voor de hand bij een eventuele rendementsbenadering te werken met een (verondersteld) rendement over de grond(waarde).¹⁶
17. Een aldus aan de grondwaarde en/of het rendement gekoppelde gebruiksvergoeding vergt onvermijdelijk veel (regionaal) maatwerk en komt daarmee, in tegenstelling tot de hiervoor voorgestelde systematiek, bepaald niet tegemoet aan de (terecht) door BZK gestelde

¹⁴ In de praktijk zal dit dan waarschijnlijk ertoe leiden dat in minnelijk overleg een nieuwe opslag op de basisvergoeding zal worden gehanteerd om een rechthebbende te verlokken tot minnelijke overeenstemming.

¹⁵ Consultatieversie Invoeringsregeling Omgevingswet, deel 6, p. 67-68.

¹⁶ Een tijdens de klankbordsessie ook wel geopperde mogelijkheid om voor het rendement aansluiting te zoeken bij het (veronderstelde) rendement van de initiatiefnemer lijkt een heilloze weg. Die methode heeft op geen enkele wijze aansluiting met hoe in andere situaties (zoals dus: huur) gebruiksvergoedingen worden begroot, en zal bovendien de complexiteit van de toepassing enkel nog vergroten, nu dan per initiatiefnemer (periodiek) het ‘rendement’ zal moeten worden bepaald (dat in sommige jaren overigens ook negatief kan zijn).

randvoorwaarden dat de vergoeding transparant, betrekkelijk eenvoudig toepasbaar, objectief bepaalbaar en uitvoerbaar moet zijn.

18. Een met gebruikmaking van de factoren grondwaarde en/of rendement vormgegeven model kan (dus) enkel (behoorlijk) functioneren wanneer verregaande standaardisering wordt betracht.¹⁷ Voor wat het rendement betreft: binnen het nauw aan de gedoogplichten verwante onteigeningsrecht worden doorgaans ‘vaste’ (langjarige) rendementen gehanteerd (voor agrarische grond bijvoorbeeld 4%¹⁸). Het ligt voor de hand bij die praktijk aansluiting te zoeken.
19. In deze benadering zou - bij wijze van voorbeeld - een agrarische grondwaarde van EUR 6/m² en een realistisch langjarig rendement van 4% bij een gebruiksfactor van 100 leiden tot een gebruiksvergoeding van EUR 2.400/ha. Die uitkomst valt gemiddeld lager uit dan de uitkomst die zou worden behaald via toepassing van de LTO-tarievenlijst, te meer nu in dit model vergoedingscomponenten zoals de efficiëntiepremie geheel geen rol spelen. Via een dergelijke aanpak benaderd, levert de introductie van de wettelijke gebruiksvergoeding een rechthebbende dus weinig extra's op.

IV. Relatie tussen gebruiksvergoeding en schadevergoeding

20. Het amendement Bisschop/Ronnes laat (enkel) ruimte voor een gebruiksvergoeding voor zover die vergoeding niet (al) is begrepen in de schadevergoeding.
21. In de in dit position paper voorgestane invulling van de gebruiksvergoeding leidt zulks niet tot problemen: de meewerkvergoeding is een vergoeding die wordt betaald ‘on top of’ de schadevergoeding, en ziet derhalve louter op componenten die niet al in de schadevergoeding zijn verdisconteerd. In zoverre leidt die benadering dus nooit tot interferentie tussen gebruiksvergoeding en schadevergoeding.
22. Dat is bepaald anders in de benadering die in de consultatieversie van de Invoeringsregeling Omgevingswet wordt voorgestaan, en waarbij rendement - dus: opbrengend vermogen - een belangrijke rol speelt. Bij geëxploiteerd vastgoed bepaalt het rendement immers het inkomen en is het (te verwachten) rendement van significante invloed op de waarde.¹⁹ Er bestaat dan een nadrukkelijk verband tussen een gebruiksvergoeding en een eventuele schadevergoeding: die twee vergoedingen zijn communicerende vaten.

¹⁷ Het lijkt in elk geval praktisch niet werkbaar om in elk voorkomend geval individueel grondwaarde en rendement, alsmede de gebruiksfactor te berekenen. Die gebruiksfactor zal noodzakelijkerwijs van geval tot geval moeten worden bepaald, maar de factoren grondwaarde en rendement zullen ‘tabelmatig’ moeten worden vastgesteld.

¹⁸ In het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken wordt als vuistregel al sinds jaar en dag gewerkt met de vuistregel dat agrarische grond een gemiddeld langjarig rendement van 4% genereert. Aldus bijvoorbeeld A-G Van Oven in zijn conclusie voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:695, ECLI:NL:PHR:2017:85, randnrs. 342-345.

¹⁹ Waarbij dan uitgangspunt is dat het gaat om vastgoed dat zijn hoogste waarde ontleend aan (voortzetting van) die exploitatie.

23. Ingeval een gebruiksvergoeding voorziet in een betaling die ten minste gelijk is aan het aan het gebruik van de grond in kwestie ontleende rendement (en inkomen), dan is van inkomensschade immers in beginsel geen sprake (meer).²⁰
24. Indien een gebruiksvergoeding voorziet in een betaling van een vooraf bepaald en verzekerd rendement zal voor wat betreft de belemmerde grond²¹ in veel gevallen van waardevermindering geen sprake zijn. De grond in kwestie heeft dan immers vanuit het perspectief van rendement een opbrengend vermogen dat gelijkwaardig is aan het opbrengend vermogen van vergelijkbare grond zonder belemmering.
25. De introductie van een gebruiksvergoeding gerelateerd aan rendement doet dus niet alle aanspraken op schadevergoeding verdampen, maar heeft wel een significant beperkend effect op aard en omvang van die aanspraken.
26. Het amendement benadert overigens de schadevergoeding vanuit de gebruiksvergoeding. Dat is echter de omgekeerde - systematisch eigenlijk onjuiste en daarom onnodig complexe - route. Die leidt er dan toe dat bij een rendementsbenadering van de gebruiksvergoeding die vergoeding al in significante mate zal zijn begrepen in de schadevergoeding.

V. Slotsom

27. De meest gerede invulling van de 'redelijke gebruiksvergoeding' is om deze gelijk te stellen met de meewerkvergoeding(en) zoals die zijn opgenomen in de LTO-tarievenlijst. Een rechthebbende zal dan ook ingeval een gedoogplicht wordt opgelegd, aanspraak hebben op zowel een schadevergoeding als een eenmalige meewerkvergoeding (die laatste wordt dan 'gebruiksvergoeding' genoemd).
28. Een dergelijke benadering volgt als vanzelf uit het oogmerk van het amendement Bisschop/Ronnes (en het amendement Van Tongeren, waarop Bisschop/Ronnes voortbouwen). Bovendien leidt deze benadering tot een eenvoudig hanteerbaar systeem, waarbij geen interferentie dreigt tussen schadevergoeding en gebruiksvergoeding.

²⁰ Dat zou anders kunnen liggen als de vergelijking niet langjarig, maar van jaar tot jaar wordt gemaakt. Dan zou het veronderstelde langjarige rendement in enig jaar ten achter kunnen blijven bij het mogelijke rendement in dat specifieke jaar. Dat 'gemis' zou dan nog als aanvullende (schade)vergoeding kunnen worden uitgekeerd.

²¹ Waardevermindering van een perceel (of complex van percelen) kan dan wel nog aan de orde zijn wanneer de belemmering bijvoorbeeld ertoe leidt dat de eenheid van twee delen wordt doorbroken en bijvoorbeeld moet worden omgereden om vanuit het ene deel het andere te bereiken.

POSITION PAPER

I. Achtergrond

1. Velin, Vewin en Nogepa hebben kennis genomen van het (door Deloitte uitgevoerde) 'Onderzoek uitwerking gebruiksvergoeding bij gedoogplichten' van 27 februari 2020, alsmede de concepttekst (met toelichting) voor afdeling 14 van de Aanvullingsregeling Omgevingswet betreffende de 'redelijke gebruiksvergoeding'. Zij zien aanleiding om (beknopt) schriftelijk op deze documenten te reageren.
2. Voor Velin, Vewin en Nogepa zijn in een regeling betreffende een redelijke gebruiksvergoeding twee zaken van groot belang: de regeling moet eenvoudig uitvoerbaar zijn (en dus niet aanleiding geven tot veel discussies en procedures, en daarmee hoge transactiekosten) en de regeling mag niet leiden tot een (significante) toename van kosten (ten opzichte van het huidige kostenniveau). Hierbij wordt opgemerkt dat een gedoogplicht enkel kan worden opgelegd in geval van werken van algemeen belang (ook als dat werk commercieel van karakter is). Het mag redelijkerwijs niet het (bijkomend) effect van de introductie van een aanspraak op een redelijke gebruiksvergoeding zijn dat werken van algemeen belang niet worden gerealiseerd vanwege de omvang van de uit te keren gebruiksvergoedingen.
3. Mede vanuit dit perspectief hebben zij in hun position paper van maart 2020 ([bijlage](#)) beargumenteerd bepleit om de redelijke gebruiksvergoeding gelijk te stellen aan de (eenmalige) meewerkvergoeding(en) conform de LTO-tarievenlijst, omdat een dergelijke benadering leidt tot een eenvoudig toepasbaar, transparant en fair systeem met minimale transactiekosten en zonder interferentie met bestaande aanspraken op schadevergoeding (waardoor die gebruiksvergoeding ook daadwerkelijk 'bovenop' de schadevergoeding komt).

In onderhandelingen ter voorkoming van oplegging van een gedoogplicht zal dan uiteraard aan de zijde van een initiatiefnemer de bereidheid moeten bestaan om naast de schadevergoeding en de (eenmalige) gebruiksvergoeding (die dan wat omvang betreft correspondeert met de huidige meewerkvergoeding) een (nieuwe) meewerkvergoeding te (gaan) betalen.

4. Velin, Vewin en Nogepa constateren dat hun voorkeursvariant niet voorkomt tussen de door Deloitte geformuleerde varianten, maar de variant van een vast bedrag per (vierkante of strekkende) meter die voorkeursvariant het meest benaderd, waarbij zij dan ook in die variant uitgaan van een eenmalige vergoeding waarvan het niveau in zijn totaliteit het niveau van de huidige meewerkvergoeding niet overstijgt.

II. Onderzoek uitwerking gebruiksvergoeding bij gedoogplichten

5. Het onderzoek van Deloitte identificeert twee voorkeursvarianten. De ene variant behelst (zoals al opgemerkt) een gebruiksvergoeding die bestaat uit vast bedrag per vierkante of strekkende meter. De andere variant gaat uit van een gebruiksvergoeding als afgeleide van de marktwaarde van de grond.
6. Deloitte opteert uiteindelijk voor die laatstgenoemde variant, kennelijk (zie p. 48 van het Onderzoek) omdat 'representativiteit' (waarmee wordt bedoeld dat de redelijke vergoeding representatief zou moeten zijn voor economisch voordeel aan de zijde van de initiatiefnemer) een voor Deloitte zwaardere wegingsfactor is dan de factoren transparantie, eenvoud, objectiviteit en administratieve lasten. Op de factoren eenvoud en administratieve lasten scoort de variant van een vast bedrag per meter juist beter. Anders gezegd: als 'representativiteit' *niet* (van Deloitte) een zwaarder gewicht zou hebben (gekregen) dan de andere wegingsfactoren, dan zou laatstgenoemde variant de voorkeursvariant zijn geworden.
7. De reden waarom Deloitte aan de factor representativiteit een zwaarder gewicht toekent, kan niet overtuigen. Kennelijk (zie opnieuw p. 48) wordt die keuze gemotiveerd door de interpretatie die Deloitte geeft aan het aspect 'redelijkheid' (van het begrip 'redelijke gebruiksvergoeding') in combinatie met de verwachting dat het aantal gevallen waarin een redelijke gebruiksvergoeding moet worden betaald beperkt zal blijven.
8. Haar interpretatie van 'redelijkheid' is (zo schrijft Deloitte) ingegeven door een tweetal 'observaties', namelijk aan de ene kant de (volgens Deloitte bestaande) 'gedachte' achter het amendement Bisschop/Ronnes dat rechthebbenden moeten delen in het rendement van commerciële initiatiefnemers en aan de andere kant de 'vastgoedpraktijk' die bij vergoedingen voornamelijk marktwaarde als basis hanteert.

De door Deloitte genoemde 'gedachte' achter het amendement Bisschop/Ronnes kan redelijkerwijs niet in de tekst van en toelichting op dat amendement worden gelezen. Zoals in het position paper (randnrs. 6 t/m 9) al (onderbouwd) is beargumenteerd, is de gedachte achter het amendement (voor wat betreft de nadere uitwerking/vaststelling van de gebruiksvergoeding) het zoeken van aansluiting bij de wijze van totstandkoming van de bestaande regeling in de Mijnbouwwet, die beoogde een 'bestaande praktijk' voortaan wettelijk te verankeren, en niet een geheel nieuw systeem op te tuigen.

De (door Deloitte) beoogde aansluiting bij de bepaling van aan de grondwaarde ontleende gebruiksvergoedingen - het aansluiten bij de 'vastgoedpraktijk' - miskent dat in al die gevallen naast de gebruiksvergoeding niet ook schadevergoeding wordt betaald (iets waarop hieronder nog in ander verband wordt teruggekomen).

De interpretatie van het begrip 'redelijke' door Deloitte is dus bepaald niet evident.

9. De veronderstelling dat een bepaalde regeling slechts in (zeer) weinig gevallen zal worden toegepast, kan redelijkerwijs geen (goede) reden zijn om eenvoud en kostenvriendelijke toepasbaarheid ten achter te stellen bij een vage notie van redelijkheid. De veronderstelling berust bovendien op drijfzand. Er hoeft na inwerkingtreding van de nieuwe regeling maar een omvangrijk werk te worden uitgevoerd dat onder de reikwijdte van die regeling valt en al de vragen die deze regeling oproept (waarover hieronder nader) zullen in volle omvang in een veelheid van kostbare procedures aan de oppervlakte komen.

N.B.: Als de nieuwe regeling ook zou gaan gelden voor situaties waarin al een gedoogplicht is opgelegd, zou dat bereik overigens nog (veel) groter kunnen zijn. Dat klemt te meer nu dan naar verwachting sprake zal zijn van een reflex-werking op bestaande zakelijk recht-overeenkomsten: grondeigenaren met wie minnelijk is gecontracteerd, zullen dan waarschijnlijk gaan trachten om (ook, alsnog) een redelijke gebruiksvergoeding te verkrijgen.

10. De keuze om de factor representativiteit zwaarder te laten wegen dan de andere factoren kan dus niet overtuigen. Waar sprake is van het ontwerpen van een generieke regeling die in potentie in een veelvoud van gevallen en in lengte van jaren moet worden toegepast, lijken eenvoud en kostenvriendelijke toepasbaarheid van ten minste zo grote waarde als representativiteit. Dat klemt te meer nu in de uitwerking van het advies van Deloitte in de conceptregeling van die beoogde representativiteit weinig resteert. Het veronderstelde voordeel van de initiatiefnemer vindt geen reflectie in de in dat verband ontworpen formule.
11. Feitelijk scoort de voorkeursvariant van Deloitte op deze factor gelijk aan de variant 'vast tarief'. Toch kleurt Deloitte de voorkeursvariant oranje (neutraal), terwijl het vast tarief verder ongemotiveerd oranje/rood (neutraal/negatief) wordt gekleurd (een kleurvariant die in de bijbehorende legenda niet eens figureert). Opvallend daarbij is ook dat beide varianten (2 en 4, zie p. 54) overall gelijk worden gescoord, namelijk oranje c.q. neutraal. De (niet overtuigend onderbouwde) weging van de factor is dus evident van doorslaggevend belang voor de uiteindelijke keuze van de voorkeursvariant.
12. Verder valt op - zoals in het position paper ook al is onderkend - dat in het onderzoek van Deloitte geen enkele aandacht wordt besteed aan het schadevergoedingsregime bij oplegging van gedoogplichten, en evenmin aan de relatie tussen de redelijke gebruiksvergoeding en de schadevergoeding. Dat wreekt zich in de conceptregeling, zoals hierna zal worden toegelicht.

III. Conceptregeling en -toelichting

13. De conceptregeling gaat uit van een redelijke gebruiksvergoeding die wordt bepaald via de formule grondoppervlak maal grondwaarde maal jaarlijks rendement (dat forfaitair op 2% wordt gesteld).

14. De grondoppervlak wordt gedefinieerd als de ‘oppervlakte in vierkante meter van de onroerende zaak waarop de gedoogplicht rust’. Die onroerende zaak (een kadastraal perceel) kan wel meerdere hectares groot zijn, terwijl slechts een veel kleinere oppervlakte door het werk (ten behoeve waarvan de gedoogplicht wordt opgelegd) wordt bestreken. Volgens de toelichting heeft de gebruiksvergoeding dan ook enkel betrekking op dat deel van de grond dat niet of slechts deels kan worden gebruikt als gevolg van de gedoogplicht. Het verdient de voorkeur deze (terechte) beperking in oppervlakte duidelijker tot uitdrukking te brengen in de tekst van de regeling dan thans het geval is.
15. De grondwaarde wordt bepaald aan de hand van de prijs die tussen een redelijk handelende koper en verkoper voor de onroerende zaak in het vrije economische verkeer zou zijn overeengekomen. De toelichting suggereert dat dit een eenvoudige exercitie zal zijn, maar de ervaringen uit bijvoorbeeld het onteigeningsrecht (waar een vergelijkbaar criterium wordt gehanteerd om de werkelijke waarde te begroten) laten zien dat over een dergelijke waardering bepaald verschillend kan worden gedacht en uitvoerig kan worden geprocedeerd. Het betreft hier bepaald geen invuloefening.

N.B.: Gepoogd is om een vergelijking te maken tussen hetgeen in een willekeurig project onder de huidige regeling zou moeten worden betaald aan schadevergoeding en meewerkvergoeding en wat onder de nieuwe regeling zou moeten worden betaald aan schadevergoeding en gebruiksvergoeding, maar het bleek niet mogelijk om dit op enigszins realistische wijze goed in kaart te brengen. Daarmee is de feitelijke complexiteit van deze regeling al helder geïllustreerd.
16. Dit gebrek aan eenvoud en transparantie leidt ook tot een gebrek aan voorspelbaarheid. Voor initiatiefnemers is het nagenoeg onmogelijk om voorafgaand aan de uitvoering van een werk van algemeen belang adequaat in te schatten welke bedragen zij moeten reserveren voor de redelijke gebruiksvergoedingen. Dit kan de uitvoering van dergelijke werken ernstig belemmeren.
17. Verder werkt een aan de grondwaarde gekoppelde gebruiksvergoeding ongewenst strategisch gedrag van initiatiefnemers in de hand. Zo zullen initiatiefnemers bijvoorbeeld gaan zoeken naar tracévarianten die zoveel mogelijk door gronden met een lage waarde lopen (liever een natuurgebied dan een agrarisch gebied of industriegebied), of kan op verzoek van de klant levering van industriewater vervangen door drinkwater om zo de gebruiksvergoeding te ontlopen. Die problemen doen zich niet voor bij de door Velin, Vewin en Nogepa voorgestane variant.
18. De benadering zoals voorgesteld in de conceptregeling zal bovendien leiden tot ongelijkheid tussen grondeigenaren. In geval bijvoorbeeld een leiding wordt aangelegd door zowel stedelijk gebied als buitengebied zullen de eigenaren van meer waardevolle gronden in stedelijk gebied volgens de voorgestelde formule een aanzienlijk hogere gebruiksvergoeding ontvangen dan de eigenaren van minder waardevolle gronden in het buitengebied, terwijl het

economisch voordeel voor de initiatiefnemer (waarvoor de gebruiksvergoeding volgens de concepttoelichting representatief zou moeten zijn) in beide gevallen exact hetzelfde is. Dat verschil in behandeling - die ongelijkheid - lijkt op geen enkele manier te rechtvaardigen (en wordt in de concepttoelichting ook niet gerechtvaardigd).

N.B.: Ter voorkoming van misverstand wordt opgemerkt dat de (wel) relevante verschillen tussen grondeigenaren (en hun eigendommen) al worden geëgaliseerd door de vergoeding van hun schade: waardevermindering van hun eigendom en verlies aan inkomen wegens verminderde bruikbaarheid van die eigendom worden vergoed. Als die schade via vergoeding is weggenomen, is voor wat betreft de redelijke gebruiksvergoeding sprake van een gelijke uitgangspositie, hetgeen dan een gelijke vergoeding indiceert.

19. Artikel 14.2 lid 4 bepaalt dat in geval ook een gebruiksvergoeding is verschuldigd aan een andere rechthebbende dan de eigenaar, die vergoeding in mindering komt op de vergoeding voor de eigenaar. Volgens lid 5 wordt die vergoeding voor een andere rechthebbende bepaald 'naar rato van de aard' van diens recht en de belemmerde oppervlakte waarop die rechthebbende een recht heeft.
20. Op basis van de tekst van wet en conceptregeling lijkt de veronderstelling gerechtvaardigd dat het de initiatiefnemer is die de gebruiksvergoeding moet betalen aan de grondeigenaar en eventuele andere rechthebbenden. In paragraaf 6.1 van de concepttoelichting wordt evenwel opgemerkt dat de grondeigenaar een redelijke gebruiksvergoeding moet betalen aan overige rechthebbenden. Die opmerking lijkt dus onjuist.
21. De wijze van omgang met deze zelfstandige aanspraak op een gebruiksvergoeding van een eventuele rechthebbende/niet-eigenaar is andermaal een bron van onzekerheid en potentieel conflict. Zo blijft onduidelijk in welke verhouding ('rato') de gebruiksvergoeding moet worden verdeeld tussen bijvoorbeeld een eigenaar en een pachter of een eigenaar en een huurder van onbebouwde grond. Moet het recht van de pachter dan als sterker worden aangemerkt dan dat van een huurder (hetgeen voor de hand ligt), en op welk percentage kunnen de pachter, respectievelijk de huurder dan aanspraak maken? Niet ondenkbaar is verder dat een initiatiefnemer ongewild wordt betrokken in een conflict tussen een eigenaar en een beweerdelijk rechthebbende. Regeling en toelichting geven onvoldoende rekenschap van deze reële complicaties.

IV. Relatie tussen gebruiksvergoeding en schadevergoeding

22. Evenals als in het onderzoek van Deloitte wordt in de concepttoelichting nauwelijks aandacht besteed aan de relatie tussen de redelijke gebruiksvergoeding en de schadevergoeding. Aan het slot van paragraaf 4.1 van de concepttoelichting wordt ter zake opgemerkt dat de rechthebbende de gebruiksvergoeding ontvangt 'bovenop' de schadevergoeding als in die schadevergoeding geen gebruiksvergoeding is inbegrepen.

23. De veronderstelling dat de gebruiksvergoeding ‘bovenop’ de schadevergoeding wordt uitgekeerd, ziet eraan voorbij dat de wettelijke aanspraak op een gebruiksvergoeding van de aard en omvang zoals voorgesteld in de conceptregeling (namelijk: een periodieke vergoeding gerelateerd aan de grondwaarde) ertoe zal leiden dat van separaat te vergoeden schade in de meeste gevallen nagenoeg niets zal resteren.
24. Zoals hiervoor al is vermeld, bestaat die schade in de meeste gevallen uit een component waardevermindering en een component inkomensschade. In geval de oplegging van een gedoogplicht van rechtswege gepaard gaat met een (wettelijke) aanspraak op een gefixeerd rendement van (nu) 2%, dan genereert de grond in kwestie in de meeste gevallen een (gegarandeerd) rendement dat nagenoeg gelijk is aan het rendement voorafgaand aan de oplegging van die gedoogplicht. In dat geval zal die grond zijn waarde eerder behouden, dan verliezen. Daarenboven maakt dat gegarandeerde rendement dat van enig inkomensverlies niet of nauwelijks meer sprake zal zijn. De ingevolge de conceptregeling in de toekomst te hanteren volgorde zal dus niet zozeer zijn het vaststellen van een schadevergoeding om die vervolgens te verhogen met een gebruiksvergoeding, maar het bepalen van de gebruiksvergoeding om vervolgens te bezien welke te vergoeden schade met inachtneming op de aanspraak op een gebruiksvergoeding nog resteert.
25. Dit onvoldoende doordenken van de relatie tussen de gebruiksvergoeding en de schadevergoeding wordt ook geïllustreerd door de passage in paragraaf 5.1 van de concepttoelichting waar wordt opgemerkt dat de rechtvaardiging voor de gebruiksvergoeding is gelegen in het feit dat de rechthebbende geheel of gedeeltelijk geen gebruik kan maken van zijn grond, die hij dus niet kan aanwenden voor andere doeleinden. Het is in de huidige praktijk exact die omstandigheid die aanleiding geeft voor het toekennen van een schadevergoeding. Deze passage bevestigt dus de juistheid van de voormelde opvatting dat de redelijke gebruiksvergoeding de schadevergoeding in belangrijke mate zal absorberen (zoals ook al in het position paper is voorgehouden).
26. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is dit nu juist een effect dat de door Velin, Vewin en Nogepa voorgestane wijze van invulling van de redelijke gebruiksvergoeding vermijdt: daar is de eenmalig te betalen vergoeding juist volledig een vergoeding ‘bovenop’ de schadevergoeding.

V. Slotsom

27. Velin, Vewin en Nogepa accepteren de (politieke) wens om onder bepaalde omstandigheden een gedoogplichtige een redelijke gebruiksvergoeding te betalen. Zij achten evenwel niet acceptabel dat in dit verband een complex systeem wordt opgetuigd dat naar redelijke verwachting zal leiden tot hoge transactiekosten en een aanzienlijke verhoging van kosten aan de zijde van initiatiefnemers, waardoor werken van algemeen belang (ongeacht of zij een commercieel karakter hebben) worden bemoeilijkt, of zelfs in het geheel niet meer tot uitvoering komen.

28. Zowel de (onderbouwing van de) keuze voor als de uitwerking van het in de ontwerpregeling neergelegde systeem dat de redelijke gebruiksvergoeding koppelt aan de grondwaarde schiet tekort, zoals hiervoor in detail is toegelicht. Bovendien leidt het tot een interferentie tussen schadevergoeding en gebruiksvergoeding, waarvan in de toelichting en het aan de regeling kennelijk ten grondslag liggende onderzoek onvoldoende rekenschap wordt gegeven.
29. Velin, Vewin en Nogepa handhaven hun pleidooi voor een systeem dat de thans betaalde (eenmalige) meewerkvergoeding(en) 'promoveert' tot redelijke gebruiksvergoeding, zodat ook een rechthebbende aan wie een gedoogplicht wordt opgelegd die vergoeding ontvangt. De consequentie is dan uiteraard dat in het minnelijk traject een nieuwe 'meewerkvergoeding' zal worden ontwikkeld. De voordelen van dit systeem zijn gelegen in eenvoud, transparantie en de handhaving van een aanvaardbaar kostenniveau. Bovendien ontvangt de rechthebbende dan daadwerkelijk een vergoeding 'bovenop' de schadevergoeding.
30. Een mindere - maar werkbare - variant zou zijn de door Deloitte ontwikkelde variant van een vaste vergoeding per (streckende of vierkante) meter, mits (ook) die vergoeding eenmalig is en de omvang van die vergoeding niet leidt tot significante overschrijding van het huidige kostenniveau voor de initiatiefnemers. In dat geval heeft ook die variant de hiervoor genoemde voordelen van de door Velin, Vewin en Nogepa voorgestane variant.
