

Onteigenings - en voorkeursrecht in de Omgevingswet

Inleiding

Het voornemen bestaat om de Onteigeningswet te laten opgaan in de bundeling van 26 wetten die zien op de fysieke leefomgeving en samen één Omgevingswet moeten gaan vormen. Kennelijk zal in het huidige systeem met het onderscheid in onteigeningstitels verdwijnen en kan onteigening slechts plaats vinden ter uitvoering van hetzij het omgevingsplan, hetzij het projectbesluit. Door ook de Wet voorkeursrecht gemeenten in de Omgevingswet op te nemen, ziet de regering verder mogelijkheden tot nadere afstemming tussen de inzet van het voorkeursrecht en de onteigening. Het invoegen van de onteigeningswetgeving in de Omgevingswet zal worden gebruikt om de wet te vereenvoudigen, waarmee invulling wordt gegeven aan de verbeterdoelen van de Omgevingswet.

Zoals de commissie in een eerder advies heeft aangegeven is er vanuit het onteigeningsrecht zelf geen reden om de Onteigeningswet op te nemen in de Omgevingswet. Bovendien zijn ze loten van een verschillende stam: De Omgevingswet is een op bestuursrechtelijke leest geschoeide wet. De Onteigeningswet kent een hybride karakter: het administratieve deel van het onteigeningsrecht kent trekken van bestuursrecht, het gerechtelijke deel is - in beginsel- volledig van privaatrechtelijke aard.

De adviescommissie is recent een presentatie gegeven van een aantal voorgenomen aanpassingen van de regelgeving betreffende het onteigeningsrecht alsook het voorkeursrecht. Dit advies is een weerslag van de discussie in de commissie over deze voorgenomen aanpassingen vanuit het perspectief van de uitvoeringspraktijk. Gegeven de beperkte tijd en het ontbreken van wetsteksten is gekozen voor een advies op meta-niveau. Hierbij is – op verzoek van I&M - met name aandacht voor de rechtsbescherming.

Allereerst volgt de beoordeling van het gepresenteerde voornemen voor het onteigeningsrecht. Voor verschillende aspecten worden daarbij suggesties voor mogelijke verbetering aangereikt. Ook wordt een alternatief stelsel uitgewerkt. Vervolgens wordt een aantal voorstellen toegelicht voor een betere afstemming tussen het onteigening- en voorkeursrecht. Afgesloten wordt met aantal suggesties ter verbetering van de rechtsbescherming in het Voorkeursrecht.

Onteigeningsrecht

1. Opschonen van de regelgeving

De onteigeningswet is een product van decennialange ‘aanbouwwetgeving’ en is daardoor in de loop der tijd een lastig leesbare wet geworden. In het aan de commissie gepresenteerde voorstellen voor aanpassing – hierna kort geduid als het voornemen - worden niet of nauwelijks meer toegepaste artikelen geschrapt en wordt de bestaande regelgeving in wezen ‘bij de tijd’ gebracht.

Dit kan op instemming rekenen bij de commissie. De inzichtelijkheid en overzichtelijkheid van de regelgeving wordt daardoor verbeterd. Dat is een belangrijke winst voor de gebruiker.

2. Opbouw stelsel

In het voornemen worden – waar het gaat om het stelsel van het onteigeningsrecht - drie deelprocedures onderscheiden:

- (i) de procedure voor het omgevingsplan/projectbesluit,
- (ii) de procedure van de onteigening en
- (iii) de procedure tot vaststelling van de schadeloosstelling.

Voor wat betreft de deelprocedures (i) en (iii) worden nauwelijks wijzigingen voorzien. Ruimtelijke regelgeving wordt niet direct geraakt door onteigeningsregelgeving. En de burgerlijke rechter (rechtbank, met enkel cassatieberoep bij de Hoge Raad) blijft de instantie die de volledige schadeloosstelling voor onteigening vaststelt. Voor zover gepresenteerd worden de huidige regels en rechtspraak daarbij behouden.

De commissie signaleert dat die driedeling overeenkomt met de thans bestaande driedeling, waarin eerst moet worden gezorgd voor een voldoende planologische grondslag voor onteigening, vervolgens wordt ingezet op het verkrijgen van een (vervroegd) onteigeningsvonnis en tot slot een oordeel volgt inzake de omvang van de (volledige) schadeloosstelling. Het behoud van die driedeling is prettig en beperkt onduidelijkheid en onrust bij de implementatie van eventuele aanpassingen.

3. Onteigeningsbesluit op basis van concreet Omgevingsplan

De uitvoering van de met de Omgevingswet beoogde mogelijkheid van uitnodigingsplanologie vraagt aandacht voor de verhouding tussen procedures (i) en (ii): Het bestuursorgaan kan voor een gebied, wijk of bedrijventerrein een omgevingsplan vaststellen met een globale uitwerking van mogelijke functies waarbij de locaties van functies niet vast staan. De functies en de locaties worden pas concreet na overleg met initiatiefnemers die ingaan op de uitnodiging om daarvoor met voorstellen te komen. Zoals eerder door de commissie geadviseerd kan een dergelijk globaal omgevingsplan geen basis bieden voor onteigening. Het voor een onteigening noodzakelijk algemeen belang ontstaat pas wanneer de exacte locaties zijn vastgelegd in het omgevingsplan. Dat zal bij dit voorbeeld van uitnodigingsplanologie het daarop volgend, aangepaste (deel) omgevingsplan zijn waarin de locaties en functies concreet zijn vastgelegd. Concrete lokalisering biedt helderheid en rechtszekerheid aan belanghebbenden. In het verlengde hiervan adviseert de commissie dat het onteigeningsbesluit niet eerder mag vastgesteld door het bestuursorgaan dan het moment waarop het omgevingsplan waarin de exacte locaties en functies zijn opgenomen, onherroepelijk is.

4. Onteigeningsbesluit door 'het bestuursorgaan dat het aangaat'.

Het voornemen is om het 'bestuursorgaan dat het aangaat' te laten besluiten over de inzet van het onteigeningsinstrument. De gedachte is dat de onteigening een oorsprong vindt in de wens van een bestuursorgaan om bepaald (in een omgevingsplan of projectbesluit besloten liggend) ruimtelijk beleid tot uitvoering te brengen en het dan wenselijk is dit orgaan het voor die uitvoering soms noodzakelijk onteigeningsbesluit dan ook zelf moet kunnen nemen. In dat voornemen vervalt de rol van de Kroon, die thans het onteigeningsbesluit neemt en in het verleden een (goed)keuringsrecht had ten aanzien van onteigeningsbesluiten van bestuursorganen.

De commissie kan de keuze om het bestuursorgaan 'dat het aangaat' (weer) een centrale positie te geven (en de rol van de Kroon te beëindigen) onderschrijven. Hiermee wordt invulling gegeven aan het subsidiariteitsbeginsel dat in het kader van de Omgevingswet wordt nagestreefd ('decentraal wat kan'). Besluitvorming door een bestuursorgaan – gevolgd door rechterlijke toetsing (waarover hieronder nader) – past beter in het huidige denken over de inrichting van een ideale procedure. Daarbij komt dat de rol en werkwijze van de Kroon door met name de potentieel onteigenden als weinig transparant worden ervaren omdat bilaterale overleggen tussen Kroon en bestuursorgaan plaatsvinden zonder betrokkenheid van de onteigenden. Bij Titel II onteigeningen heeft de potentieel onteigenende soms moeite het onderscheid te zien tussen de onteigenaar (Rijkswaterstaat) en de Kroon (Ministerie I&M).

5. Beroep bij de Bestuursrechter

Conform het voornemen kan tegen het door het bestuursorgaan vastgestelde onteigeningsbesluit binnen zes weken na bekendmaking daarvan in eerste en enige instantie in beroep worden gekomen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, verder genoemd de Afdeling. De rol van de burgerlijke rechter (dus ook van de Hoge Raad) bij de beoordeling van de onteigening (in de zin van de eigendomsontneming) komt daarmee te vervallen. Daadwerkelijke eigendomsovergang zou moeten plaatsvinden op basis van een onherroepelijk onteigeningsbesluit. De notaris zal tot inschrijving van dat besluit moeten overgaan onder de voorwaarde dat ook een proces-verbaal van descente en een bewijs van betaling van het voorschot op de schadeloosstelling aanwezig is. De commissie heeft begrip voor de wens om in een op de Algemene wet bestuursrecht geschoede wet als de Omgevingswet zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de regels van het bestuursrecht. In dat licht past het ook om de onteigeningsprocedure via een beroep tegen een besluit te laten eindigen bij de Afdeling.

6. Tussenkomst rechter

In het voornemen zal de Afdeling slechts op initiatief van de onteigende het onteigeningsbesluit toetsen. Het is daarmee denkbaar dat een burger die – mogelijk: onbewust – de beroepstermijn van zes weken laat verstrijken, wordt geconfronteerd met eigendomsverlies zonder enige voorafgaande rechterlijke bemoeienis. Daarmee wordt de mogelijkheid geïntroduceerd dat iemand zijn eigendom verliest louter en alleen op basis van een besluit van het bestuursorgaan dat die eigendom wenst te verkrijgen, zonder dat een rechter zich over dat besluit heeft uitgelaten. In het huidige systeem kan eigendom pas overgaan na verkrijging van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hetgeen borgt dat geen eigendomsovergang kan plaatsvinden zonder rechterlijke toets. Voorbij 175 jaar was het bestuursorgaan dat tot planuitvoering wil komen aan enige 'bovengestelde' instantie (de Kroon, de rechter) vraagt of tot onteigening kan worden gekomen. Daarbij diende het bestuursorgaan zelf de inzet van de onteigening te verantwoorden. In het voornemen daarentegen is het aan de burger om

zelf met kracht van argumenten die onteigening te bestrijden. De mogelijkheid tot onteigening zonder tussenkomst van de rechter stuit op principiële bezwaren bij de commissie.

Mogelijke verbetering: In de wet kan een provisie worden opgenomen die ertoe strekt dat de Afdeling in alle onteigenings situaties het onteigeningsbesluit op verzoek van het onteigende bestuursorgaan dient te toetsen of goed te keuren. Nadeel van deze ‘oplossing’ is dat deze niet past binnen het huidige systeem van de Awb, noch bij de huidige taakinvulling van de Afdeling.

7. Ambtshalve toets van de rechter op formaliteiten

In aansluiting op het principiële probleem van de mogelijkheid dat de onteigening geschiedt zonder enige rechterlijke bemoeienis, moet vastgesteld dat in het voornemen ook een ambtelijke toets van de rechter op formaliteiten ontbreekt.

Mogelijke verbetering: In de wet kan een provisie worden opgenomen die ertoe strekt dat de Afdeling in alle onteigenings situaties het onteigeningsbesluit op verzoek van het onteigende bestuursorgaan dient te toetsen of goed te keuren op de formaliteiten. Nadeel van deze ‘oplossing’ is dat deze niet past binnen het huidige systeem van de Awb, noch bij de huidige taakinvulling van de Afdeling.

8. Waarborg kennisneming onteigeningsprocedure

In het voornemen ontbreekt een waarborg dat in elk geval de eigenaar niet kan worden onteigend zonder dat hij kennis heeft van de onteigeningsprocedure. Daarvoor bevat de onteigeningswet thans diverse waarborgen. Enerzijds moet de eigenaar per exploit worden opgeroepen om in de procedure te verschijnen. Anderzijds kan een onteigeningsvonnis dat ondanks voornoemde oproeping bij verstek is gewezen pas worden ingeschreven in de openbare registers nadat betekening van het verstekvonnis in persoon heeft plaatsgevonden (waarna dan nog voor de onteigende de mogelijkheid van verzet bestaat).

Mogelijke verbetering: De belanghebbende zou in het kader van de uov-procedure bij deurwaardersexploot mededeling moeten worden gedaan van (de ter visielegging van) het ontwerpbesluit en nadat het onteigeningsbesluit door het bestuursorgaan is genomen moet het in persoon aan de onteigende worden betekend (met vermelding van de beroepsmogelijkheid). De beroepstermijn gaat dan pas in vanaf het moment van betekening. Uiteraard kan die betekening in persoon in voorkomende gevallen wel tot de nodige vertraging leiden.

9. Waarborg rechten overleden of in buitenland woonachtige eigenaar.

In het voornemen is niet voorzien in een waarborg van de behartiging van de belangen in geval de eigenaar in het buitenland woonachtig is of overleden is. De wet schrijft thans voor dat ter behartiging van de belangen van die eigenaar een zogenaamde “derde” moet worden benoemd. Binnen het systeem van het bestuursrecht is niet goed voorstelbaar hoe een dergelijke provisie moet worden ingepast.

Mogelijke verbetering: Voorafgaand aan de ter inzage legging van het ontwerpbesluit tot onteigening zal op enigerlei wijze een derde moeten worden benoemd. Dat kan geschieden door ofwel het bestuursorgaan, ofwel via rechterlijke tussenkomst (burgerlijke rechter of Afdeling).

10. Toets minnelijke verwerving

In het voornemen is voorzien in slechts een eenmalige toets of wel voldoende serieuze pogingen zijn gedaan tot minnelijk verwerving van de benodigde grond. In het huidige systeem komt dit tweemaal aan de orde: eerst bij de Kroon voorafgaand aan het nemen van het Koninklijk Besluit en vervolgens bij de rechtbank in het kader van het vervroegd onteigeningsvonnis (art. 17). Die dubbeling kent in de praktijk ook een reëel doel. Voor veel onteigenden geldt dat pas met het Koninklijk Besluit een beeld ontstaat van de onafwendbaarheid van de onteigening op basis waarvan de bereidheid groeit om daadwerkelijk te onderhandelen over de schadeloosstelling. Een substantieel aantal zaken wordt dan ook alsnog geschikt in de fase tussen Koninklijk Besluit en dagvaarding. In het voornemen komt die tweede toets - en daarmee die onderhandelperiode - te vervallen.

Daarenboven komt dat de eerste toets wordt uitgehouden omdat het bestuursorgaan dat de eigen onderhandelingen zou moeten toetsen.

Deze invulling van de toets op minnelijke verwerving raakt het hart van de - in het onteigeningsrecht cruciale - beoordeling van de noodzaak .

Mogelijke verbetering: Indien beroep wordt ingesteld, kan de Afdeling toetsen of het bestuursorgaan voldoende heeft onderhandeld voordat het onteigeningsbesluit is genomen. Mocht die toets negatief uitpakken dan is de commissie van mening dat het onteigeningsbesluit zal moeten worden vernietigd en het onteigenende bestuursorgaan pas een nieuw onteigeningsbesluit kan nemen zodra voldoende is onderhandeld. De commissie ziet geen ruimte voor reparatie van het onteigeningsbesluit via de bestuurlijke lus en/of artikel 6.19 Awb. De mogelijkheid om een zonder noodzaak ingezette onteigening (omdat onvoldoende is onderhandeld) te repareren via de bestuurlijke lus en/of artikel 6.19 Awb, zou immers de deur kunnen openzetten voor het (te) lichtvaardig inzetten van het onteigeningsinstrument.

Voor het vervallen van de tweede toets, dus de onderhandelingen na het onteigeningsbesluit, ziet de commissie geen oplossing, nu het voorgenomen systeem (beroep dient immers te worden ingesteld binnen zes weken) geen enkele ruimte biedt voor het (kunnen) plaatsvinden van die toets.

11. Onteigeningsbesluit verliest generiek karakter

In het systeem van het bestuursrecht zal – zoals thans het geval is – gewerkt worden met een onteigeningsbesluit met een generiek karakter (een lijst met percelen en eigenaren). Dat zou kunnen leiden tot besluiten die deels wel en deels niet onherroepelijk zijn, met alle nadelen van dien. Verder valt dan niet uit te sluiten dat discrepantie ontstaat tussen de door diverse belanghebbenden tegen een en hetzelfde generieke besluit ingestelde rechtsmiddelen en de looptijd van de procedures.

Mogelijke verbetering: De commissie meent dat alleen onteigening via individuele beschikking een begaanbare weg is. Nadeel is hierbij wel dat de werklast en het risico op fouten aan de zijde van het bestuursorgaan toenemen.

12. Toets nieuwe feiten en omstandigheden

Onder het huidige stelsel geldt dat als na het onteigeningsbesluit nieuwe feiten en omstandigheden aan het licht komen die maken dat de onteigening niet meer geschiedt voor het met het besluit beoogde doel, de rechter de onteigening niet dient uit te spreken. Het bestuursorgaan moet dus opnieuw de administratieve procedure doorlopen. Deze toetsing op nieuwe feiten en omstandigheden verdwijnt in het voornemen, indien er geen beroep wordt ingesteld. Indien wel beroep wordt ingesteld zou deze toets bij de Afdeling kunnen worden neergelegd. In het voorgenomen stelsel is dan denkbaar dat in een dergelijk geval de bestuurlijke lus wordt toegepast.

Problematisch is evenwel dat zich hier de hiervoor al beschreven discrepantie tussen beschikkingen kan voordoen. Zo zal een onteigeningsproject doorgaans meerdere dossiers – en dus beschikkingen – omvatten. Indien enkele eigenaren in beroep gaan en enkele berusten in het onteigeningsbesluit ontstaat bij verandering van plannen een situatie waarin het onteigenende bestuursorgaan een gedeelte van het benodigde grondbeslag alsnog zou kunnen binnenhalen via toepassing van de bestuurlijke lus, maar juist ten aanzien van de eigenaren die geen beroep hebben ingesteld opnieuw de primaire besluitvorming moet laten plaatsvinden. Datzelfde probleem zal zich voordoen wanneer lopende het beroep het bestreden besluit wordt gewijzigd of vervangen (art. 6.19 Awb): die aanpassing kan dan niet geschieden ten aanzien van besluiten die inmiddels onherroepelijk zijn geworden door het achterwege blijven van beroep. Als apart nadeel in beide voornoemde gevallen geldt, zoals hiervoor besproken, dat deze op gespannen voet komt te staan met de onderhandelingsstoets en/of de toets inzake zelfrealisatie (omdat voor het nieuwe besluit geldt dat die toets dan niet in de bestuurlijke voorfase heeft plaatsgevonden).

Mogelijke verbetering: Er zou gekozen kunnen worden voor het buiten toepassing blijven van de bestuurlijke lus en artikel 6:19 Awb in onteigeningsgeschillen, indien uit de toets van de Afdeling blijkt dat de onteigening niet meer geschiedt voor het conform het besluit daarmee beoogde doel.

13. Verschoonbare termijnoverschrijding

Ook onder het voornemen vallen situaties van verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn niet op voorhand uit te sluiten. Dat kan serieuze problemen opleveren in geval eigendom al is 'overgeschreven'. De consequenties daarvan kan de commissie nog niet overzien.

Mogelijke verbetering: De wetgever kan ervoor kiezen om de mogelijkheid van beroep op verschoonbare termijnoverschrijding uit te sluiten bij onteigeningsbesluiten. Het risico bestaat dan dat achteraf door een onteigende die het onteigeningsbesluit heeft gemist en in beginsel op verschoonbare wijze de beroepstermijn heeft overschreden dit besluit met succes – met een beroep op de bescherming van art. 1 EP EVRM – bij de burgerlijke rechter aanvecht. Dat laatste zal volgens de commissie niet het geval zijn indien in de wet het hiervoor gesuggereerde voorschrift wordt opgenomen dat het onteigeningsbesluit in persoon wordt betekend en de beroepstermijn pas ingaat vanaf het moment van die betekening.

14. Controle stukken door notaris voor de inschrijving

De notaris zal in het voornemen de onherroepelijkheid van het besluit moeten controleren voordat hij tot inschrijving overgaat. De vraag rijst of de notaris daartoe wel in staat is. Dat klemmt te meer nu van de zijde van partijen de nodige druk op de notaris kan worden uitgeoefend. In het huidige systeem heeft de notaris weliswaar ook een functie bij de eigendomsovergang, maar daar weet hij zich in alle gevallen gedekt door een (onherroepelijk) vonnis (in combinatie met een verklaring van de griffier dat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan of een uitspraak in cassatie tot verwerping van het beroep tegen het vervroegd onteigeningsvonnis).

Mogelijke verbetering: De griffier van de Afdeling zal een verklaring moeten afgeven dat geen beroep is ingesteld. Probleem is evenwel dat de griffier daartoe wel moet kunnen beoordelen in hoeverre de hiervoor beschreven betekeningen in persoon van de appellabele onteigeningsbesluiten op correcte wijze hebben plaatsgevonden. Verder bestaat het risico dat de druk op de griffie aanzienlijk zal zijn nu in elke individuele beschikking moet worden beoordeeld wanneer de betekening in persoon heeft plaatsgevonden en of binnen de zes daarop volgende weken een beroep is ingesteld. Hetzelfde zou overigens gelden voor de notaris als deze controlerende taak bij de notaris zou worden gelegd.

15. Overneming overblijvende

Artikel 38 Ontheffingswet voorziet nu in de mogelijkheid voor de ontheffende om onder voorwaarden via de rechter de ontheffenaar te dwingen meer ‘over te nemen’ dan louter hetgeen die ontheffenaar beoogt te ontheffen. De rechtsgrond voor die overgang van dat meerdere is wat schimmig, maar in de praktijk lost de rechter dit op door ‘te verstaan’ dat ook dat – bij toewijzing van de daartoe strekkende vordering – ook dat meerdere ten titel van ontheffing overgaat (en de waarde daarvan wordt meegenomen in de begroting van de schadeloosstelling voor ontheffing). Niet goed voorstelbaar is hoe een dergelijke vordering aan de Afdeling kan worden voorgelegd, al helemaal niet binnen de reguliere ‘besluitstructuur’ van het bestuursrecht. In de schadeloosstellingsprocedure voor de civiele rechter is voor een dergelijke vordering evenmin plaats, nu het daar nu juist louter nog gaat om bepaling van de schade (en niet om bijkomende vorderingen).

Mogelijke verbetering: De eigenaar moet al in zijn zienswijze naar aanleiding van het ontwerp-besluit tot ontheffing ‘vorderen’ dat het relevante restant van zijn eigendom wordt ‘mee-ontheffend’. Als het bestuursorgaan zulks weigert, dan kan deze kwestie in beroep opnieuw worden opgebracht. Als de Afdeling het betoog honoreert, moet de besluitvorming opnieuw geschieden (omdat de bestuurlijke lus – zie hiervoor – naar het oordeel van de commissie zou moeten worden uitgesloten).

16. Toename beroepen bij de Afdeling

De commissie constateert dat in het huidige stelsel de administratieve kroonprocedure een belangrijke zeefwerking heeft. Na het slaan van het Koninklijk Besluit worden voorafgaand aan dagvaarding nog veel zaken geschikt. De reële verwachting bestaat dat in het voorgenomen stelsel het aantal beroepen zeer aanzienlijk zal zijn. Dat heeft dan als negatieve gevolgen: toenemende druk op de Afdeling, toenemende kosten van het ontheffingsproces en een verlenging van doorlooptijden.

Mogelijke verbetering: Binnen het voorgenomen stelsel ziet de commissie voor dit probleem geen oplossing.

17. Kostenvergoeding

In het huidige systeem voorziet art. 50 Ontheffingswet in een (in beginsel integrale) vergoeding van de kosten van bijstand die de ontheffende maakt. Het gaat hier volgens de rechtspraak van de Hoge Raad om in elk geval kosten van advocatuurlijke bijstand en de kosten van een schadeadviseur, welke zijn gemaakt in zowel de administratieve procedure als de gerechtelijke procedure. In het voorgestelde systeem is onduidelijk hoe met die kosten wordt omgegaan. Meest aannemelijk – want meest in lijn met het bestaande bestuursrechtelijke systeem – is dat in geval het ontheffingstraject eindigt met een Afdelingsuitspraak het ook de Afdeling is die op basis van het bestaande forfaitaire systeem een uitspraak doet over vergoeding van kosten. Evident is dat daardoor een enorme verschraving zou optreden en het door de wetgever tot op heden beoogde ‘level playing field’ in ontheffingsgeschillen aanmerkelijk wordt verstoord.

Mogelijke verbetering: Het opnemen van een van het generieke bestuursrecht afwijkende regeling inzake de kosten van bijstand op de leest van het huidige art. 50 Ontheffingswet. Het past dan het best dat de civiele rechter aan het eind van de schadeloosstellingsprocedure – net als nu het geval is – die kosten beoordeelt en eventueel toewijst.

Balans beoordeling van het voornemen onteigeningsprocedure

De commissie heeft het gepresenteerde voornemen tot aanpassing van de onteigeningsprocedure op basis van haar ervaring in de uitvoeringspraktijk beoordeeld en de voornaamste, niet-limitatieve knelpunten geïnventariseerd. De eerste conclusie is dat het voornemen de rechtsbescherming van de onteigende op onaanvaardbare wijze zou uithollen. Deze zijn deels te ondervangen met de hierboven vermelde verbeteringen. Niet voor alle gesignaleerde knelpunten zijn echter werkbare oplossingen gevonden. Bovendien resulteert het doorvoeren van de beschreven verbeteringen ertoe dat het geheel van onteigeningsregels in de Omgevingswet in sterke mate gaat afwijken van het normale systeem van de Awb. Het geheel aan – noodzakelijke – verbeteringen heeft daarmee een dermate denaturerend effect op de bestuursrechtelijke procedure, dat naar de mening van de commissie een a-typische procedure zou resteren. Het wordt er al met al – ten opzichte van het bestaande stelsel – zeker niet ‘eenvoudig en beter’ op.

Wellicht ten overvloede, de bovenvermelde knelpunten kunnen naar haar oordeel ook niet worden weggenomen door tegen het onteigeningsbesluit beroep bij de bestuursrechter open te stellen in twee instanties

Alternatief onteigeningsprocedure

De analyse van de commissie is dat juist dat streven naar de inpassing in het bestuursrecht hetgeen is waar de schoen wringt. De commissie meent dat een alternatieve vervolgroute denkbaar is met een centrale rol voor het bestuursorgaan dat het aangaat en zonder dat wordt aangelopen tegen de hiervoor beschreven knelpunten. De commissie meent dat dit alternatief (ook) ten opzichte van het bestaande systeem een vereenvoudiging en verbetering betekent. De hoofdtekken van het alternatief zijn de navolgende:

- Zoals in het voornemen neemt het bestuursorgaan ‘dat het aangaat’ een besluit tot onteigening met toepassing van de uov. Het besluit wordt toegezonden aan belanghebbenden en gepubliceerd in de Staatscourant. Het besluit heeft een geldigheidsduur van twee jaar. In tegenstelling tot het voornemen staan tegen dat besluit geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open.
- Na het besluit vinden minnelijke onderhandelingen plaats. Art. 17 Onteigeningswet (onderhandelingsplicht na onteigeningsbesluit) blijft gehandhaafd.
- De onteigende worden gedagvaard voor de rechtbank, binnen 2 jaar. Als productie bij de dagvaarding moet worden overgelegd het onteigeningsbesluit, alsmede bewijs van publicatie en bewijs van laatste aanbod.
- De rechtbank toetst ambtshalve (i) of de formaliteiten zijn nageleefd (zowel in de administratieve als in de gerechtelijke fase), en toetst *enkel desgevraagd* (ii) of voldoende is onderhandeld, (iii) of sprake is van voldoende urgentie, (iv) of er ruimte is voor zelfrealisatie en (v) of er anderszins sprake is van noodzaak tot onteigening. Voor de elementen (iii), (iv) en (v) geldt dat die enkel aan de orde kunnen komen als daaraan al in de zienswijzen aandacht is besteed.
- De rechtbank spreekt de (vervroegde) onteigening uit en bepaalt een voorschot op de schadeloosstelling.

- Tegen het vonnis van de rechtbank staat enkel – binnen vier weken - beroep in cassatie open. Het afleggen van een voorafgaande cassatieverklaring komt te vervallen.
- De bestaande procedures tot inschrijving van de onteigening en de vaststelling van de schadeloosstelling blijven ongewijzigd ten opzichte van de vigerende onteigeningswet.

Het alternatief kenmerkt zich door een hybride karakter (deels bestuursrecht, deels civiel recht), maar daarin verschilt het niet van het huidige systeem dat als bijna 175 jaar naar tevredenheid functioneert. In het voornemen is ook sprake een hybride karakter omdat de burgerlijke rechter een rol behoudt bij de vaststelling van de schadeloosstelling.

Deze alternatieve route kent ten opzichte van het voornemen belangrijke voordelen als een kortere doorlooptijd (van zes tot acht maanden, met een verdubbeling in geval van cassatieberoep) en een minder ingrijpende verandering ten opzichte van het huidige systeem. En - vooral ook- het voorkomt onteigening zonder rechtelijke betrokkenheid. Ook andere bij het voornemen gesignaleerde problemen doen zich niet of nauwelijks voor: De thans bestaande waarborgen voor kennisneming van de onteigeningsprocedure (de eigenaar moet per exploit worden opgeroepen in de procedure te verschijnen; het onteigeningsvonnis dat bij verstek is geweest, kan pas worden ingeschreven nadat dit in persoon is betekend) blijven bij het alternatief gehandhaafd, zodat dit nadeel zich niet voordoet. Datzelfde geldt voor de belangen van een overleden of een in het buitenland woonachtige eigenaar die kunnen worden behartigd door een door de rechtbank te benoemen ‘derde’. Met de verplichte bemoeienis van de rechter vindt ook de ambtshalve toets van de rechter op formaliteiten plaats. Daarbij geldt dat het op verzoek van de onteigenende bestuursorgaan inschakelen van de burgerlijke rechter om het onteigeningsbesluit te toetsen, op zich wel past binnen het systeem van de civielrechtelijke rechtspleging. Genoemd verzoek zou bovendien, net als dat nu het geval is, tevens het startschot kunnen zijn voor de procedure tot vaststelling van de schadeloosstelling. De burgerlijke rechter kan toetsen of vóór het onteigeningsbesluit voldoende is onderhandeld. Daarnaast kan ook de onderhandelingsplicht na het onteigeningsbesluit (artikel 17) worden gehandhaafd en door de burgerlijke rechter worden getoetst. Dat geldt ook voor nieuwe feiten en omstandigheden die maken dat onteigening niet meer geschiedt voor het beoogde doel. Dit kan op dezelfde wijze als in het bestaande systeem. Nu het alternatief uitgaat van een verplichte rechtsgang langs de burgerlijke rechter, doet het probleem van de verschoonbare termijnoverschrijding zich hier niet voor. De notaris zal zich bij de inschrijving, net als in het bestaande systeem, in alle gevallen gedekt zien door een (onherroepelijk) vonnis (in combinatie met een verklaring van de griffier dat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan of een uitspraak in cassatie tot verwerping van beroep tegen het vervroegde onteigeningsvonnis). De vraag of de onteigende overheid verplicht is het overblijvende over te nemen kan bij de burgerlijke rechter worden neergelegd. Het onteigeningsbesluit kent ook in het alternatieve systeem een generieke karakter zonder de genoemde nadelen omdat het onteigeningsbesluit in alle gevallen nog ter toetsing aan de burgerlijke rechter moet worden voorgelegd.

In het alternatief systeem zal naar verwachting ook in meer gevallen dan nu het onteigeningsbesluit bij de burgerlijke rechter zal worden aangevochten door het ontbreken van de zeefwerking van de Kroon, net als bij het voornemen. Met de handhaving van art. 50 Onteigeningswet zal het probleem van de kostenvergoeding zich niet voordoen.

Advies onteigeningsprocedure

Het doorvoeren van de noodzakelijk geachte verbeteringen op het voornemen resulteert naar het oordeel van de commissie in een onteigeningsstelsel dat in sterke mate gaat afwijken van het normale systeem van de Awb. Het wordt er – ten opzichte van het bestaande stelsel – zeker niet ‘eenvoudig en beter’ op. Het door de commissie aangedragen alternatief voldoet wel aan deze doelstelling. De commissie geeft alles afwegend sterk de voorkeur aan het genoemde alternatief waarin de burgerlijke rechter in alle gevallen het onteigeningsbesluit toetst, boven het voornemen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak slechts op initiatief van de onteigende het onteigeningsbesluit toetst.

18. De schadeloosstellingprocedure

In het voornemen vindt inschrijving in het openbare register plaats terwijl de schadeloosstelling nog niet definitief is vastgesteld. Dit hoeft geen bezwaar te zijn. Er kan hierbij worden voortgebouwd op het huidige systeem waar dit ook het geval is. Er worden met het mondeling overleg, de plaatsopneming en daarbij horend proces verhaal voldoende waarborgen geboden voor positie van de onteigende. De commissie adviseert het – onherroepelijke - onteigeningsbesluit een beperkte geldigheidsduur te geven. Dit bevordert de rechtszekerheid van de onteigende. Ook kan een termijn gesteld aan de termijn tussen het onherroepelijk worden en het verzoek aan de rechtbank om de hoogte van de schadeloosstelling te bepalen.

Voorts acht de commissie het gewenst dat wettelijke voorzieningen worden aangebracht om te voorkomen dat er bij een onherroepelijke onteigeningsbeschikking niet wordt overgegaan tot inschrijven van de onteigeningsakte. Niet alleen als boete naar het bestuursorgaan, maar ook als vergoeding naar belanghebbenden. Die vergoeding omvat twee componenten:

- a. Een vergoeding van deskundigenkosten (vergelijkbaar Wvg art. 13 lid 6 en Ow art. 55 lid 6) en
- b. Een schadevergoeding/boete, vergelijkbaar met de huidige regeling van art 55 lid 4 t/m 7 Ow).

19. Implementatie

Uitvoering van onteigening vraagt grote zorgvuldigheid. De praktijk leert dat kwaliteit van het onteigeningsbesluit nogal eens te wensen over laat: Gedurende de beroepsprocedure bij de Kroon moeten te vaak administratieve fouten hersteld. Adequate uitvoering van het onteigeningsbesluit vraagt nog een stevige opbouw van expertise bij decentrale bestuursorganen. Het is niet aan de wetgever hierin wettelijke voorzieningen te treffen. Verwacht wordt dat er een palet aan oplossingen zal worden ontwikkeld zoals ook de decentralisatie van de bestemmingsplannen in het kader van de WRO heeft laten zien. Desalniettemin blijft dit een belangrijk aandachtspunt bij de implementatie. Van belang is dat hier geen schijnwetgeving wordt ontwikkeld.

Voorkeursrecht

1. Uitnodigingsplanologie: Chirurgische inzet voorkeursrecht

De werkwijze van de uitnodigingsplanologie zoals beschreven in de Omgevingswet, zal de inzet van het Voorkeursrecht in de praktijk – thans Wet voorkeursrecht gemeente (Wvg)- wijzigen. Het Omgevingsplan dat in het kader van uitnodigingsplanologie wordt opgesteld zal, in de eerste fase, globaal zijn en slechts duidingen kennen van mogelijke functies zonder concrete locatie. Inzet van voorkeursrecht is dan (nog) niet nodig. Integendeel, er is juist activiteit van marktpartijen nodig om initiatieven te laten ontstaan om voorstellen van de gewenste functies te effectueren. Gemeentelijke regie op de grondmarkt met inzet van het voorkeursrecht kan gewenst zijn vanaf het moment dat er helderheid is - of binnenkort gaat komen - over de locaties in het plangebied waar de diverse functiewijzigingen zullen plaatsvinden. Een chirurgische inzet van het voorkeursrecht door gemeenten kan dan gecombineerd worden met het maken van afspraken met grondeigenaren, ontwikkelaars, bouwers en investeerders over het realiseren van die functies. Verwacht mag worden dat de inzet van het voorkeursrecht in deze situatie zeer gericht zal zijn, een chirurgische inzet op die locaties waarvoor regie noodzakelijk is. Dat is een ander beeld dan de inzet van het voorkeursrecht in de afgelopen decennia.

2. Afstemming zelfrealisatie onteigening- en voorkeursrecht

Door ook het voorkeursrecht in de Omgevingswet op te nemen, ziet de wetgever verder mogelijkheden tot nadere afstemming tussen het voorkeursrecht en de onteigening. De commissie is de vraag voorgelegd welke mogelijkheden zij ziet om tot een verbetering van de afstemming tussen onteigening en het voorkeursrecht te komen met name bij het zelfrealisatieverweer. Zelfrealisatie heeft bij onteigening een ruimere invulling dan bij de Wvg. Samenwerkingsovereenkomsten die onder de Wvg verboden zijn, zijn onder de Onteigeningswet wél toegestaan. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat contracten worden gesloten tussen ontwikkelaar en grondeigenaar over het toekomstig economisch gebruik van de grond en de gemeente hierover niet wordt geïnformeerd. De nietigverklaring – art.26 - wordt dan ook niet ingezet. De geheimhouding wordt doorbroken wanneer het aankomt op onteigening en de ontwikkelaar mede namens de grondeigenaar een zelfrealisatieverweer voert. De rechtspraak is dat de onteigeningsrechter onverkort toetst, dus ongeacht of de overeenkomst tussen projectontwikkelaar en grondeigenaar een met behulp van artikel 26 Wvg vernietigde of vernietigbare overeenkomst is resp. zou kunnen zijn. Als antwoord op de voorgelegde vraag adviseert de commissie de afstemming tussen onteigening- en voorkeursrecht te verbeteren door de nietigverklaring te beperken tot partijen die niet serieus zijn, die niet overgaan tot realisatie van de functies zoals die zijn vastgelegd in het omgevingsplan, de z.g. free riders. Voor het effectueren van de maatschappelijk van belang zijn de functies is het verwerven van de beschikking over het economisch belang en van de beschikkingsmacht van de gronden noodzakelijk. Dat is niet het geval bij partijen die zich constructief opstellen en de in het omgevingsplan vastgelegde functies zelf realiseren. Een dergelijk onderscheid tussen partijen past ook in de met de Omgevingswet voorgestane uitnodigingsplanologie.

Dit onderscheid kan bereikt worden door in deze wetsbepaling artikel 26 de zinsnede 'het belang van de gemeente' terug te zetten die bij Wet van 14 juni 2002 (Staatsblad 2002, 326) eruit was gehaald. Als toetsingsmaatstaf voor de rechter zullen dan weer de novemberbeschikkingen van de Hoge Raad gaan dienen (o.a. HR 10 november 2000, NJ 2001, 288), zoals die tot inwerkingtreding van de

advies voornemen aanpassing onteigening- en voorkeursrecht

wijzigingswet op 1 september 2002 opgeld deden. Door de nietigverklaring te beperken tot free riders wordt het zelfrealisatierecht in het voorkeursrecht en onteigeningsrecht gelijk getrokken.

3. Effectiviteit wetswijziging 2002 achterhaald

Een andere reden om artikel 26 weer te herstellen is gelegen in de – recente - introductie van andere regelgeving waardoor de wetswijziging van 2002 minder effectief is geworden:

- Op 1 juli 2008 is de grondexploitatie-regeling in de Wet ruimtelijke ordening (Wro) geïntroduceerd, waardoor het gemeentelijk kostenverhaal effectief verzekerd is en free riders en speculanten afdoende de pas wordt afgesneden. Ontwikingsconstructies die de wetgever destijds wilde uitsluiten, zijn niet meer interessant voor marktpartijen omdat de exploitant hoe dan ook een exploitatiebijdrage moet betalen, langs privaatrechtelijke of anderszins langs publiekrechtelijke weg. Het innemen van grondposities door marktpartijen geschiedt dus niet meer risicoloos. De grondexploitatie-regeling wordt in de Omgevingswet gecontinueerd.
- Uit de memorie van toelichting van destijds blijkt dat de wetgever de toetsingsmaatstaf van de Hoge Raad nadelig want onduidelijk vond. De wetgever achtte het ongewenst dat de rechtspositie van marktpartijen die het bestreden contract hadden gesloten, geruime tijd in de lucht bleef hangen. De Commissie is van mening dat de grondexploitatie-regeling dit nadeel wegneemt. Marktpartijen moeten sinds 1 juli 2008 eieren voor hun geld kiezen: zij moeten tijdig een anterieure grondexploitatie-overeenkomst met de gemeente sluiten, anders worden zij geconfronteerd met publiekrechtelijk kostenverhaal via exploitatieregels in het omgevingsplan of via exploitatievoorschriften in hun omgevingsvergunning voor bouwen. Op het moment dat het kostenverhaal privaatrechtelijk (dus via een anterieure overeenkomst) verzekerd is, moet de rechter het verzoek tot nietigverklaring afwijzen. Wanneer het kostenverhaal publiekrechtelijk is verzekerd, kan het verzoek door de rechter worden aangehouden. De gemeente moet dan nagaan of de marktpartijen zich houden aan de publiekrechtelijk vastgestelde fasering: dienen zij conform de exploitatieregels tijdig een aanvraag om omgevingsvergunning voor bouwen in? Zo niet, kan de rechter het verzoek alsnog toewijzen: het betreft dan blijkbaar marktpartijen die niet op zelfrealisatie uit zijn.
- De wetgever was verder van mening dat de toetsingsmaatstaf van de Hoge Raad nieuwe wezenlijke rechtsvragen oproepen. Onduidelijk zou zijn wat 'de gerechtvaardigde belangen' zijn waarop de gemeente zich kan beroepen in haar onderhandelingen met de private partij die een grondpositie heeft verworven. Volgens de wetgever viel een nieuwe serie procedures te verwachten alvorens de jurisprudentie daarover is uitgekristalliseerd. De Commissie is van mening dat dit probleem tot het verleden behoort door de werking van de grondexploitatie-regeling. Bij de totstandkoming van deze regeling in de Wro is uitvoerig in het parlement gedebatteerd over de vraag welke ruimte gemeenten hebben bij de onderhandelingen om tot een anterieure overeenkomst te komen. In de rechtspraak is niet gebleken van problemen. Zoals gezegd zal de rechter het verzoek tot nietigverklaring pas dan mogen toewijzen indien is gebleken dat de marktpartijen de publiekrechtelijke exploitatieregels in het omgevingsplan of de exploitatievoorschriften in de omgevingsvergunning niet naleven. Dan is duidelijk dat het niet gaat om zelfrealisatoren en kan art. 26 Wvg toepassing vinden.
- De wetgever vond het voordelig dat deze wetswijziging paste in het beleid marktwerking te vergroten, omdat de gemeente meer mogelijkheden kreeg de private partner te kiezen op

basis van de beste prijs/kwaliteitsverhouding. Naar de mening van de Commissie vormen tegenwoordig de grondexploitatie-regeling en het (Europese) aanbestedingsrecht de belangrijkste kaders waarbinnen kan worden gestreefd naar optimale plankwaliteit.

Tot slot moet de commissie vaststellen dat de wetwijziging van 2002 minder effectief blijkt dan de wetgever destijds voor ogen had: Contracten tussen marktpartijen en grondeigenaar zijn er nog steeds: ze zijn geheim of ze worden (telkens) opnieuw gesloten. Bovendien kunnen partijen nietig verklaarde overeenkomsten eindeloos hersluiten.

4. Versterking gevolgen afslaan van aankoop

De commissie is gevraagd om mogelijkheden aan te reiken voor het versterken van de gevolgen van het afslaan van een aanbod tot koop, zonder dat dit een koopplicht tot gevolg heeft. Achtergrond van de vraag is het streven om de inzet van het voorkeursrecht gepaard te laten gaan met een vergewissing van het bestuursorgaan dat afdoende financiële middelen zijn gereserveerd om aangeboden grond te verwerven of dan wel dat voldoende adequate contracten zijn gesloten met (markt)partijen die de aangekochte gronden van gemeenten overnemen. De commissie reikt twee mogelijkheden aan die de gevolgen van het afslaan van een aanbod tot koop versterken:

- a. Het voorkeursrecht vervalt van rechtswege nadat het bestuursorgaan niet tot verwerving is overgegaan: Conform het huidige art. 12 Wvg is de grondeigenaar drie jaar vrij van de aanbestedingsplicht als de gemeente afziet van aankoop en kan hij de aangeboden grond in één pakket vervreemden aan een derde, waarbij het voorkeursrecht meegaat naar de verkrijger. De gemeente behoudt daarmee zijn voorkeursrecht. Wanneer de vervreemding aan de derde het voorkeursrecht van rechtswege vervalt ontvangt de nieuwe eigenaar de grond dan onbelast. De kwestie of de gemeente dan een nieuw voorkeursrecht mag vestigen, wordt beheerst art. 9c Wvg dat een herhalingsverbod bevat.
- b. Verder kunnen de gevolgen van het afslaan van aankoop worden versterkt door artikel 12 lid 2 Wvg zodanig aan te passen dat hij de aangeboden grond desgewenst ook voor een gedeelte mag vervreemden, of mag vervreemden aan meerdere verkrijgers. Dit zou kunnen worden bereikt door in lid 2 de tekst vanaf 'voor zover het betreft (...)' te schrappen.

Eigenaren kunnen de kans op vervreemdingsvrijheid vergroten door alle belaste grond tegelijk aan te bieden, in de hoop of verwachting dat de gemeente zal afzien van aankoop van zoveel grond.

Gemeenten kunnen zich hiertegen te weer stellen door het voorkeursrecht alleen chirurgisch in te zetten. Slechts de gronden die de gemeente werkelijk nodig heeft en waarvoor de gemeente budget beschikbaar heeft of die zij direct kan doorverkopen aan een ontwikkelaar, worden dan met een voorkeursrecht belast. Een gemeente die teveel grond lukraak met een voorkeursrecht belast, neemt het risico dat zij na een tijdje te maken krijgt met (telkens) nieuwe grondeigenaren die conform het wettelijk herhalingsverbod van art. 9c Wvg twee jaar lang geen last hebben van enig voorkeursrecht van die gemeente.

5. Overige aanbevelingen

In de rechtspraak zijn enkele omissies en onduidelijkheden in de Wvg naar voren gekomen. De Commissie beveelt de wetgever hieraan aandacht te besteden bij het incorporeren van de Wvg in de Omgevingswet.

- a. De inzet van het voorkeursrecht door de overheid vormt een beperking op het gebruik van eigendom als bedoeld in het eerste Protocol bij het EVRM. Die inbreuk moet volgens het Europese recht proportioneel zijn. Dit heeft ook gevolgen voor de looptijd van de inzet van de Wvg. In de

praktijk is het gebruikelijk dat het voorkeursrecht voor een perceel zo'n 16,5 jaar van kracht is. Het gaat om ongeveer 6,5 jaar tot aan de inwerkingtreding van het plan die de functiewijziging mogelijk maakt en vervolgens om 10 jaar gerekend vanaf de inwerkingtreding van dat plan. Het voorkeursrecht vervalt uiteindelijk automatisch tien jaar na inwerkingtreding van het omgevingsplan. De Commissie vindt het niet proportioneel wanneer na afloop van die 16,5 jaar het voorkeursrecht opnieuw wordt ingezet. Omdat de huidige Wvg niet in deze situatie voorziet, beveelt de Commissie aan een verbod in de Wvg op te nemen dat na afloop van deze termijn gedurende vijf jaar geen voorkeursrecht mag worden gevestigd. Wellicht is artikel 9c Wvg de juiste plaats om dit regelen.

b. Art. 15 Wvg geeft een grondeigenaar het recht de gemeente te verplichten zijn grond aan te kopen wanneer er 'bijzondere persoonlijke' omstandigheden zijn. De jurisprudentie die zich heeft ontwikkeld, blijkt echter verre van eenduidig te zijn (zie Wvg verklaard, 5e druk 2012, p. 217-218). Uit de wettelijke toetsingsmaatstaf moet veel duidelijker blijken dat ook bijzondere algemene omstandigheden (zoals een ingezakte kopersmarkt) relevant zijn bij de rechterlijke beoordeling. De Commissie beveelt aan het woord 'persoonlijke' in de wettekst te schrappen. Dit sluit het beste aan wat de wetgever oorspronkelijk met deze bepaling heeft beoogd.

Samenstelling adviescommissie Grond en Omgevingsrecht

Ir. W. W. van Zandbrink	voorzitter
Mr. A.G. Dijkhuis	directeur Nederlandse Vereniging Rentmeesters
Ir. C.A.C. Frikkee	MRICS RRV RT directeur Overwater Grondbeleid Adviesbureau BV Strijen
Ing. G.C. van t Klooster	coördinator Omgeving LTO Nederland
Mr. W. Kooy	vm. directeur Groenfonds
Ir. D. Lecroix	directeur vastgoed en grond Apeldoorn
Mr. F. A. Mulder	advocaat vastgoed Van Benthem & Keulen N.V
Mr. J. B. Mus	advocaat Rassers Advocaten
Prof. mr. J. J.A.M.A. Sluysmans	advocaat Van der Feltz advocaten en bijzonder hoogleraar onteigeningsrecht Radboud Universiteit
Prof. mr. W.C.T.F. de Zeeuw	directeur Bouwfonds en bijzonder hoogleraar gebiedsontwikkeling Technische Universiteit Delft