



Ministerie van Infrastructuur en Milieu
t.a.v. de minister van Infrastructuur en Milieu
Postbus 20901
2500 EX Den Haag

Nieuwegein, 14 juli 2016

Betreft: aanvullingswet grondeigendom

Excellentie,

De bij de NVM aangesloten makelaars en taxateurs hebben vanuit hun werkzaamheden veel contact met particulieren en bedrijven die worden geconfronteerd met onteigening en zij adviseren regelmatig bij de bepaling van de schadeloosstelling. Vanuit deze maatschappelijke rol voelen wij ons geroepen onze zorgen te uiten over de voorgestelde wijzigingen in het onteigeningsrecht, die erop gericht zijn onteigening voortaan binnen een bestuursrechtelijk juridisch kader te brengen.

Onteigening moet een ultimum remedium blijven

Een onteigeningsbesluit is zeer ingrijpend en kan een grote impact hebben op de persoonlijke levenssfeer van mensen. Het treft o.a. familiebedrijven en bezit van particulieren, dat soms al generaties lang in de familie is. Het spreekt voor zich dat met een dergelijk besluit niet lichtvaardig mag worden omgesprongen. Een besluit tot onteigening raakt direct aan de fundamentele rechten van de mens. Niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd (artikel 17 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens) en aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht (artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 6 van dat verdrag). Onteigening heeft terecht de status van ‘ultimum remedium’ en dient met uiterste terughoudendheid te worden toegepast. Wij ondersteunen dan ook volledig de uitspraak van de Tweede Kamer bij motie van de leden Veldman en Ronnes dat onder de toekomstige regelgeving omtrent onteigening de positie en bescherming van de eigenaar op zijn minst gelijkwaardig moet blijven aan de huidige situatie en waar mogelijk zelfs verstevigd moet worden. Het huidige wetsvoorstel doet echter geen recht aan dit uitgangspunt.

Bijzondere status en extra waarborg tegen willekeur vervalt

Vanwege het ‘ultimum remedium’ karakter van onteigening kan een onteigeningsbesluit niet zonder meer worden vergeleken met andere publiekrechtelijke besluiten, zoals het intrekken van een parkeervergunning. Er moeten ten aanzien van onteigening hogere eisen worden gesteld aan zowel de zorgvuldigheid waarmee het besluit wordt genomen, als aan de rechtsbescherming die wordt geboden aan degenen die met een onteigeningsbesluit worden geconfronteerd. Vanuit deze overweging kent het huidige onteigeningsrecht van oudsher een onafhankelijke toetsing door de Kroon. Deze toetsing zorgt er onder meer voor dat het bestuursorgaan dat een belang heeft bij de onteigening niet zelf over de onteigening kan beslissen. Het risico op willekeur en misbruik van bevoegdheden wordt hiermee beperkt. Het wijzigingsvoorstel voorziet erin deze toetsing voortaan weg te laten en een onteigeningsbesluit daarmee in feite dezelfde status te geven als ieder ander publiekrechtelijk besluit.

Daarmee wordt de bijzondere status van een onteigening miskend en wordt de rechtsbescherming van eigenaren aangetast. Het instellen van een onafhankelijke adviescommissie vormt hiervoor geen volwaardig alternatief zolang de adviezen van deze commissie vrijblijvend zijn en – al dan niet met motivering – door het belanghebbende bestuursorgaan terzijde kunnen worden gelegd. Het argument dat het proces met dit voorstel versneld zou worden gaat niet op, aangezien het onteigeningsbesluit nog steeds eerst aan een ander gremium dient te worden voorgelegd. De verandering zit hem met name in de verminderde rechtsbescherming voor de eigenaar, omdat dit gremium niet langer toetst en besluit, maar slechts nog adviseert.

Kennisgeving wordt onzorgvuldig

Door veel partijen is reeds eerder naar voren gebracht dat een onteigening via het publiekrechtelijke spoor betekent dat de potentieel onteigende niet langer bij dagvaarding op de hoogte wordt gesteld. Wij zijn dan ook verbaasd dat in het uiteindelijke wetsvoorstel op geen enkele manier aan deze bezwaren tegemoet is gekomen. Hiermee wordt als belangrijk uitgangspunt losgelaten dat de eigenaar in staat moet zijn zich tegen de onteigening te verweren. Immers, in het nieuwe stelsel hoeft de overheid zich er niet langer van te verzekeren dat het onteigeningsbesluit de belanghebbende ook daadwerkelijk (op tijd) bereikt. Het bestaan van de mogelijkheid dat eigendom zonder medeweten van de eigenaar onteigend zou kunnen worden, achten wij niet aanvaardbaar in het licht van de rechtsstaat en het ‘ultimum remedium’ karakter van onteigening. Het is bovendien onduidelijk hoe het volledig incorporeren van de onteigeningsbesluitvorming in het bestuursrecht uitpakt wanneer er sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding (artikel 6:11 Awb), op welke wijze er rekening wordt gehouden met overleden of in het buitenland woonachtige adressanten en hoe derde belanghebbenden in kennis worden gesteld. Wij zijn van mening dat deze kwesties naar hun aard beter geborgd kunnen worden in het civielrechtelijke spoor.

Initiatief wordt bij de onteigende gelegd

Een andere belangrijke verslechtering ten opzichte van de huidige situatie is dat de onteigende voortaan zelf in verweer moet komen tegen een onteigeningsbesluit. Doet hij dat niet binnen zes weken, dan wordt het besluit automatisch onherroepelijk. In de huidige situatie is het de onteigenaar die binnen een bepaalde termijn moet dagvaarden om de onteigening te laten uitspreken. Daarbij speelt mee dat de onteigenaar verplicht is om eerst te proberen het onroerend goed minnelijk te verkrijgen, voordat zij tot onteigening kan overgaan. In de praktijk (zie de jurisprudentie) is echter herhaaldelijk gebleken dat de onteigenende overheid deze plicht veronachtzaamt. Wij zijn daarom van mening dat een onteigeningsbesluit in alle gevallen integraal getoetst dient te worden door een onafhankelijke, bij voorkeur civiele rechter, waarbij ook de uitkomst van het minnelijk overleg en de schadeloosstelling worden meegewogen. Het vervallen van deze rechtelijke toets vinden wij zeer bezwaarlijk.

Onteigeningsbesluit wordt niet langer ‘hard’ getoetst

Als gevolg van de voorgestelde wijzigingen vervalt de onafhankelijke toetsing van het onteigeningsbesluit door de Kroon én door de civiele rechter. Een bezwaarde moet zich voortaan wenden tot de bestuursrechter en de Raad van State, die het besluit alleen nog slechts marginaal toetst. Dit leidt tot een aanzienlijke verslechtering van de positie en bescherming van de onteigende. In de huidige situatie vindt een ‘harde toets’ plaats door de Kroon op het gehele dossier en daarnaast ook nog een toets door de civiele rechter. In de nieuwe situatie zal de bestuursrechter alleen toetsen of de ingediende bezwaren gegrond zijn. Daarbij zal de bestuursrechter ook niet het onteigeningsbesluit zelf

inhoudelijk beoordelen, maar slechts toetsen of aan de procedurele vereisten is voldaan d.w.z. of het bestuursorgaan in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit. Dat biedt minder waarborgen voor de huidige procedure bij de Kroon, die zelfstandig oordeelt of de onteigening al of geen doorgang kan vinden.

Schadeloosstellingsprocedure kan al opgestart voordat onteigening onherroepelijk is

De wijzigingsvoorstellen voorzien erin dat de schadeloosstellingsprocedure al kan worden opgestart nog voordat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is. Dit is een principiële wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Het benadeelt de onteigende, die mogelijk onnodig tijd en kosten moet investeren in een civiele procedure. Bovendien onderstreept het dat de bestuursrechtelijke procedure in het nieuwe stelsel nog slechts wordt gezien als een formaliteit, waarmee geen recht wordt gedaan aan het 'ultimum remedium' karakter van onteigening.

Huidige situatie	Nieuwe situatie
Dagvaarding (aangetekend)	Kennisgeving (bv. huis-aan-huis blad)
Onteigeningsverzoek aan de Kroon	Belanghebbende overheid besluit zelf
Kroon besluit ('hard')	Adviescommissie geeft niet-bindend advies
Overheid moet actie ondernemen om onteigening te laten uitspreken	Onteigende moet zelf binnen 6 weken actief bezwaar maken om onteigening te voorkomen
Onafhankelijke civiele rechter toetst besluit opnieuw en spreekt onteigening uit	Bestuursrechter toetst besluit marginaal en alleen op grond van ingediende bezwaren
Mogelijkheid van cassatie	Hoger beroep bij RvS
Schadeloosstellingsprocedure kan pas worden opgestart nadat onteigening onherroepelijk is	Schadeloosstellingsprocedure kan worden opgestart voordat onteigening onherroepelijk is

Alles overziend zien wij nut noch noodzaak om het huidige onteigeningsrecht aan te passen. Het voorstel kent weinig en beperkte voordelen, die het moeten afleggen tegen zeer belangrijke nadelen vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid en de rechtsbescherming van de onteigende. Gezien het beperkt aantal zaken waarbij het daadwerkelijk tot een gedwongen onteigening komt, is er geen overtuigend maatschappelijk belang gediend bij deze wijziging. Wij pleiten dan ook voor het behouden van de huidige situatie, waarin het Kroonbesluit in stand blijft en per definitie aan een rechter wordt voorgelegd voordat de onteigening wordt uitgesproken.

Met vriendelijke groet,



Ger Jaarsma

Voorzitter Nederlandse Vereniging van Makelaars en Taxateurs in onroerende goederen NVM

Bijlage: Memo juridische toelichting

MEMO

Aan : De Minister van I&M
Van : Nederlandse Vereniging van Makelaars & Taxateurs NVM
Betreft : Juridische toelichting bij reactie NVM op Aanvullingswet grondeigendom

Europees recht

De NVM heeft de brief van de minister van I&M van 25 november 2015 (TK 2015/2016, 27 581, nr. 53) en het op 1 juli 2016 gepresenteerde ontwerp van de Aanvullingswet Grondeigendom bezien in het licht van Europese regelgeving, in het bijzonder artikel 6 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele Vrijheden (EVRM) en artikel 6 van het bij dat verdrag behorende Eerste Protocol (EP).

Uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) blijkt (onder meer) dat in beginsel sprake is van strijd met voornoemde artikelen als het algemeen belang niet met de onteigening is gediend. Ingeval van eigendomsontneming toetst het EHRM indringend of het algemeen belang onteigening vergt.

Thans wordt een onteigening uitgesproken door de rechter, die in geval van betwisting het Koninklijk Besluit waarbij de onteigening is gesproken toetst. In het blijkens de brief en de ontwerpwet beoogde stelsel, is dat niet het geval. In dat systeem staat niet buiten kijf dat onteigening geschiedt in het algemeen belang. Een rechter komt er immers niet per definitie aan te pas. Als er wel een rechter aan te pas komt is dat de bestuursrechter die het onteigeningsbesluit niet 'vol' maar 'marginaal' toetst. Naar onze mening kan niet zonder meer worden gezegd dat een louter op een overheidsbesluit gebaseerde onteigening in lijn is met voornoemde artikelen.¹

Kennisgeving onteigeningsbesluit

In voornoemde brief en ontwerpwet is – terecht – aangehaald dat onteigening gerechtvaardigd is indien het bestuursorgaan aantoont dat dringend behoefte bestaat aan de door het bestuursorgaan gewenste vorm van planuitvoering en het doel waarvoor onteigening niet op een andere manier te bereiken is. Het algemeen belang moet per concreet geval worden aangetoond, dit mede gelet op het ultimium-remediumkarakter van onteigening. In ieder concreet geval moet een eigenaar zich tegen de onteigening kunnen verweren (p. 7).

Dan dringt de vraag zich op of het zogeheten publiekrechtelijk spoor in het Nederlands bestel het juiste spoor is. Immers, mede en juist vanwege het ultimium-remediumkarakter, alsmede het gegeven dat een onteigening in de regel onherroepelijk is, moet de overheid zichzelf de hoogst mogelijke zekerheid verschaffen dat het onteigeningsbesluit de eigenaar heeft bereikt.

In het publiekrechtelijk spoor, geschiedt bekendmaking van besluiten door toezending of uitreiking, dan wel op andere geschikte wijze (artikel 3:41 Algemene wet bestuursrecht / Awb). Toezending is de meest gebruikte methode van bekendmaking. Bestendige jurisprudentie wijst uit dat aangetekende verzending niet nodig is.

De NVM meent dat, gelet op het uiterst ingrijpende karakter van een onteigening, de Awb-methode zich niet leent voor onteigeningen. In het privaatrechtelijk spoor geschiedt kennisgeving middels een betekening door de deurwaarder. Daaraan zijn weliswaar ook bezwaren verbonden, maar aan een betekening door de deurwaarder zijn meer waarborgen verbonden dan aan een toezending per post.

¹ Zie ook: prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans en mr J.J. van der Gouw, 'Onteigeningsrecht', Kluwer Deventer 2015, p. 221-223.

In voornoemde brief en ontwerpwet is, eveneens terecht, opgenomen dat afschaffing van het zelfrealisatieverweer met een algemene regel in het licht van het eigendomsrecht moeilijk denkbaar is (p. 7). Wij vragen ons af of het, eveneens in het licht van het eigendomsrecht, wel denkbaar is dat de wetgever zou afzien van het zo deugdelijk mogelijk borgen (lees: in het civielrechtelijk spoor) dat de betrokkene überhaupt kennis neemt van het onteigeningsbesluit en aldus in staat wordt gesteld om zich op datzelfde zelfrealisatieverweer te beroepen.

Uit de brief en de ontwerpwet wordt niet duidelijk welke entiteit in het bestuursrechtelijk spoor zou moeten toetsen of het onteigeningsbesluit daadwerkelijk en aan de juiste (rechts)perso(n)en is verzonden.

Wij vragen ons af wie in het bestuursrechtelijk spoor geëquipeerd is om een dergelijke toets aan te leggen. In het civielrechtelijk spoor zijn de nodige zekerheden zonder meer voorhanden.

Stroomlijnen vs. rechtszekerheid

Op pagina 9 en 10 van de brief wordt gememoreerd dat in de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit en in het kader van de Crisis en herstelwet is onderkend dat de Onteigeningswet toe is aan een meer integrale aanpassing aan de huidige tijd. Ook wordt genoemd dat het onteigeningsrecht verder in lijn gebracht zou moeten worden met de Algemene wet bestuursrecht.

De NVM vraagt zich af waarom het stroomlijnen een doel op zich zou moeten zijn, zeker als daartoe rechtszekerheid wordt geofferd. Hetzelfde geldt voor de overweging dat het onteigeningsrecht overzichtelijker wordt door een scherper onderscheid tussen de onteigeningsbesluitvorming en de schadeloosstelling te maken: wij zouden menen dat een onoverzichtelijk traject met grotere rechtszekerheid de voorkeur geniet boven een overzichtelijk traject waarin wordt ingeboet op de rechtszekerheid.

Onafhankelijke adviescommissie

In voornoemde brief is als *'extra waarborg voor een zorgvuldige besluitvorming'* een onafhankelijke commissie geïntroduceerd. Die commissie zou het bestuursorgaan dat het aangaat formeel moeten adviseren over het onteigeningsbesluit (p. 10).

De NVM meent dat die onafhankelijke commissie niet kan worden gezien als een substituut voor de huidige procedure bij de Kroon. Immers, een Koninklijk Besluit waarin is geoordeeld dat de verlangde onteigening niet door kan gaan, is een daadwerkelijke blokkade van de voorgenomen onteigening. Binnen het bestuursrechtelijk spoor daarentegen, is het bestuursorgaan dat een onteigeningstraject doorloopt onder voorwaarden bevoegd om van een (onwelgevallig) advies af te wijken.

Overige vragen

Mede in het licht van de hiervoor aangehaalde onherroepelijkheid van een onteigening, rijzen de volgende vragen:

- Hoe zou het (nagenoeg) geheel incorporeren van de onteigeningsbesluitvorming in de Awb-systematiek uitwerken indien sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding als bedoeld in artikel 6:11 Awb?
- Op welke wijze wordt rekening gehouden met een overleden of in het buitenland woonachtige adressant?
- Hoe worden derde-belanghebbenden in kennis gesteld?

Het is begrijpelijk dat in dit stadium van het wetgevingstraject nog niet alle aandachtspunten genoegzaam zijn behandeld. Op voorhand menen wij evenwel dat deze kwesties naar hun aard beter ingebed kunnen worden in het civielrechtelijk spoor.

Minnelijke verwerving

In de brief staat dat onveranderd blijft dat de betrokken overheid eerst moet proberen het onroerend goed minnelijk te verkrijgen, voordat zij tot onteigening kan overgaan (p. 9). De NVM onderstreept het maatschappelijk belang van de plicht tot het voeren van minnelijk overleg. In de praktijk (zie de jurisprudentie) is herhaaldelijk gebleken dat de onteigenende overheid deze plicht veronachtzaamt, bijvoorbeeld door deze plicht te zien als een te verwaarlozen formaliteit.

Het voeren van serieuze onderhandelingen blijkt niet altijd de wens van de overheid te zijn. Indien een overheid het (al of niet bewust) niet zo nauw neemt met de plicht tot het voeren van minnelijk overleg, is zij wellicht ook niet in geneigd om objectief te beoordelen of het minnelijk overleg op juiste wijze is gevoerd. Mede (of: juist) in dat soort situaties zou het buitengewoon frustrerend zijn als er onverhoopt iets mis gaat met het toezenden van het onteigeningsbesluit aangezien er dan geen rechterlijke toets van het minnelijk overleg en de toezending plaats vindt, terwijl de onteigening (wel) onherroepelijk wordt

Impact onteigening

In de praktijk ervaren onze leden hoe sterk de impact van een onteigening op de onteigende is. Om de navolgende redenen betwijfelen wij of dat besef in voldoende mate is betrokken bij de ontwerpwet.

De civielrechtelijke schadeloosstellingsprocedure kan in het voorziene stelsel starten zodra het onteigeningsbesluit is genomen. Op pagina 43 van de toelichting staat dat in die fase de noodzaak van de onteigening vaststaat, omdat daarover in de onteigeningsbeschikking is beslist. Echter, daarmee wordt over het hoofd gezien dat de noodzaak nog niet onherroepelijk vaststaat (beroep en hoger beroep is nog mogelijk). Als in die fase reeds de civielrechtelijke procedure wordt gevoerd, is het niet uitgesloten dat dat onnodig is en dat de burger (die niet onteigend wordt vanwege een gerechtelijke uitspraak) onnodig tijd en inspanningen en - wellicht - slapeloze nachten heeft besteed aan de civielrechtelijke procedure. Terwijl daar niets tegenover staat. De voortvarendheid van de procedure weegt daartegen naar onze mening zeer zeker niet op.

Planschade

In de brief wordt ook ingegaan op wijzigingen in planschaderegelgeving. Zo wordt gememoreerd dat al eerder is aangekondigd dat er voorstellen zullen verschijnen voor een duidelijke en voorspelbare regeling voor planschade als gevolg van het wegbestemmen van ongebruikte bouw- en gebruiksmogelijkheden. Aldus kunnen planschaderisico's vooraf beter worden berekend en kan sneller en eenvoudiger worden ingespeeld op wijzigingen in de maatschappij (p. 18).

Gelet op het karakter van de brief, is het onvermijdelijk dat de voorstellen nog niet concreet zijn. Desondanks menen wij er goed aan te doen om erop te wijzen dat ervoor zou moeten worden gewaakt dat in de uit te werken regeling een systeem wordt opgenomen waarin de eigenaar van onroerend goed in wezen 'de rekening' betaalt van maatschappelijke ontwikkelingen. Dit klemmt temeer indien het maatschappelijke ontwikkelingen betreft die een bestuursorgaan dat de tegemoetkoming in planschade zou moeten betalen, in de hand kan werken. De NVM constateert een zich ontwikkelende trend dat overheidsorganen voorzienbaarheid creëren met het uitdrukkelijke oogmerk om planschadeclaims te weren (zie bijvoorbeeld het Besluit Algemene Regels Ruimtelijke Ordening, en op meer lokaal niveau de 'Thematische Structuurvisie Kantoren' van Gedeputeerde Staten van de provincie Utrecht).

In aanloop naar de in januari 2016 door de Hoge Raad gewezen eliminatiearresten was de kritiek niet van de lucht dat een bestuursorgaan zelf de door hem uit te keren schadeloosstelling zou kunnen beïnvloeden.² De Hoge Raad heeft middels zijn arresten daar (impliciet) een stokje voor gestoken. Wij menen dat voorkomen zou moeten worden dat in

² Zie onder meer J.R. Vermeulen en J.S. Procee: 'Weg is weg: eliminatie van bestemmingen bij de waardebeoordeling van het onteigende', O&A 2013/61 en F.A. Mulder, S.G.A. de Boer, 'Wel of niet het bestemmingsplan elimineren? - Verslag van het seminar van de Vereniging voor Onteigeningsrecht en de Vereniging van Onteigenings-Advocaten over het eliminatiebeginsel', TBR 2015/4

'planschadeland' een situatie ontstaat waarin het bestuursorgaan niet tegemoet hoeft te komen in daadwerkelijk geleden planschade met het argument dat 'maatschappelijke ontwikkelingen' nu eenmaal met zich brengen dat de particulier de bijbehorende schade geheel voor zijn rekening zou moeten nemen.

Wij menen overigens niet dat afscheid moet worden genomen van de regelgeving en jurisprudentie omtrent het normaal maatschappelijk risico. Bijvoorbeeld: als een kantoorgebouw tijdelijk leegstaat vanwege maatschappelijke ontwikkelingen (bijvoorbeeld: een gebrek aan vraag naar kantoorruimte) dan is het niet onlogisch dat de eigenaar daardoor schade lijdt. Die schade komt dan tot uitdrukking in de marktwaarde. Wij menen evenwel dat een overheid in zo'n situatie niet zou moeten kunnen besluiten tot het wegbestemmen van de kantoorfunctie zonder tegemoet te komen in de bijbehorende planschade. Volgens ons behoort een 'calculerende overheid' die ten detrimente van de particulier (actieve) grondpolitiek bedrijft niet tot het normaal maatschappelijk risico.

Naar onze mening kan in de nieuwe planschaderegels (wel) worden aangesloten bij de in de jurisprudentie ontwikkelde regels omtrent passieve risico-aanvaarding.