

Ministerie van Infrastructuur en Milieu
t.a.v. de minister
mw.drs. M.H. Schultz van Haegen
Postbus 20901
2500 EX DEN HAAG

J.F. de Groot / A. de Snoo
advocaten
T 020 605 63 77
F 020 605 67 04
M 06 1052 4152
j.de.groot@houthoff.com
a.de.snoo@houthoff.com

Amsterdam, 16 september 2016
Inzake: Reactie consultatie Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet:
onderwerpen voorkeursrecht en onteigening
Onze ref: 500/9188631.2

Excellentie,

Allereerst zeggen wij u hartelijk dank voor de geboden mogelijkheid te reageren op de concepttekst voor het wetsvoorstel Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet ("**de Aanvullingswet**") Door middel van de onderhavige brief geven wij u een inhoudelijke reactie, in de hoop dat deze dienstig kan zijn bij het tot stand brengen van een zo doordacht mogelijk wetsvoorstel.

Bij het opstellen van deze reactie putten wij uit een jarenlange ervaring als advocaten, veelvuldig adviserend en procederend over de onderwerpen die in deze Aanvullingswet worden behandeld. Dit doen wij voor zowel overheden als voor (grote) commerciële partijen en particulieren, met als gevolg dat wij ons vanuit deze ervaring in de positie van alle betrokken spelers kunnen verplaatsen. Daarnaast zijn wij meermaals betrokken bij door uw ministerie georganiseerde sessies ter voorbereiding op deze Aanvullingswet. Daardoor zijn wij met in ieder geval een deel van de in het wetgevingstraject opdoemende dilemma's en keuzes goed bekend.

Wij formuleren onze reactie aan de hand van twee grote onderwerpen die daarin worden geregeld: voorkeursrecht en onteigening. De onderwerpen kostenverhaal en stedelijke verkaveling hebben wij recent afzonderlijk besproken c.q. dit zullen wij binnenkort doen. De betreffende stukken zullen wij u doen toekomen.

1. Uitgangspunten

- 1.1. In de toelichting bij de Aanvullingswet wordt als één van de uitgangspunten genoemd de versterking van de positie van de grondeigenaar.
- 1.2. In de tekst van de Aanvullingswet vinden we dit feitelijk alleen terug bij de regeling van het voorkeursrecht. Zowel ten aanzien van het kostenverhaal, als ten aanzien van onteigening menen wij veeleer een verzwakking van de positie van de grondeigenaar te zien. Bij het kostenverhaal leidt de grotere vrijheid voor de gemeente om al dan niet af te zien van kostenverhaal, en het feit dat essentiële criteria worden verplaatst naar lagere regelgeving, tot onduidelijkheid over de rechtspositie, en mogelijk tot rechtsongelijkheid. Waar het de onteigening betreft, is de wijziging van de administratieve procedure, en in het bijzonder het verplaatsen van het initiatief bij het bestrijden van onteigening door de onteigende zelf de gang naar de rechter te laten zetten, en hem het risico toe te delen van onherroepelijk worden van de onteigeningsbeschikking, niet aan te merken als een verbetering van de positie van de grondeigenaar.
- 1.3. Wij nodigen u uit om nader uiteen te zetten waarin wij de kennelijk beoogde verbetering van de positie van de grondeigenaar kunnen herkennen.

2. Algemeen

- 2.1. Wij gaan in het onderstaande niet in op tekstuele zaken, en nemen aan dat termen als "een grond" en "openbare registers registergoederen" niet gehandhaafd zullen worden.
- 2.2. Het viel ons voorts op dat een aanzienlijk aantal definitiebepalingen ontbreekt. Toevoeging daarvan – ook al komen deze uiteindelijk in de definitielijst van de Omgevingswet – zou de leesbaarheid van de Aanvullingswet vergroten.

3. Voorkeursrechten

- 3.1. Wij juichen het toe dat de regeling van het voorkeursrecht behouden blijft. Waar dit instrument in de jaren van economische crisis slechts zeer beperkt werd toegepast, zien wij in onze praktijk dat dit nu, met het aantrekken van de markt, ook weer meer wordt toegepast.
- 3.2. De regeling met betrekking tot het voorkeursrecht lijkt sterk op die welke nu in de Wet voorkeursrecht gemeenten is opgenomen. Toch is sprake van enkele wijzigingen die, bedoeld of onbedoeld, een relevant verschil maken voor de toepassingspraktijk. Wij missen evenwel op enkele onderdelen wijzigingsvoorstellen, waar deze ons inziens wel voor de hand zouden hebben gelegen.
- 3.3. Van dit laatste is sprake waar het de inwerkingtreding van het voorkeursrecht betreft. Uit historisch oogpunt is te begrijpen waarom de inwerkingtreding is gekoppeld aan de pu-

blicatie in de Staatscourant. Op dit moment lijkt een koppeling daaraan en een opname van het voorkeursrecht in het register op basis van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen achterhaald. Het zou voor de praktijk van de notaris, die als poortwachter moet nagaan of een voorkeursrecht is gevestigd, veel zinvoller zijn om een voorkeursrecht op te nemen in de openbare registers van het kadaster, die voor de notaris (en de rechtspraktijk in het algemeen) eenvoudig te raadplegen zijn. Voor het daarnaast laten bestaan van een parallelle structuur waarin relevante informatie moet worden opgezocht, welke informatie in de praktijk niet altijd eenvoudig te raadplegen is, lijkt in de huidige 'informatie-maatschappij' geen plaats meer. Als alternatief, of parallel, zou ook kunnen worden gekozen voor een publicatie op ruimtelijkeplannen.nl.

- 3.4. Verder zou voor het moment van inwerkingtreding gewoon de hoofdregel van de Awb kunnen worden gevolgd, eventueel gecombineerd met een verplichting het besluit op hetzelfde moment in te schrijven in de openbare registers en te vermelden op ruimtelijkeplannen.nl.
- 3.5. Waar de notaris in het voorgestelde systeem niet mee uit de voeten kan, is het feit dat de geldigheid van een voorkeursrechtbeschikking sterk afhankelijk is van de stand van de planologie (en daarmee de geldigheid van een voorkeursrechtbeschikking), en dat het (kennelijk) aan de notaris is, aan wie medewerking aan een leveringshandeling wordt gevraagd, om te beoordelen of (i) het vereiste planologische besluit er is, (ii) of dit tijdig is vervangen door het opvolgende planologische besluit, (iii) of dit mogelijk tussentijds vervallen is, (iv) of er mogelijk besloten is tot 'eenmalige instandhouding van het voorkeursrecht', (v) of een voorkeursrechtbeschikking mogelijk in bezwaar of beroep is vernietigd, of anderszins vervallen is, en/of (vi) of de situatie van het voorgestelde artikel 9.12 zich voordoet (verval voorkeursrechtbeschikking een jaar na vernietiging omgevingsplan of programma). Dit veronderstelt dat deze essentiële informatie op eenvoudige en betrouwbare wijze is ontsloten, en van zodanige kwaliteit is dat de notaris op basis daarvan handelingen kan verrichten. De Aanvullingswet voorziet daar niet in. Zie in dit verband ook de eisen die artikel 9.29 stelt aan de notariële voetverklaring.
- 3.6. Dat klemt, nu wij uit de formulering van het voorgestelde artikel 9.2 lid 2 moeten begrijpen – in de toelichting wordt daarover niet veel gezegd – dat (toch) geïntroduceerd gaat worden de goederenrechtelijke werking van het voorkeursrecht: een (geldig gevestigd) voorkeursrecht maakt grond "niet vatbaar voor vervreemding". In het kader van de vereiste rechtszekerheid in/van het rechtsverkeer, zal voor de instrumenterende notaris bij eenvoudige raadpleging van een betrouwbaar register zonder twijfel moeten zijn of hij zijn ministerie al dan niet kan verlenen. Is dat niet het geval, en blijkt een levering (achteraf) nietig te zijn, dan heeft dat gevolgen, niet alleen voor na de levering ten aanzien van de grond plaatsgevonden rechtshandelingen, maar ook op het punt van aansprakelijkheid van de notaris of een of meer betrokken partijen. Het zou wenselijk zijn als de

keuze om deze goederenrechtelijke werking te introduceren – hetgeen een breuk is met de thans bestaande lijn – nader gemotiveerd zou worden, en, gelet op de effecten, nader zou worden doordacht.

- 3.7. In artikel 9.9 is een algemeen herhalingsverbod opgenomen. Indien een voorkeursrecht is vervallen, kan dat zelfde bestuursorgaan niet binnen drie jaar een nieuw voorkeursrecht vestigen. Dit betekent dat indien bijvoorbeeld door het verstrijken van een termijn een voorkeursrecht vervalt – bijvoorbeeld omdat de raad van de gemeente niet op tijd het nieuwe omgevingsplan vaststelt – gedurende drie jaar geen nieuw voorkeursrecht kan worden gevestigd. Het laten verstrijken van de termijn kan dan dus niet meer worden geheeld door de vestiging van een nieuw voorkeursrecht, met als enig gevolg dat in de tussentijdse periode de eigenaar vrij was tot vervreemding aan een derde. In de huidige situatie is het herhalingsverbod gekoppeld aan de grondslag van het besluit. Indien bijvoorbeeld een voorkeursrecht op basis van een structuurvisie door ommekomst van de termijn van rechtswege vervalt, kan wel – bijvoorbeeld twee maanden later – een nieuw voorkeursrecht op basis van een bestemmingsplan worden gevestigd. De betreffende gemeente wordt in dit voorbeeld 'gestraft' voor het laten verstrijken van de termijn doordat de eigenaar gedurende de twee maanden vrij is tot vervreemding aan een derde over te gaan, maar de gevolgen zijn ook tot redelijke proporties beperkt doordat de situatie met een nieuw voorkeursrecht kan worden hersteld. Dat is een evenwichtige regeling, waarvan niet wordt ingezien dat deze zou moeten worden losgelaten.
- 3.8. Uit het voorgaande volgt dat de wijziging meer is dan een verlenging van de termijn van het herhalingsverbod zoals in de toelichting wordt vermeld. Zonder toelichting is niet goed te begrijpen waarom voor deze inhoudelijke wijziging is gekozen. Voor de praktijk van gemeenten lijkt het wel noodzakelijk hier ook een inhoudelijke overweging aan te wijden, of terug te keren naar het huidige systeem.
- 3.9. In artikel 9.3, lid 2 wordt melding gemaakt van een 'periode', zonder deze in tijd te limiteren. Een vergelijkbare bepaling verdient overigens ook een plaats in de artikelen 9.5 en 9.7.
- 3.10. Moeite hebben wij met de voorgestelde bepaling van artikel 9.18: het introduceren van een zelfrealisatie-uitzondering als gewichtige reden om niet aan de gemeente te hoeven aan te bieden. Deze bepaling opent de weg naar legio (nieuwe) 'ontwijkingsconstructies', zoals wij die nog kennen uit de tijd dat artikel 26 Wvg in de jurisprudentie een enorme vlucht nam (overigens een aanzienlijk grotere vlucht dan zou volgen uit de – niet aan de praktijk ontleende – getallen op p. 27 van de toelichting). Hoe ingewikkeld de zelfrealisatie-discussie is, blijkt uit het bestaande Kroonbeleid bij onteigening, en de jurisprudentie daarover van de civiele onteigeningsrechter. Artikel 9.18, lid 2 gaat ertoe leiden dat ook de bestuursrechter daarover jurisprudentie gaat ontwikkelen, hetgeen dan overigens parallel loopt met de nieuwe bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een onteige-

ningsbeschikking. Onze verwachting is dat een bepaling in deze vorm het nieuwe artikel 26 zal worden, en tot veel jurisprudentie zal leiden. Bovendien is de verhouding tussen deze bepaling en die van artikel 9.30 precair; een overeenkomst is ofwel geldig onder 9.18, lid 2 en wordt dan niet gehinderd door het voorkeursrecht, ofwel de overeenkomst voldoet niet aan de criteria van artikel 9.18, maar valt dan direct in de categorie van artikel 9.30 die vatbaar is voor nietigverklaring.

- 3.11. Ons is niet duidelijk wat in artikel 9.21, lid 2 de functie is van het onderscheid tussen voorkeursrechten voor concrete functies, en andere functies. De thans voorgestelde regeling zal naar verwachting tot een stroom jurisprudentie leiden waarin moet worden uitgemaakt of sprake is van een concrete functie. Het zou beter zijn dit met heldere wetgeving te voorkomen.
- 3.12. Het komt ons voor dat in artikel 9.22 het voorschrift van een 'gewaarmerkt afschrift' kan vervallen. Reeds in de huidige praktijk is onduidelijk wat daaronder wordt verstaan (veelal zet de gemeentesecretaris een stempel), maar dit vormvoorschrift kan zonder meer worden gemist.
- 3.13. Artikel 9.26, lid 1, in het bijzonder het voorschrift dat deskundigen 'zo snel mogelijk' aan de rechtbank advies over de prijs uitbrengen, is ons inziens te vrijblijvend geformuleerd. Een grondeigenaar die het voornemen tot vervreemding heeft, heeft in het algemeen belang bij een zo snel mogelijke procedure teneinde tot een transactie te komen. Het komt ons voor dat een wettelijke termijn op zijn plaats is.
- 3.14. Het bepaalde in artikel 9.26, lid 2 achten wij, gelet op de verwijzing in artikel 9.26 lid 3 naar de onteigeningsrechtelijke waardebevestigingen, overbodig; in het kader van de begroting van de werkelijke waarde wordt uit de aard der zaak 'de ligging en gesteldheid van de grond' in aanmerking genomen.

4. Onteigening

- 4.1. Naar aanleiding van de brief van 25 november 2015, waarin de contouren van de regeling zoals deze nu in de concepttekst staan al duidelijk zichtbaar werden, formuleerden we een reactie in de vorm van een overzichtsartikel dat is verschenen in het vaktijdschrift *Tijdschrift voor Bouwrecht*.¹ Een afschrift van dit artikel is als bijlage bij deze reactie gevoegd. Vele van onze vragen, opmerkingen en kanttekeningen, zijn nog zonder meer van toepassing op de voorliggende tekst van de Aanvullingswet. Wij kiezen er voor om in het kader van deze reactie niet in herhaling te vallen. In aanvulling op het reeds gestelde, hetgeen wij handhaven, willen we u nog het volgende meegeven.

¹ J.F. de Groot en A. de Snoo, *Onteigenen onder de Omgevingswet: een (r)evolutie*, TBR 2016/2.

- 4.2. Hoewel het niet onze keuze zou zijn – en wij daarvan de meerwaarde ook niet inzien – nemen wij tot uitgangspunt dat de onteigeningswet wordt ingetrokken (hoofdstuk 3, artikel 3.1). Wij vragen ons daarbij wel af wat er gebeurt met de bestaande onteigeningstitels die niet passen in de Omgevingswet, zoals titel III (onteigening in buitengewone omstandigheden) en titel Va (onteigening van octrooien). Hoewel het hier gaat om regelingen die de afgelopen jaren gelukkig zelden of nooit behoeften te worden toegepast, zijn dit wel regelingen die onderdeel behoren te zijn van een goed functionerende moderne rechtstaat.
- 4.3. In het verlengde hiervan vragen wij aandacht voor het feit dat de hele regeling van het onteigeningsrecht niet behoort te worden gereduceerd tot een louter instrumenteel thema dat in een willekeurige wet praktisch kan worden geregeld. Uiteraard kan het laten voortbestaan van de onteigeningswet geen doel op zich zijn, zeker niet vanuit nostalgische gevoelens voor een van de oudste wetten van ons land. Maar anderzijds gaat het onteigeningsrecht over een van de meest fundamentele zaken – het recht op eigendom – van onze rechtstaat waarover niet te licht kan worden gedacht. Het is niet zonder reden dat juist dit onderwerp meermaals tot hoog oplopende politieke spanning heeft geleid. Het intrekken van deze wet en het onderbrengen van dit onderwerp in een andere wettelijke regeling, vraagt en vereist een verdergaande motivering dan alleen argumenten van instrumentele en esthetische aard.
- 4.4. Bedenkingen hebben wij bij de regeling ten aanzien van de advisering door een commissie (artikel 11.10). De commissie moet binnen vier weken na de aanvraag advies uitbrengen. Dat belooft ons inziens niet veel goeds voor de kwaliteit van het advies, en daarmee voor de toegevoegde waarde ervan. Wij vrezen dat het advies zal verworden tot het afvinken van een checklist. Onduidelijk is of de commissie partijen nog moet horen, en wat de gevolgen zijn van advisering buiten de termijn van vier weken. Ook is niet duidelijk of de adviezen van de commissie openbaar worden, en daarmee een vergelijkbare status van 'beleid' krijgen als Kroonbesluiten in het huidige systeem. Wij menen dat overwogen zou kunnen worden om de inschakeling van de commissie facultatief te maken, eventueel te raadplegen voorafgaand aan de terinzagelegging van het ontwerpbesluit. De commissie wordt dan gereserveerd voor de ingewikkelde gevallen, voor welke gevallen de commissie ook meer tijd zou kunnen nemen. De commissie vervult dan een reguliere rol als adviesorgaan in de zin van de Awb.
- 4.5. Het is ons niet duidelijk waarom ten aanzien van de onteigeningsbeschikking wordt voorgesteld om coördinatie uit te sluiten. Als voor het omgevingsplan één instantie genoeg is, zou dat toch ook voor het daaraan direct gerelateerde onteigeningsbesluit kunnen gelden. Voor de kwaliteit van de besluitvorming kan het juist zinvol zijn om planologie en grondverwerving in het verband van elkaar te bediscussiëren, en het één niet los te zien van het ander. Dit voorkomt bovendien de huidige, voor de grondeigenaren frus-

terende, praktijk dat planologische argumenten in de onteigeningsprocedure niet worden gehoord, en hun eigendomsargumenten in de planologische procedure niet worden gehoord. Er is ons inziens veel voor te zeggen, zowel inhoudelijk, als qua snelheid en efficiency van de procedure, om de rechtsbescherming ten aanzien van het onteigeningsbesluit gelijk op te laten lopen met de rechtsbescherming die wordt geboden ten aanzien van het onderliggende planologische besluit, dat immers de noodzakelijke voorwaarde is voor onteigening. Dat speelt ook, en met name, ten aanzien van de gevallen die voorheen werden bestreken door Titel IIa, waar – onder voorwaarden – onteigening mogelijk was nog zonder onherroepelijke planologische onderlegger; door de werking van artikel 11.4, lid 1 sub c, zou die mogelijkheid verdwijnen.

- 4.6. Een belangrijk punt is wat ons betreft dat duidelijkheid dient te bestaan over de aard en wijze van 'toetsing' van de civiele rechter bij de start van de schadeprocedure. Inschrijving van de onteigeningsakte is niet mogelijk zonder betrokkenheid van de (civiele) schaderechter, althans voor wat betreft de descente en de voorlopige schadeloosstelling. De wet en de toelichting gaan uit van een voorafgaande mondelinge behandeling ten overstaan van de civiele rechter, bij gelegenheid waarvan partijen bijvoorbeeld nog overeenstemming over de schadeloosstelling kunnen bereiken. Maar is de civiele rechter op dat moment ook gehouden, of zelfs maar gerechtigd, om een (laatste) rechtmatigheidstoets uit te voeren? Is de onteigenende partij gehouden om nog een laatste aanbod te doen, en wordt getoetst of er sinds het nemen van de onteigeningsbeschikking (tot 12 maanden vóór het verzoek aan de rechtbank) nog voldoende is onderhandeld? Met andere woorden: als de artikelen 11.4 en 11.6 het noodzaak-vereiste voorop stellen, eindigt die beoordeling dan bij de onherroepelijkheid van de onteigeningsbeschikking, of weegt de civiele rechter die ook mee bij het totstandkomen van die onderdelen van de procedure (descente, voorlopige schadeloosstelling), die voor de inschrijving van de onteigeningsbeschikking en daarmee de eigendomsovergang van belang zijn? Daarmee is het ook de vraag of de uit het arrest Strijpse Kampen volgende functie van de civiele rechter die de laatste check doet op de rechtmatigheid van de onteigening, in het voorgestelde systeem nog overeind blijft. Sedert de onherroepelijkheid van de onteigeningsbeschikking, en zeker sinds het nemen van de beschikking, mogelijk meer dan een jaar daarvóór, kunnen er immers wijzigingen zijn geweest in de planvorming, of de intenties van de onteigenende partij. Ook zou de eigenaar, na het onherroepelijk worden van de planologische besluitvorming, alsnog kunnen besluiten tot zelfrealisatie over te gaan van het project dat hij eerst heeft bestreden, waarna het goed zou zijn dit voornemen gezien het gewicht van eigendoms- en zelfrealisatierecht wel een kans te geven en nog serieus te beoordelen. Indien dit alles niet de beoogde functie van de civiele rechter zou zijn, is het de vraag welke rol een mondelinge behandeling in dit stadium zou hebben, en of partijen daarvan ook zouden kunnen afzien, dan wel deze zouden kunnen combineren met de descente en notawisseling. Tegelijk zou dan wel komen vast te staan dat de civiele rech-

ter inderdaad geen enkele rol heeft ten aanzien van de daadwerkelijke eigendomsovergang; zoals wij in ons artikel in TBR hebben geschreven, willen wij die consequentie vooralsnog nog niet accepteren.

- 4.7. In de Aanvullingswet is niet voorzien in een procedure om te komen tot benoeming van de deskundigen waarin partijen een rol spelen (zie artikel 15.25), hetgeen afwijkt van een inmiddels gegroeide praktijk. Hoewel in de toelichting wordt vermeld dat de bezwaarprocedure vervalt, en dat deskundigen werken met een concept-rapportage, komt dat in de tekst van de wet (artikel 15.32) niet terug.
- 4.8. Het valt ons op dat in de artikelen 15.5 tot en met 15.8 gesleuteld is aan de formuleringen van de belangrijkste bepalingen over de schadeloosstelling. Wij menen dat dit een risico is, omdat een praktijk van circa 175 jaar onteigeningsjurisprudentie gebaseerd is op bepalingen waarmee de onteigeningspraktijk over het algemeen goed kan werken. Ons inziens zouden de aanpassingen heroverwogen moeten worden.
- 4.9. Indien u bij de keuze blijft om de formuleringen te moderniseren of aan te passen aan de heersende jurisprudentie, doen wij de navolgende suggesties.
- 4.10. Bij artikel 15.6, de herformulering van het huidige artikel 40c onteigeningswet, wordt ervoor gekozen de recente eliminatie-jurisprudentie te verwerken in onderdeel a door de introductie van het begrip overheidswerk. Nu uit recente jurisprudentie blijkt dat het vraagstuk van de eliminatie van plannen nog niet is uitgekristalliseerd,² zou overwogen kunnen worden om deze discussie (definitief) te beëindigen door eliminatie van (bestemmings)plannen als gevolg van het bestaan van concrete plannen voor het werk geheel uit te sluiten, zodat een en ander zich oplost via de bepaling die gaat over het elimineren van de invloed van uitgevoerde functies (artikel 15.8), te weten in de meeste gevallen door het vergoeden van planschade als onderdeel van de schadeloosstelling wegens onteigening.
- 4.11. In artikel 15.7 is de complexbenadering neergelegd. De gelegenheid zou te baat kunnen worden genomen – en dat geldt ook voor artikel 15.8 – om het begrip 'prijs' uit deze bepaling te schrappen. Van belang zijn begrippen als 'schadevergoeding' en '(werkelijke) waarde'; het begrip 'prijs' heeft, anders dan bij het voorkeursrecht, onteigeningsrechtelijk geen betekenis. In artikel 15.7 valt op dat de definitie van onteigeningsrechtelijk complex, thans geregeld in artikel 40d lid 2 onteigeningswet, is verplaatst naar onderdeel a. Daarmee lijkt deze definitie niet langer te zien op onderdeel b. Dat lijkt ons niet wenselijk. Het zou veeleer voor de hand liggen om de afbakening van het onteigeningsrechtelijk relevante complex, welke afbakening in de praktijk regelmatig tot discussies leidt, een steviger verankering in de wet te geven. In onderdeel b van de complexbepaling is de term

² HR 8 juli 2016, TBR 2016/139 m.nt. J.F. de Groot

'bestemming' gewijzigd in 'functies'. Het verdient aanbeveling die term te verduidelijken (feitelijke functie of 'functie' zoals die term het woord 'bestemming' in de Omgevingswet vervangt), dan wel aan te geven dat niets anders is bedoeld dan met bestemmingen.

- 4.12. De Aanvullingswet stelt voor om, via artikel 15.8, te handhaven de mogelijkheid dat via het verminderen van voordelen als gevolg van functies die door het werk waarvoor wordt onteigend tot uitvoering komen, baatafoming wordt toegepast binnen de onteigenings-schadeloosstelling. In artikel 40e onteigeningswet is deze baatafomingsbepaling een dode letter gebleven; wat is uw overweging om deze mogelijkheid toch in de wet te laten voortbestaan?
- 4.13. De gefixeerde schadevergoeding van artikel 42, lid 2 onteigeningswet, komt terug in artikel 15.10, lid 2. In de onteigeningsjurisprudentie is deze bepaling reeds opzij gezet als onverenigbaar met het Europese recht ten aanzien van schadeloosstellingen in gevallen waarin een dergelijk fixum niet in een redelijke verhouding staat tot de werkelijk geleden schade. Waarom wordt er voor gekozen deze bepaling te handhaven?
- 4.14. In de Aanvullingswet treffen we twee nieuwe bepalingen aan omtrent schadeloosstelling, te weten die voor een onbewoonbaar verklaard gebouw (artikel 15.16A) en die betreffende een aanschrijving Woningwet / overbewoning (artikel 15.16B). Deze bepalingen kunnen ons inziens zonder meer gemist worden, nu de vaststelling van de schadeloosstelling van dergelijke objecten zonder meer met behulp van de bestaande schadeloosstellingsbepalingen adequaat bereikt kan worden. Deze beide bepalingen voegen niets toe.
- 4.15. Het is onduidelijk waarop het voorgestelde artikel 15.2.II (schade ten gevolg van waardevermeerdering) betrekking heeft. Ook uit de toelichting wordt dit niet duidelijk.
- 4.16. Wij waarderen het positief dat in de Aanvullingswet wordt voorgesteld om de bijzondere regels voor cassatie in onteigeningszaken te laten varen, en om aansluiting te zoeken bij de commune regels voor de cassatieprocedure. Wel plaatsen wij een kanttekening bij het voornemen om van de uitspraak van de rechtbank ten aanzien van de schadeloosstelling alleen beroep in cassatie open te stellen (artikel 15.36). Het argument daarvoor kan niet gelegen zijn in de snelheid; de schadeprocedure wordt immers gevoerd op een moment dat de onteigeningsakte mogelijk reeds zal zijn gepasseerd, en de eigendom is overgegaan. De in schadeloosstellingsprocedures aan de orde zijnde aspecten zijn – in het merendeel van de gevallen – zeer verweven met vaststellingen van feitelijke aard, zodat het doelmatiger zal zijn om in de vorm van appel op een hof een tweede feitelijke instantie tussen te schuiven, als zeef voor cassatieberoepen die zich zullen moeten bedienen van (in hoofdzaak) motiveringsklachten. Het theoretisch mogelijke argument van kostenbesparing voor de overheid door niet in twee feitelijke instanties over de schade te hoeven procederen, mag uiteraard niet worden gevoerd waar het hier gaat om een

grondwettelijk recht op schadevergoeding. Het past niet dan de bijbehorende rechtsbescherming uit kostenoverwegingen te beperken, zodanig zelfs dat de rechtsbescherming aanzienlijk minder is dan die in geval van willekeurige andere schadevorderingen.

- 4.17. Het is vereist dat er een duidelijke regeling over de kosten komt, nu op dat punt belangrijke afwijkingen nodig zijn zowel van het bestuursprocesrecht, als van het burgerlijk procesrecht. Niet duidelijk is evenwel of in artikel 15.34, lid 6 van de Aanvullingswet bedoeld is om integraal over te nemen de staande jurisprudentie van de onteigeningsrechter dat de kosten die in de onteigeningsprocedure worden gemaakt, zowel processueel, als preprocessueel, de bestuursrechtelijke voorprocedure daaronder begrepen, integraal voor vergoeding in aanmerking komen, mits voldoende aan de dubbele redelijkheidstoets. Ditzelfde geldt voor de regeling in artikel 16.87c en 16.87d. Wij voegen daar nog aan toe dat naar onze mening dit onverkort zou moeten gelden voor de kosten van de cassatieprocedure (en hoger beroep indien daartoe alsnog mocht worden besloten), in zoverre er geen redelijk onderscheid is tussen de situatie waarin de rechtbank de schadeloosstelling vaststelt, en de situatie waarin de onteigende zich genoodzaakt ziet zich tot de Hoge Raad te wenden om (te trachten) diens volledige schadeloosstelling volgens de wet te verkrijgen. Gebleken is dat de Hoge Raad daarin slechts meegaat, indien daarvoor een expliciete wettelijke regeling bestaat.

Graag geven we u het voorgaande ter overweging mee, teneinde tot een nog beter wetsvoorstel te komen.

Indien een nadere toelichting of nader overleg wenselijk zou worden geacht, zijn wij daarvoor uiteraard beschikbaar.

Hoogachtend,
Houthoff Buruma,
Mede namens Jan Frans de Groot,



Arjen de Snoo

Bijlage:

J.F. de Groot / A. de Snoo, *Onteigenen onder de Omgevingswet; een (r)evolutie*, TBR 2016/2.



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 16-9-2016 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder .

nr. 1 - januari 2016 (/docs/articles/2016/januari[1])

TBR 2016/2

Onteigenen onder de Omgevingswet: een (r)evolutie

mr. J.F. de Groot, mr. A. de Snoo ¹

1. Inleiding

Al vanaf de eerste berichten over de Omgevingswet wordt als één van de daarin op te nemen wetten de onteigeningswet genoemd. Mede omdat dit onderdeel in het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel ² nog niet was ingevuld ³, bleef nog onduidelijk op welke wijze de onteigeningswet zou worden geïntegreerd in de Omgevingswet. Op 25 november 2015 zond de minister een brief aan de Tweede Kamer ⁴ (hierna kortweg ook: 'de brief') waarin voor onder meer de integratie van de onteigeningswet in de Omgevingswet een aantal principiële keuzes wordt genoemd en toegelicht.

Het antwoord op de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden, ten behoeve van de uitvoering van een project tot onteigening kan worden overgegaan, is vaak van grote invloed op de wijze waarop zowel publieke als private projecten worden vormgegeven en uitgevoerd. Het belang van het instrument van onteigening kan dan ook moeilijk worden overschat. Dit geldt nog temeer als wordt bedacht dat in de Omgevingswet toelatingsplanologie en een eerbiedigend overgangsrecht niet meer de vaste uitgangspunten zijn, maar er ook sprake kan zijn van gebodsbepalingen en een veel beperkter werkend overgangsrecht. Alle redenen om de in de brief van de minister beschreven uitgangspunten met aandacht - maar waar nodig ook kritisch - te beschouwen. Wij citeren bij de te bespreken onderdelen steeds de meest relevante passages uit de brief. Voorts voegen wij een schematisch overzicht bij, waarin is getracht neer te leggen hoe het systeem zoals dat in de brief is geschetst, er grosso modo uit zou zien.

2. Het onteigeningsrecht in beweging

Hoewel de onteigeningswet één van de oudste wetten is die het land kent - de onteigeningswet stamt uit 1851 en is nog een echte 'Thorbecke-wet' ⁵ - is het onteigeningsrecht zeker geen statisch en uitgekristalliseerd rechtsgebied. Zo blijft de rechtspraak omtrent de schadeloosstelling volop in beweging met steeds nieuwe en actuele vragen omtrent bijvoorbeeld de afbakening van een onteigeningsrechtelijk complex ⁶ of het al dan niet moeten elimineren van het bestemmingsplan als 'plan voor het werk'. ⁷ Ook op het gebied van het procesrecht is sprake van dynamiek. Met de Crisis- en herstelwet werd de administratieve procedure ingrijpend gewijzigd ⁸, waarna sommige wijzigingen - waaronder de aanvankelijke loskoppeling van onteigening en planologie - buiten toepassing bleven en werden teruggedraaid. ⁹

Hoewel enigszins buiten het terrein van de 'normale' onteigeningen gelegen, is het dienstig kort stil te staan bij de in 2012 gecreëerde mogelijkheid van onteigening via de Interventiewet. ¹⁰ Deze mogelijkheid is vooral bekend geworden door de toepassing daarvan bij de onteigening van SNS REAAL en SNS Bank op 1 februari 2013. De Minister van Financiën kan, indien hij van oordeel is 'dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt' besluiten tot onteigening van vermogensbestanddelen of effecten van die onderneming. ¹¹ De onteigening vindt dus plaats bij besluit van de minister. Tegen dat besluit kan bestuursrechtelijk beroep worden ingesteld, zij het dat dit dan wel binnen tien dagen dient te geschieden en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State binnen veertien dagen na ontvangst van het laatste beroepschrift uitspraak dient te doen.

¹² De schadeloosstelling wordt vervolgens vastgesteld door de ondernemingskamer van het Gerechtshof te

Amsterdam.¹³ Deze procedure wijkt zeer aanzienlijk af van de procedure op grond van de onteigeningswet, maar lijkt wel een inspiratiebron te zijn geweest voor de wijzigingen die nu door de minister in de brief worden aangekondigd.

3. Integratie van het instrumentarium in de Omgevingswet

In de brief schrijft de minister omtrent de uitgangspunten die worden gehanteerd bij het integreren van onder meer de onteigeningswet in de Omgevingswet het volgende:

'Hierbij ben ik uitgegaan van de volgende uitgangspunten:

verruiming van de mogelijkheden voor het flexibel inzetten van het beschikbare grondbeleidinstrumentarium, zodat gemeenten sneller kunnen reageren op ontwikkelingen in de markt;

handhaving van een evenwichtige en gevarieerde gereedschapskist voor zowel actief- als faciliterend grondbeleid;

versterking van de mogelijkheden voor een faciliterend grondbeleid, zodat gemeenten kunnen ontwikkelen zonder grote financiële risico's te nemen en burgers en bedrijven de kans krijgen zelf initiatief te nemen;

verbetering van transparantie, zodat gemeenteraden bij het vaststellen van plannen goed zijn geïnformeerd over financiële consequenties en mogelijke risico's.'

In deze uitgangspunten is onmiskenbaar te herkennen een verschuiving van het accent van het actieve grondbeleid, dat tot enkele jaren geleden populair was maar dat een aantal gemeenten als gevolg van de vastgoedcrisis financiële hoofdbrekens heeft opgeleverd, naar een faciliterend grondbeleid dat meer aansluit bij de aan de Omgevingswet ten grondslag liggende gedachte van een terugtrekkende en faciliterende overheid. Let wel: de minister spreekt zich niet uit voor of tegen het voeren van een actieve grondpolitiek door gemeenten, maar beoogt het instrumentarium beter toe te rusten voor faciliterend grondbeleid. Dat lijkt een begrijpelijke keuze. Een verder uitgangspunt is de beoogde vereenvoudiging van (toepassing van de) onteigeningswet. Een recent onderzoek van de Radboud Universiteit had daarvoor gepleit.¹⁴ Voor het overige zijn de genoemde uitgangspunten slechts toe te juichen. Daarbij zal nog wel moeten worden bezien hoe de voorgestelde wijzigingen zich verhouden tot deze uitgangspunten.

Meer in het algemeen plaatsen wij wel vraagtekens bij de beslissing om de gewijzigde onteigeningswet geen zelfstandige wet meer te laten zijn, maar om deze te integreren in de Omgevingswet. Reeds in de memorie van toelichting voor de Omgevingswet werd vermeld dat de regering via de Omgevingswet een integraal instrumentarium wil bieden voor beheer en ontwikkeling van de fysieke leefomgeving.¹⁵ Het streven kan op zich worden begrepen, maar niettemin achten wij dit voor wat betreft onder meer de onteigeningswet een minder voor de hand liggende keuze. Zoals we hierna nog zullen zien, is de onteigeningswet voor een groot deel civielrechtelijk van aard. Het gaat om de gedwongen ontneming van eigendom, inschrijving van de onteigeningstitel werkt titelzuiverend ten opzichte van alle bestaande lasten en rechten, bij de onteigende eigendom zijn diverse privaatrechtelijke rechten - beperkte rechten, zakelijke rechten zowel als persoonlijke gebruiksrechten - betrokken, en de vaststelling van de schadeloosstelling vindt plaats in de sfeer van het civiele recht. De onteigeningswet zal in de overigens met name publiekrechtelijk georiënteerde Omgevingswet een vreemde eend in de bijt worden, ook als de besluitvormingsprocedure geheel naar de bestuursrechtelijke kolom wordt verplaatst. Bovendien zal voor thans in de onteigeningswet geregelde 'exotische' onteigeningstitels, zoals de onteigening 'in geval van buitengewone omstandigheden' (brand, watersnood of bijv. oorlog)¹⁶ of de onteigening van rechten die voortvloeien uit een octrooiaanvraag¹⁷, een nieuwe plek gevonden moeten worden. Wat zou er op tegen zijn om de onteigeningswet, eventueel samengevoegd met de eveneens primair privaatrechtelijk georiënteerde Wet voorkeursrecht gemeenten, Wet inrichting landelijk gebied, de nieuwe regeling van de vrijwillige stedelijke herverkaveling en bijvoorbeeld de regeling van gedoogplichten, te bundelen in een separate wet?¹⁸ De inhoud van de Aanvullingswet grondeigendom zou wat ons betreft een eigen plaats, naast de Omgevingswet, rechtvaardigen. In het navolgende zal blijken dat het onteigeningsrecht, ook na toepassing van de verschillende voorgestelde wijzigingen, naar zijn aard geheel in de publiekrechtelijke jas van de Omgevingswet past. Voor de andere in de aanvullingswet te regelen onderwerpen is dit niet anders. Een zelfstandige 'Wet grondeigendom' zou hier een goede oplossing voor kunnen vormen. Het integreren van wetten 'óm het integreren' zien wij minder zitten indien dat de logische plaats binnen ons stelsel van wetgeving

en daarmee de hanteerbaarheid en overzichtelijkheid niet à priori ten goede komt of met zich brengt dat, omdat niet alles kan worden geïntegreerd, het onteigeningsrecht gedeeltelijk in de Omgevingswet en gedeeltelijk daarbuiten moet worden geregeld.

4. Het zelfrealisatierecht

Eén van de onderwerpen die in de brief wordt besproken, betreft de vraag of het recht van zelfrealisatie, tot op heden een zeer fundamenteel recht ¹⁹, de concurrentie op de markt verstoort en voor problemen op de nieuwbouwwaardmarkt zorgt. Deze suggestie is blijkens de brief onderzocht ²⁰, met als conclusie dat dit slechts van beperkte betekenis is. Daarmee is de kous echter nog niet af. In de brief wordt een uitgebreide beschouwing gegeven over de vraag of het zelfrealisatierecht zou kunnen worden beperkt, kennelijk op basis van een impliciet gelaten wens om dat daadwerkelijk te doen. Deze vraag wordt, naar onze mening terecht, negatief beantwoord:

'Afschaffing van dit verweer met een algemene maatregel is moeilijk denkbaar in het licht van het eigendomsrecht. Dit betekent dat ook inperking van zelfrealisatie in deze situatie geen begaanbare weg is. De eigenaar dient bij zijn zelfrealisatieverweer overigens wel concrete, uitvoeringsgerichte plannen te overleggen. Als deze plannen niet aansluiten bij het plan van de gemeente, kan alsnog worden onteigend.'

Daarmee lijkt voor wat betreft het onderwerp zelfrealisatie geen sprake te zijn van een wijziging ten opzichte van het huidige recht. Wel zou het aanbevelenswaardig zijn om bij de nieuwe redactie van de onteigeningswet eenduidige, duidelijke en bruikbare criteria omtrent de toetsing van een beroep op zelfrealisatie, als onderdeel van het uit het karakter van 'ultimum remedium' voortvloeiende noodzaakvereiste, vast te leggen. ²¹ De lijn van de Kroon terzake is niet altijd consistent, en is regelmatig onderwerp van dispuut bij de onteigeningsrechter. ²²

5. Geen rol meer voor de Kroon

Over het verloop van de onteigeningsprocedure volgens het thans geldende recht staat in de brief het volgende:

'De onteigening heeft plaats bij Koninklijk Besluit, waarbij de Afdeling advisering van de Raad van State wordt gehoord. Tegen dit besluit staat op grond van de Algemene wet bestuursrecht geen beroep open. Na het Koninklijk Besluit wordt de eigenaar of rechthebbende voor de rechtbank gedagvaard om de onteigening te horen uitspreken en het bedrag van de schadeloosstelling te horen bepalen. De civiele rechter kan daarbij op verzoek het onteigeningsbesluit marginaal toetsen. Door inschrijving van het vonnis in de openbare registers gaat de eigendom over van de onteigende naar de onteigenende.' ²³

In de thans bestaande administratieve onteigeningsprocedure is het niet het centrale of decentrale bestuursorgaan zelf dat omtrent het kunnen inzetten van het instrumentarium van de onteigeningswet beslist, maar een ander bestuursorgaan, de Kroon. Door het gebruik van woorden als 'de jurisprudentie van de Kroon' wordt daarbij nogal eens de suggestie gewekt dat de Kroon als een quasi-rechter zou beslissen, terwijl juridisch en feitelijk slechts sprake is van het ene bestuursorgaan dat een besluit neemt op verzoek van het andere bestuursorgaan.

Wat de minister betreft, wordt dit geheel anders onder de Omgevingswet:

'Een belangrijke vernieuwing die het kabinet voorstaat met de Aanvullingswet is een scherper onderscheid tussen enerzijds het publiekrechtelijke spoor waarin een onteigeningsbesluit tot stand komt en anderzijds het civielrechtelijke spoor waarin de schadeloosstelling wordt vastgesteld. Dit maakt het onteigeningsrecht overzichtelijker.

Het kabinet zal een regeling uitwerken waarin de onteigeningsbeschikking wordt genomen en getoetst binnen de bestuursrechtelijke kolom. Het bestuursorgaan dat in het algemeen belang tot onteigening over wil gaan, behoeft in de nieuwe regeling niet langer de Kroon te verzoeken de onroerende zaken bij Koninklijk Besluit aan te wijzen. Gemeenten, waterschappen, provincies en de ministers die het aangaan, krijgen in de Omgevingswet zelf de bevoegdheid om te besluiten tot onteigening. Dit sluit aan bij het uitgangspunt van de Omgevingswet dat elke overheid de beschikking krijgt over de benodigde instrumenten om haar eigen omgevingsbeleid uit te voeren. De motivering van de onteigeningsbeschikking, die volgens de uniforme openbare

voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht zal worden voorbereid, zal berusten op de huidige criteria algemeen belang, noodzaak en urgentie die onverkort blijven gelden en wettelijk zullen worden vastgelegd. Als extra waarborg voor een zorgvuldige besluitvorming, zal ik een onafhankelijke commissie instellen die het bestuursorgaan dat het aangaat formeel zal adviseren over het betreffende besluit.'

Het eerste dat bij dit citaat opvalt is dat er geen sprake meer zal zijn van een verzoekbesluit van het onteigenende bestuursorgaan aan de Kroon, waarna de Kroon in een Koninklijk Besluit de betreffende gronden ter onteigening aanwijst. Het bestuursorgaan dat de gronden voor uitvoering van een ruimtelijk plan nodig heeft, zal zelf tot onteigening besluiten. Daarmee wordt teruggekeerd naar de situatie van vóór de Crisis- en herstelwet, toen deze wijze van besluitvorming reeds bestond, toen echter nog aangevuld met het goedkeuringsvereiste van de Kroon. In het nu voorgestelde stelsel behoudt de Kroon geen rol meer, niet als besluitvormend orgaan, maar evenmin als goedkeurend orgaan. Ofschoon de inbreng van de Kroon zeker ook goede kanten heeft gehad, menen wij dat op dit punt aansluiting bij de commune regels van de Algemene wet bestuursrecht alleszins verdedigbaar is. Een bekend bezwaar van de tussenschakeling van de Kroon, in de ogen van de onteigende, is de als intransparant gevoelde procedure bij de corporate dienst van Rijkswaterstaat. Nu in de praktijk ook de advisering door de Raad van State, die ingevolge artikel 78 onteigeningswet over het verzoek wordt gehoord, zeer 'dun' blijkt te zijn - de Raad van State krijgt in de praktijk van de Kroon alleen het concept-onteigeningsbesluit en niet het integrale dossier toegezonden, zodat van een beoordeling nauwelijks sprake kan zijn - kan ook die tussenschakel worden gemist. Wat overblijft is het nemen van het onteigeningsbesluit door het bestuursorgaan na het verplicht gevoerd zijn van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb.²⁴ Die toepassing van de voorbereidingsprocedure zal dan ook weer door de bestuursrechter kunnen worden getoetst, zodat ook een einde komt aan de eigen draai - ten nadele van de partij die onteigend wordt - die de Kroon aan deze procedure heeft gegeven.²⁵ Zeker wanneer in ogenschouw wordt genomen dat de huidige criteria (die toch vooral in de 'jurisprudentie' van de Kroon zijn ontwikkeld) wettelijk zouden kunnen worden vastgelegd, lijkt tegen dit voorstel weinig bezwaar te bestaan. Het terugbrengen van de bevoegdheid om te besluiten tot onteigening naar het niveau van de uitvoerende overheid past tenslotte beter in het uitgangspunt 'decentraal wat kan, centraal wat moet' dan de bestaande gecentraliseerde onteigeningsbevoegdheid.

6. Verplichte advisering door een adviescommissie

In het hiervoor weergegeven citaat uit de brief van de minister wordt gemeld dat een adviescommissie zal worden ingesteld die het bestuursorgaan zal adviseren. De mededeling dat als extra waarborg het bestuursorgaan door een onafhankelijke commissie zal moeten worden geadviseerd, lijkt te getuigen van weinig vertrouwen op voorhand in de kwaliteit van de besluitvorming. Het wekt toch ook wel op het eerste gezicht de indruk dat de Kroon, althans de corporate dienst van Rijkswaterstaat, via deze omweg toch weer een rol krijgt toebedeeld in de procedure. Mogelijk is dat niet bedoeld - de kamerbrief laat zich niet uit over de bemensing van de onafhankelijke commissie - maar ook los daarvan plaatsen wij vraagtekens bij nut en noodzaak van verplichte advisering. Partijen die regelmatig onteigenen zullen een dergelijke verplichte advisering ervaren als een hinderlijk en tijdrovend obstakel in de procedure, terwijl de partijen die vrijwel nooit onteigenen in de markt voldoende deskundig advies zullen kunnen inwinnen en zich ook door terzake deskundige adviseurs kunnen laten begeleiden. Het lijkt veeleer voor de hand te liggen alleen in de gevallen dat daadwerkelijk over het besluit tot onteigening wordt geprocedeerd een verplichte advisering voor te schrijven. Dat betreft dan immers slechts een beperkt deel van de gevallen; veelal is namelijk niet de onteigening, maar de hoogte van de schadeloosstelling het probleem. En dan geen advisering van het bestuur, maar advisering van de onteigeningsrechter. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door de Stichting advisering bestuursrechtspraak (StAB) toe te rusten met specialistische onteigeningsrechtelijke kennis. De bestuursrechter, die voor het eerst als onteigeningsrechter zal rechtspreken, zal zeker in het begin een dergelijke ondersteuning kunnen gebruiken.

In beide varianten zal er echter voor moeten worden gewaakt dat de adviseur, net als de Kroon dat thans heeft gedaan, door middel van handreikingen, notities en quasi-jurisprudentie (weer) een geheel eigen stelsel van regels en voorwaarden naast het wettelijke systeem gaat creëren. Bovendien moet worden bedacht dat in alle gevallen het besluitende bestuursorgaan exclusief bevoegd blijft om tot onteigening te besluiten; de advisering kan nimmer bindend zijn. Het bestuursorgaan zal elk advies derhalve toch - voorzien van voldoende deskundigheid - op eigen merites moeten beoordelen, en zal niet mogen afgaan op een onzorgvuldig tot stand gekomen of anderszins ondeugdelijk advies. Een vernietigd onteigeningsbesluit kan immers volgens de vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie onrechtmatigheid van het handelen van het bestuursorgaan c.q. de

publiekrechtelijke rechtspersoon met zich brengen. Daarnaast zal ervoor moeten worden gewaakt dat de consultatie van de adviseur geen grote vertragende factor in het proces wordt. Op dit moment is de besluitvorming door de Kroon één van de meest tijdrovende onderdelen van de onteigeningsprocedure, en de met de Crisis- en herstelwet aangebrachte wijzigingen die een versnelling van die besluitvorming beoogden, hebben dat effect zeker niet gehad.²⁶ Met een verplichte advisering lijkt opnieuw een ongelukkige vertraging te worden ingebouwd in de procedure, hetgeen uiteraard niet de bedoeling kan zijn. Wij pleiten ervoor dit voorgenomen onderdeel van de besluitvormingsprocedure nog eens te heroverwegen, en het veeleer te zoeken in deskundige advisering van de bestuursrechter.

7. Onteigening bij bestuursrechtelijke onteigeningsbeschikking

Omtrent het verloop van de procedure en de rechtsbescherming tegen het besluit tot onteigening - let wel: het besluit waarmee iemand zijn of haar eigendom rechtens wordt afgenomen - staat in de brief van de minister het volgende:

'Door beroep tegen de onteigeningsbeschikking open te stellen bij de bestuursrechter wordt gewaarborgd dat een rechthebbende, door het instellen van beroep, rechtsbescherming verkrijgt die gelijkwaardig is aan het huidige stelsel met de Kroon. De verweermogelijkheden van de rechthebbende blijven gelijk. Met de uitspraak van de hoogste bestuursrechter wordt de onteigening onherroepelijk en kan deze worden ingeschreven in de openbare registers. Indien de beroepstermijn verloopt, zonder dat de rechthebbende een beroepschrift heeft ingediend, wordt de onteigeningsbeschikking op dat moment reeds onherroepelijk.'

Hier lezen we één van de meest ingrijpende voorstellen tot verandering: voorgesteld wordt om de onteigening niet meer door middel van de inschrijving van een vonnis van de burgerlijke rechter, maar door inschrijving van een onherroepelijk geworden beschikking van een bestuursorgaan te laten plaatsvinden.

De keuze voor titeltoetsing in de bestuursrechtelijke kolom is zeker niet nieuw. Reeds aan het eind van de vorige eeuw heeft een ambtelijke MDW-werkgroep²⁷ de onteigeningswet doorgelicht, en heeft deze werkgroep gezien welke mogelijkheden er zijn om de onteigeningsprocedure te stroomlijnen, wat het gewenste beschermingsniveau zou moeten zijn en hoe de onteigeningswet meer in overeenstemming met de Awb zou kunnen worden gebracht. Het toenmalige kabinetsstandpunt ging uit van een onteigeningsbesluit (titelbesluit en schadebesluit) op decentraal niveau, met tegen het titelbesluit administratief beroep bij de minister.²⁸ Nadien is ervoor gepleit om het titelbesluit geheel bestuursrechtelijk te laten behandelen, de rol van de Kroon uit te sluiten, tegen het titelbesluit beroep bij de bestuursrechter open te stellen, maar de civiele rechter een rol te laten houden ten aanzien van het uitspreken van een te vorderen onteigening en het vaststellen van de schadeloosstelling.²⁹ De gedachte van administratief beroep komt - ons inziens terecht - niet meer terug.

De in de brief geuite gedachte dat de rechtsbescherming gelijkwaardig is aan die welke thans aanwezig is ten aanzien van het besluit van de Kroon, is niet geheel terecht. Het besluit dat in het nieuwe stelsel wordt genomen, heeft immers een veel verdergaande strekking. Indien in de thans bestaande procedure wordt verzuimd in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure een zienswijze in te dienen bij de Kroon, is dat op zijn minst uiterst vervelend - dit beperkt de mogelijkheden om bij de burgerlijke rechter nog tegen het Kroonbesluit tot onteigening op te komen - maar is daarmee de onteigening nog niet per definitie een feit. De civiele rechter kan thans immers in elk geval nog op algemene rechtmatigheidsaspecten toetsen.³⁰ In het voorgestelde systeem zou het denkbaar zijn dat bewust of onbewust zou worden verzuimd tegen het besluit tot onteigening op te komen. Daarmee zou, zonder enige rechterlijke tussenkomst, laat staan rechterlijke toetsing, de onteigening een feit worden in zoverre daarmee de weg vrij is voor de inschrijving van de onherroepelijk geworden onteigeningsbeschikking in de openbare registers. Dit is nog een extra groot risico als wordt bedacht dat in het bestuursrecht zonder verplichte rechtsbijstand mag worden geprocedeerd en aldus van de vrijwel zekere partijadviesing door een onteigeningsrechtelijke geschoolde, die volgt op het ontvangen van dagvaarding, niet in alle gevallen meer sprake zal zijn. De bestuursrechtelijke procedure vergt ons inziens een aantal duidelijke, en ten opzichte van de Awb aanvullende, waarborgen. Zo zal onomstotelijk moeten vaststaan dat de eigenaar, en alle relevante derden-belanghebbenden, de onteigeningsbeschikking met zekerheid en tijdig hebben ontvangen, en daarvan hebben kunnen kennisnemen. Een voorwaarde voor het kunnen inschrijven van de onteigeningsbeschikking zal daarom moeten zijn het bewijs van ontvangst van de beschikking door de eigenaar en de andere belanghebbenden, waarvoor op vergelijkbare wijze als in het nieuwe burgerlijk procesrecht voor het oproepingsbericht zal kunnen gelden dat de ontvangst slechts door het bij exploit laten

betekenen door een deurwaarder kan worden bewezen. Op deze wijze kan tot een aanvaardbare wijze van zekerstellen van de kennisname van dit belangrijke besluit worden gekomen. Bovendien zal het voor de eigenaar en de derden-belanghebbenden volstrekt duidelijk moeten zijn wat de betekenis is van die beschikking en van het belang om daarop indien gewenst ook daadwerkelijk en tijdig genoeg te reageren. Zeker in de gevallen dat gelijktijdig ook wordt onderhandeld en de eigenaar de overheid, in hoop tot een goede regeling te kunnen komen, niet tegen de haren in wil strijken, is deskundige advisering omtrent de juridische en strategische aspecten, van groot belang.

De brief laat vooralsnog open hoe de rechtsbescherming in de bestuursrechtelijke kolom zal verlopen. Een keuze voor rechtsbescherming in één of twee instanties is nog niet gemaakt. Wij menen dat het voor de hand zou liggen om het onteigeningsbesluit van het bestuursorgaan in eerste en enige instantie door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te laten toetsen. Indien de beslissing omtrent de rechtmatigheid van onteigening bij de civiele rechter wordt weggehaald - en daarmee ook bij de Hoge Raad als rechtseenheidsrechter - zouden zowel de snelheid van de onteigeningsprocedure, als de vereiste rechtseenheid, ermee zijn gediend om beroep in één instantie bij de Afdeling open te stellen. Zou in eerste aanleg beroep op de rechtbank open staan, dan zal de onteigende partij die in beroep verliest, nagenoeg altijd hoger beroep instellen. De drempel daarvoor is niet hoog. Dat betekent dat over het onteigeningsbesluit dan in nagenoeg alle gevallen in twee instanties zal worden geprocedeerd. Dat is thans niet het geval. De zeefwerking zoals die thans bestaat voor het cassatieberoep, maakt dat tegen de meeste onteigeningsvonnissen geen cassatieberoep wordt ingesteld. Waar dat toch gebeurt, worden veelal argumenten aangevoerd waar de Hoge Raad niets mee kan (onvoldoende minnelijke onderhandelingen etc.). Dat leidt dan tot niet-ontvankelijkheid op de voet van artikel 80a RO, of afdoening met verkorte motivering volgens artikel 81 RO. Het doen verschuiven van de toetsing van de onteigeningstitel naar de bestuursrechtelijke kolom, zou dergelijke nodeloze en veelal slechts 'tijd-frustrerende' cassatieberoepen voorkomen. Maar dan zal er in die bestuursrechtelijke kolom wel een efficiënte procedure moeten zijn, die bovendien de rechtseenheid waarborgt. Dat alles pleit voor de Afdeling als enige bestuursrechtelijke onteigeningsrechter. Bovendien kan op die wijze de onteigeningsbeschikking, indien deze gecoördineerd wordt voorbereid met het planologische besluit, ook in samenhang door de Afdeling worden getoetst.

Enkele andere aspecten die bij de verdere uitwerking de aandacht verdienen, zijn de volgende.

Voor wat betreft de inhoud van de toetsing door de Afdeling geldt dat een marginale toetsing gezien de aard van de onteigeningsbeschikking niet voor de hand ligt. Ook een toetsing ex tunc zou, zeker waar het betreft de noodzaak tot onteigening en derhalve de vragen of voldoende is onderhandeld, of een beroep op het recht van zelfrealisatie kan worden gedaan en of de verwerving voor de uitvoering van het werk nog wel nodig is, te beperkt zijn. Een duidelijke instructie hieromtrent om een te terughoudende opstelling van de Afdeling te voorkomen, zou daarom in de Omgevingswet gewenst zijn.

De Algemene wet bestuursrecht kent niet een pendant van artikel 20 onteigeningswet, waaruit volgt dat indien de onteigende buiten het Koninkrijk woont, een onbekende woonplaats heeft, of overleden is, het geding tegen een gevolmachtigde of bewindvoerder wordt gevoerd, of bij gebreke daarvan tegen een door de rechtbank te benoemen derde. Wordt hiervoor geen voorziening getroffen, dan zal dit het bestuursorgaan bij de voorbereiding van de onteigeningsbeschikking voor de nodige problemen stellen. Gelet op de inmiddels bestaande betekeningmogelijkheden in den vreemde - die ten tijde van de totstandkoming van artikel 20 onteigeningswet nog niet bestonden - zullen bovendien in voorkomend geval afwijkende termijnen moeten gelden.

De Awb kent evenmin een pendant van artikel 50 onteigeningswet en de daarop gevormde jurisprudentie. Thans is het zo dat de kosten van juridische en andere deskundige bijstand, zowel in de processuele fase als in de pre-processuele fase (de fase van minnelijke onderhandelingen en het bestuurlijke traject) in beginsel volledig voor rekening van de onteigenende partij komen, mits de opgave van de kosten voldoet aan de dubbele redelijkheidstoets. Dat systeem verdient handhaving; de onteigende moet zich kunnen voorzien van juridische en andere deskundige bijstand teneinde zich adequaat te weer te stellen tegen enig voornemen tot onteigening, althans teneinde dat voornemen op zijn merites te kunnen beoordelen. Met alleen het Besluit proceskosten bestuursrecht en zonder nadere wettelijke borging zou sprake zijn van discontinuïteit ten opzichte van deze vaste jurisprudentie, die zeker enige pendant heeft in de waarborgen die artikel 6 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol EVRM de onteigende bieden. Dit betekent dat in de Omgevingswet een regeling zal moeten worden opgenomen voor de vergoeding van de kosten, ook uit de fase van vóór de vaststelling van de beschikking. ³¹

8. De bestuursrechter oordeelt exclusief over de onteigening

Een van de meest opvallende passages in de brief van de minister over het instrument van onteigening is de volgende:

'De toetsing door de civiele rechter van het onteigeningsbesluit van de Kroon is in dit stelsel niet langer nodig en vervalt. Voorwaarden voor inschrijving blijven onverminderd dat de grondslag in bijvoorbeeld het omgevingsplan of het projectbesluit onherroepelijk is, dat de plaatsopneming door de deskundigen gereed is en dat het voorschot op de schadeloosstelling is betaald.'

Is het uit de procedure verdwijnen van de Kroon en het geheel bestuursrechtelijk afdoen van het titelbesluit weliswaar ingrijpend te noemen maar in het licht van eerdere gedachten ook een logische stap, het elimineren van de rol van de civiele (onteigenings)rechter ten aanzien van het beoordelen van een vordering tot onteigening is op zijn minst genomen revolutionair. Daar waar het in het thans geldende recht de civiele rechter is die, na het doorlopen van de bestuursrechtelijke procedure waarin is besloten tot onteigening, de daadwerkelijke onteigening uitspreekt en daarmee oordeelt over het ontnemen van het eigendomsrecht, wordt door de minister voorgesteld dat de civiele rechter daar niet meer aan te pas hoeft te komen en het bestuursrechtelijke besluit, in het beste geval getoetst door de bestuursrechter, volstaat.

Deze keuze spreekt ons ook in het geheel niet aan, en ons inziens kleeft daaraan bovendien een groot aantal nadelen. Het moet de minister worden toegegeven: de Grondwet noch enige Europeesrechtelijke regel dwingen ertoe de onteigening door een civiele rechter te laten uitspreken in een geding op tegenspraak, zoals het recht sinds 1851 heeft gegolden. Toch is er veel voor te zeggen om de civiele rechter deze positie te laten behouden. De Hoge Raad heeft nog onlangs overwogen: ³²

'Het recht van eigendom is een door het EVRM gewaarborgd grondrecht (art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM). Onteigening is een zeer ingrijpend instrument dat de overheid ten dienste staat, hetgeen tot uitdrukking is gebracht in de genoemde bepaling van het Eerste Protocol en in art. 14 van de Grondwet.'

Een dergelijk zeer ingrijpend instrument, dat ingrijpt in het meest sterke recht dat wij kennen, het eigendomsrecht, zou ons inziens niet haar werking moeten hebben door middel van het eenvoudig onherroepelijk worden van een beschikking. Het uitspreken van de onteigening past bij uitstek bij de civiele rechter - die anders dan de bestuursrechter gewoon is omtrent eigendoms kwesties te oordelen - in een daartoe strekkend geding waarin de onteigende behoorlijk is opgeroepen.

Bovendien veronderstelt het in de brief voorgestelde systeem ook een bepaalde taakopvatting van de instrumenterend notaris. Deze bewerkstelligt immers de inschrijving van de beschikking waarvan het bestuursorgaan hem mededeelt dat deze onherroepelijk is geworden. Moet de notaris zich vervolgens bezighouden met kwesties als verschoonbare termijnoverschrijding, of de mogelijkheid van herziening van een uitspraak, of herroeping van een bestuursbesluit? Zal de notaris tot inschrijving overgaan als de onteigende hem - wijzend op issues in de bestuursrechtelijke procedure - aansprakelijk houdt voor de schadelijke gevolgen van inschrijving? Ervan uitgaande dat inschrijving in de openbare registers, evenals thans, titelzuiverende werking heeft ³³, betekent inschrijving immers nogal wat. Niet alleen voor de eigenaar, maar voor alle derdenbelanghebbenden die door de inschrijving hun rechten verliezen.

Wij bepleiten een systeem waarin een in de bestuursrechtelijke kolom onherroepelijk geworden onteigeningsbeschikking de rechtmatige basis is voor een gerechtelijke onteigeningsprocedure die twee aspecten kent: (1) de uitspraak van de onteigening op vordering van de onteigenende partij, en (2) de zelfstandige vaststelling van de schadeloosstelling door de onteigeningsrechter. Men kan tegenwerpen: wat voegt een uitspraak van de civiele rechter omtrent de onteigening nog toe aan de door een uitspraak van de Afdeling onherroepelijk geworden onteigeningsbeschikking? Het antwoord is driedelig.

In de eerste plaats zou het door ons bepleite systeem bewerkstelligen dat na het onherroepelijk worden van de onteigeningstitel en voor inschrijving van die beschikking (en daarmee eigendomsovergang) nog een 'artikel 17 onteigeningswet-periode' zou bestaan: een periode waarin nogmaals moet worden getracht in der minne overeenstemming te bereiken. Niet zelden trekt in het huidige systeem een Kroonbesluit een eigenaar over de streep, en laat deze het niet op een procedure aankomen. De onherroepelijke onteigeningsbeschikking zou hetzelfde effect kunnen hebben, hetgeen een lange en kostbare civiele procedure over de schadeloosstelling zou kunnen voorkomen. De minister volgend, zou die ruimte er niet zijn: de onteigeningsakte en de inschrijving ervan volgen kort na het onherroepelijk worden. Dit klemt te meer, indien de bestuursrechter ex tunc zou

oordelen, met andere woorden: naar het moment van het nemen van de onteigeningsbeschikking. Met ontwikkelingen sedert dat moment wordt dan in de procedure geen rekening meer gehouden. Het lijkt ongewenst dat de eigendom overgaat, terwijl er de 6 tot 9 maanden daarvoor geen enkele minnelijke verwervingspoging meer hoeft te zijn geweest.

In de tweede plaats is de civiele onteigeningsrechter bij uitstek geëquipeerd om allerhande civielrechtelijke aspecten die met de onteigening verband houden in zijn vonnis of beschikking het hoofd te bieden. Een voorbeeld is de toepassing van artikel 38 onteigeningswet: de onteigende kan in bepaalde gevallen vorderen dat de overheid een niet in de onteigening betrokken deel van zijn eigendom toch mee overneemt. Een dergelijke vordering is niet eenvoudig in Awb-termen te gieten, nog daargelaten dat dit materieel wezensvreemd is aan het bestuursrecht. Datzelfde geldt voor het in de beschikking of het vonnis opnemen van erfdienstbaarheden die op de zaak gevestigd moeten blijven.³⁴

In de derde plaats menen wij dat het zowel rechtstatelijk als moreel een meerwaarde heeft om de civiele rechter een door een overheid gevorderde onteigening te laten uitspreken. De overheid die ten behoeve van het overheidsbelang de eigendom van een burger wenst af te nemen, zal dat altijd moeten laten plaatsvinden via een onafhankelijke rechter, die in deze per definitie ongelijke strijd van grote belangen oordeelt. Het is dan dezelfde rechter die de onteigening formeel uitspreekt, als die de daaruit voortvloeiende schadeloosstelling vaststelt. De speelruimte van de civiele rechter is uit de aard der zaak beperkt; hij zal de onherroepelijke onteigeningsbeschikking als uitgangspunt moeten nemen. Op aspecten van noodzaak en andere vormen van belangenafweging is door de bestuursrechter onherroepelijk beslist. Daarover kan zelfs geen klacht bij de civiele rechter worden geformuleerd. Daar gaat dit deel van de civiele procedure dan ook niet over. De civiele rechter zal de op de onherroepelijke onteigeningsbeschikking gebaseerde civiele onteigeningsvordering beoordelen op algemene rechtmatigheidsaspecten - zoals: vindt onteigening nog wel plaats voor het doel waarvoor de beschikking is gegeven; is aan alle wettelijke formaliteiten voldaan; is sprake van 'aperte onrechtmatigheid' etc. - alsmede op de vraag of het bestuursorgaan ook na de onteigeningsbeschikking nog een voldoende poging tot minnelijke verwerving heeft gedaan. Aangezien, anders dan thans, de civiele onteigeningsrechter niet de eerste rechter is die over de onteigening oordeelt - ervan uitgaande dat de Afdeling de beschikking in stand heeft gelaten - zal weliswaar formeel het rechtsmiddel van cassatie openstaan, maar slechts voor het zeer beperkte (maar ons inziens wel onmisbare) gedeelte waarover de civiele rechter nog kan oordelen. Een enkele uitzondering daargelaten zal daartegen niet of nauwelijks met succes in cassatie zijn te klagen - hier ligt het tussenschuiven van een appelmogelijkheid zeker niet voor de hand - zodat voor het vertragende effect dat thans uitgaat van cassatieberoepen die gaan over het noodzaakvereiste (zelfrealisatie etc.) niet behoefte te worden gevreesd. De Hoge Raad zal in dergelijke gevallen niet schromen om, zoals hij eerder heeft gedaan³⁵, daarvoor de niet-ontvankelijkheidsbepaling van artikel 80a Wet RO in te zetten.

Alles bijeen genomen waarden wij het voorgestelde systeem dat de bestuursrechter exclusief over de onteigening oordeelt en dat met onmiddellijke inschrijving van een onherroepelijk geworden onteigeningsbeschikking de kous af is, negatief. De civiele rechter zal een grotere rol dienen te hebben dan alleen de vaststelling van de schadeloosstelling, ook als die rol materieel correct is ingeperkt door een onherroepelijke uitspraak van de Afdeling. Mits die procedure - met name voor wat betreft de oproeping van alle belanghebbenden - met voldoende waarborgen is omgeven, leidt dat ons inziens tot een sluitend en acceptabel geheel.

Het voorgaande overziend blijkt hier heel duidelijk dat de wens het onteigeningsrecht onder te brengen in de publiekrechtelijke jas van de Omgevingswet, tot een slecht passend geheel leidt. Waar de besluitvorming tot onteigening wel publiekrechtelijk is, is de onteigening zelf dat niet en laat deze zich daarom ook niet goed publiekrechtelijk afdoen. De beoogde vergaande vereenvoudiging die heel begrijpelijk is - als een stap in een procedure kan worden geschrapt, moet dat ook zeker gebeuren - slaat hier door en levert een moeizaam en gewrongen geheel op. Bij wijze van vingeroefening en als illustratie van de onverenigbaarheid van de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke elementen in één procedure, kan worden bedacht hoe het geheel eruit zou zien als voor de andere variant van vereenvoudiging zou zijn gekozen: uitsluiting van de rechtsmiddelen tegen de onteigeningsbeschikking en volledige toetsing daarvan door de civiele onteigeningsrechter. Die variant is spiegelbeeldig aan de door de minister voorgestelde route: nu wordt de bestuursrechter in plaats van de civiele rechter geschrapt. Evenzoveel (spiegelbeeldige) bezwaren bestaan hiertegen: ontstaat er zo wel een nieuwe periode waarin moet worden onderhandeld, is de civiele rechter wel in staat een publiekrechtelijk

besluit te beoordelen en hoort dat oordeel wel bij deze rechter thuis, etcetera. Duidelijk is dat onteigening een kwestie is waarin altijd twee beoordelingen noodzakelijk zijn: van de bestuursrechtelijke aspecten door de bestuursrechter en van de civiele aspecten door de civiele rechter.

9. Schadeloosstelling bij onteigening procedureel gewijzigd, niet materieel

Voor wat betreft de schadeloosstelling wegens onteigening lijken minder ingrijpende aanpassingen op stapel te staan. In elk geval blijft de vaststelling van de schadeloosstelling voorbehouden aan de civiele rechter, die de schadeloosstelling zelfstandig zal moeten vaststellen. De minister schrijft hierover:

'De schadeloosstellingsprocedure zal vorm krijgen volgens de nieuwe civielrechtelijke procedureregels zoals die zijn voorgesteld in het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie. Doordat er in die nieuwe procedure meer nadruk wordt gelegd op vroegtijdig contact met de rechter en het verbeteren van de mogelijkheden voor de rechter om regie en maatwerk te voeren, ontstaat een vereenvoudigde schadeloosstellingsprocedure die recht doet aan de belangen en posities van de betrokken partijen. Ongewijzigd blijft dat de rechter de schadeloosstelling zelfstandig dient vast te stellen, ongeacht de aangeboden schadeloosstelling.'

In de eerste plaats zou uit deze tekst kunnen worden afgeleid - maar geheel duidelijk is het niet - dat de minister niet voornemens is voorstellen te doen voor wat betreft het (materieel) recht op schadeloosstelling zelf. Op het moment van afronding van deze bijdrage ³⁶ is nog onbekend hoe de Hoge Raad zal oordelen in de thans actuele discussie omtrent de eliminatie voor de waardebeoordeling van bestemmingsplannen ³⁷, in welk kader met enige regelmaat wordt opgemerkt dat het niet de rechter maar de wetgever is die daaromtrent de beslissende keuzes dient te maken. ³⁸ Indien de Hoge Raad de conclusies van de advocaat-generaal in de eliminatiediscussie zal volgen, en de verkeerswaarde naar het peilmoment als uitgangspunt voor de waardebeoordeling nog fier overeind zou staan, zal de wetgever geen aanleiding zien om in te grijpen. Dat zou mogelijk anders komen te liggen, indien uit de rechtspraak van de Hoge Raad zou komen te volgen dat de facto een draai naar vergoeding van de gebruikswaarde is gemaakt.

Ook zonder inhoudelijke wijzigingen zou het voor de praktijk nuttig zijn als de gelegenheid van integratie in de Omgevingswet te baat wordt genomen om in ieder geval de bepalingen omtrent de schadeloosstelling in een logisch verband, opgefrist, en helder opnieuw te formuleren. Daarin zal dan ook de bestaande jurisprudentie moeten worden verwerkt, met name die jurisprudentie die bepalingen van de onteigeningswet wegens strijd met het Europese recht opzij heeft gezet. ³⁹ Gezien de huidige zeer gedateerde redactie van de betreffende bepalingen, is het welhaast ondenkbaar dat de wetgever dit hoofdstuk ongemoeid zal laten.

Daarnaast is het zeker wenselijk om de procedure van vaststelling van de schadeloosstelling te moderniseren. Aansluiting bij het commune systeem van civiele schadeprocedures, met de benoeming van en advisering door deskundigen, lijkt daarbij weliswaar voor de hand te liggen, maar wij moeten in dit verband pleiten voor aandacht voor de eigenheid van de rol van de deskundigen in de onteigeningsprocedure. ⁴⁰ De wijze van totstandkoming van de door de rechtbank te benoemen commissie van onteigeningsdeskundigen, en de door deze commissie te hanteren termijnen, zullen in dat kader aandacht verdienen. Voorts moet worden bepleit dat de rol van de rechter(-commissaris) in onteigeningszaken actiever wordt. In het thans bestaande systeem lijkt het primaat tot het moment van deponeren van het definitieve rapport bij de deskundigen te liggen, zonder veel sturing ten aanzien van de te onderzoeken onderwerpen. Een voor de praktijk belangrijk voordeel zou kunnen zijn dat de deskundigen door de rechtbank, met input van de partijen, daartoe geïnstrueerd aan de hand van duidelijke en concrete vragen hun taak kunnen vervullen. In veel gevallen bestaat slechts behoefte aan een deskundigenoordeel over een gedeelte van het totale palet aan schadebestanddelen.

Ook aan de thans bestaande volgorde - eerst de administratieve procedure, pas daarna de gerechtelijke procedure en de schadeloosstelling - zou aandacht mogen worden besteed. In een aanzienlijk deel van de gevallen bestaat tussen de partijen immers niet zozeer een verschil van inzicht omtrent de onteigening zelf, als wel omtrent de hoogte van de schadeloosstelling. In die gevallen kunnen de partijen er zeker bij gebaat zijn als al in een veel eerder stadium een oordeel omtrent de hoogte van de schadeloosstelling kan worden verkregen. In theorie is dit thans ook mogelijk door al vóór het slaan van het KB de vervroegde plaatsopneming ⁴¹ te vragen, maar in de praktijk duurt het zodanig lang voordat een voorlopig oordeel van de deskundigen is verkregen, dat dit in de onderhandelingen voorafgaand aan de start van de gerechtelijke procedure zelden nog een rol zal kunnen spelen. Met een snel en vroegtijdig (voorlopig) oordeel over de schadeloosstelling zouden

vele procedures over de onteigening zelf kunnen worden vermeden. De brief geeft nog geen duidelijkheid over de vraag of en op welke wijze een vervroegde plaatsopneming, met dit doel, in de procedure kan worden ingepast.

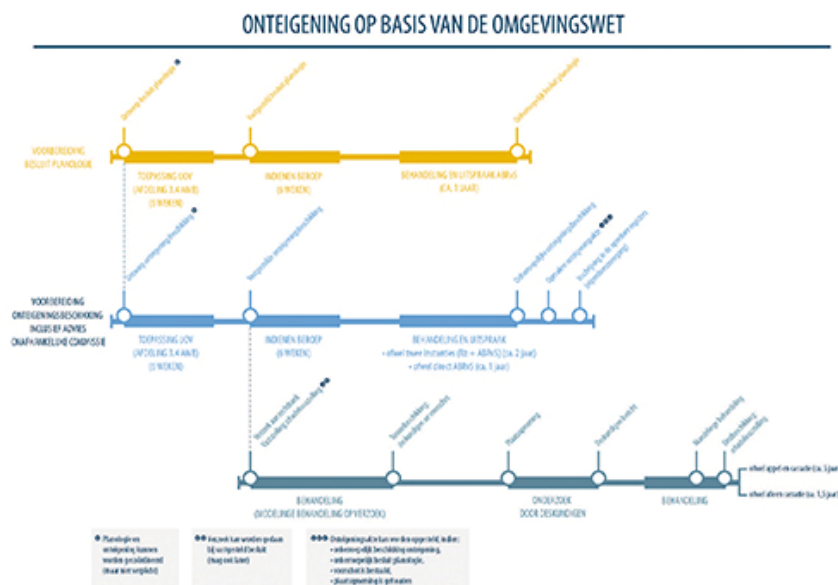
Ten slotte ligt nog open de vraag hoe de rechtsbescherming tegen een vonnis (straks mogelijk: beschikking) van de rechtbank houdende de vaststelling van de schadeloosstelling is geregeld. Op dit moment staat daarvan alleen beroep in cassatie open. Ons inziens is er alles voor te zeggen om hier aansluiting te zoeken bij regels van Burgerlijke rechtsvordering, en om hoger beroep van de eerste aanleg mogelijk te maken, met cassatie als sluitstuk van de procedure. In de praktijk neemt de procedure strekkende tot vaststelling van de schadeloosstelling reeds veel tijd in beslag zodat 'snelheid' als argument om alleen cassatieberoep open te stellen, niet overtuigt. Bovendien hangt de vaststelling van de schadeloosstelling wegens onteigening uit de aard der zaak sterk samen met waarderingen van feitelijke aard. De beslechting van deze geschillen past beter in een systeem met twee feitelijke instanties, waarbij de cassatieprocedure dan, meer dan thans, beperkt zal blijven tot de zaken waarin daadwerkelijk rechtsvragen aan de orde zijn. In de slijpstream van deze aanpassing kunnen dan tevens de termijnen van de rechtsmiddelen in onteigeningsprocedures tot normale proporties worden gebracht, kan het bezwaarschrift tegen het deskundigenadvies worden geschrapt ⁴², en kan in de wet worden vastgelegd dat ook de kosten van het voeren van een cassatieprocedure in een onteigeningsgeding voor vergoeding volgens de hoofdregel van (thans) artikel 50 onteigeningswet voor vergoeding in aanmerking komen.

⁴³

10. Conclusie

De brief van 25 november 2015 is interessante kost. Niet alleen wordt duidelijk dat na bijna twintig jaar praten en filosoferen over een integrale herziening van de onteigeningswet ⁴⁴, de overgang van deze wet van het domein van het Ministerie van Justitie naar dat van Infrastructuur & Milieu, nu toch gaat opleveren dat die herziening er gaat komen. Wat ons betreft hoeft dat er niet toe te leiden dat alle wetgeving die ziet op het grondbeleid in de Omgevingswet opgaat. Dat tussen de verschillende wetten en beleidsonderwerpen een relatie bestaat, mag niet de ogen doen sluiten voor het eigen karakter van wetten als de onteigeningswet, de Wet voorkeursrecht gemeenten, de Wet inrichting landelijk gebied en van een nieuw onderwerp als stedelijke herverkaveling. De grote civielrechtelijke component van al deze onderwerpen lijkt zich moeilijk te laten inpassen in de toch geheel bestuursrechtelijke Omgevingswet, zodat een zelfstandige 'Wet grondeigendom' een betere keuze lijkt te zijn. De keuze voor afdoening van de onteigeningsbesluitvorming geheel in de bestuursrechtelijke kolom, inclusief toetsing door de bestuursrechter, lijkt een goede keuze. We zagen dat daarbij nog diverse uitwerkings-issues spelen. De keuze om het uitspreken van de onteigening bij de civiele rechter weg te halen - of eigenlijk gezegd: de keuze om de onteigening reeds te effectueren met inschrijving van een onherroepelijk geworden onteigeningsbeschikking - achten wij niet gelukkig, en het nogmaals doordenken waard.

Op de volgende pagina is een schematisch overzicht geplaatst waarin is getracht neer te leggen hoe het systeem zoals dat in de brief is geschetst, er grosso modo uit zou zien. Klik hier (<http://www.ibr.nl/site/assets/files/6545/tbr2016-2-schema.pdf>) voor de pdf versie van dit schema.



- 1 Jan Frans de Groot en Arjen de Snoo zijn advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.
- 2 Het wetsvoorstel is op 1 juli 2015 door de Tweede Kamer aangenomen en is daarna onder nummer EK 33962, A aan de Eerste Kamer voorgelegd.
- 3 In het wetsvoorstel is hoofdstuk 9 hiervoor gereserveerd.
- 4 Kamerstukken II 2014/15, 27 581, nr. 53.
- 5 Wet van 28 augustus 1851, Stb. 125.
- 6 Artikel 40d onteigeningswet.
- 7 Artikel 40c onteigeningswet. Zie daarover bijvoorbeeld zeer recent de conclusies van A-G Van Oven van 4 september 2015: ECLI: NL: PHR:2015:1700 en ECLI:NL:PHR:2015:1701, in welke zaken de Hoge Raad op het punt staat arrest te wijzen.
- 8 Zie voor een uitvoerige beschouwing van die wijzigingen en de behandeling van de desbetreffende onderdelen van de Crisis- en herstellwet in de Tweede en Eerste Kamer: J.F. de Groot en A. de Snoo: 'Onteigening in crisis, De voorstellen tot versnelling van onteigening (I) en (II)', BR 2009, p. 991-1004 en BR 2010, p. 490-499.
- 9 Zie voor meer daarover A. de Snoo, 'Koppeling onteigening en planologie: terug bij af', TBR 2010/174 (/tbr/2010-174).
- 10 Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen, Stb. 2012/241.
- 11 Aldus artikel 6:2 Wft.
- 12 Artikel 6:6 en 6:7 Wft.
- 13 Artikel 6:10 Wft.
- 14 Radboud Universiteit Nijmegen, ten grond beschouwd: een onderzoek naar alternatieven en verbeteringen voor het juridische instrumentarium op het gebied van grondbeleid in het kader van de totstandkoming van de Omgevingswet en de evaluatie van de Onteigeningswet, oktober 2012, Kamerstukken II 2012/13, 33 118, nr. 7, bijlage.
- 15 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 322.
- 16 Onteigeningswet, titel III (artikelen 73 - 76bis)
- 17 Onteigeningswet, titel Va (artikelen 104A en 104B).
- 18 Bijvoorbeeld aan te duiden als de Wet grondeigendom.
- 19 Zie L.C. Groen, Het zelfrealisatierecht; Ruimtelijk instrumentarium in verhouding tot het eigendomsrecht, diss. VU Amsterdam 2014, Den Haag: IBR 2014; E. Rentmeesters/W.J.E. van der Werf, Zelfrealisatie bij onteigening in Vlaanderen en Nederland, Antwerpen: Intersentia 2015.
- 20 Parlementair Onderzoek Huizenprijzen, Fase 1. Meta-analyse bestaand onderzoek, Eindrapportage RIGO Research en Advies BV, Brink Management en Advies BV, 2013, p. 43 behorend bij Rapport Kosten Koper - Een reconstructie van 20 jaar stijgende huizenprijzen van de tijdelijk commissie Huizenprijzen, Kamerstukken II 2012/13, 33 194, nr. 2. Zie ook Rapport Concurrentie en keuze op de markt voor nieuwe koopwoningen, Vervolgmeting met update voor de jaren 2013 en 2014, OTB Onderzoek voor de gebouwde omgeving, Faculteit Bouwkunde/TU Delft, mei 2015.

- 21 Zie J.F. de Groot, Noodzaak voor onteigening: actualiteiten zelfrealisatie, O&A 2009, nr. 1, p. 38.
- 22 Zo werd bijvoorbeeld in het KB Hedwigepolder (Stcrt. 2014, 34042) geoordeeld dat geen sprake mag zijn van een voorwaardelijk zelfrealisatieverweer, terwijl dit nog geen half jaar later in het KB Echt-Susteren (Stcrt. 2015, 12855) wel (weer) werd toegestaan.
- 23 De eerste zin in dit citaat is natuurlijk wat te kort door de bocht. De onteigening vindt niet plaats bij Koninklijk Besluit - daarmee wordt alleen de titel voor de onteigening verkregen - maar door middel van de inschrijving van het onteigeningsvonnis in de openbare registers.
- 24 Voor de toepassing van afdeling 3.4 Awb lijkt vooral te zijn gekozen omdat dit steeds meer gebruikelijk is voor ingrijpende besluiten in het omgevingsrecht en omdat de afstemming met de ruimtelijke procedure dan eenvoudiger is. Inhoudelijk lijkt hier echter geen noodzaak voor te bestaan omdat de kring van belanghebbenden bij het onteigeningsbesluit, anders dan bij de meeste andere omgevingsrechtelijke besluiten, van tevoren goed in kaart kan worden gebracht en duidelijk is afgebakend.
- 25 Zo placht de Kroon bijvoorbeeld geen echt ontwerp-besluit, maar alleen de aanvraag gevat in het format van een KB ter inzage te leggen. Zie voor verder voor kritische kanttekeningen vanuit de praktijk bij de werkwijze van de Kroon: mr. G.J.M. de Jager, mr. J.J. Hoekstra, 'De Onteigeningswet in de praktijk, Verslag van het onderzoek en het seminar ter gelegenheid van het vierde lustrum van de Vereniging van Onteigeningsadvocaten', TBR 2012/3 (/tbr/2012-3).
- 26 Zie C. Visser BBA, ir. C.A.C. Frikkee RT, 'De Crisis- en herstelwet en onteigening: versnelling of vertraging?', TBR 2012/25 (/tbr/2012-25).
- 27 Werkgroep Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.
- 28 MDW-Evaluatie Onteigeningswet, Kamerstukken II 1999/00, 24 036, nr. 174; VROM-Advies 020, Het instrument geslepen, maart 2000, Nota Grondbeleid, Kamerstukken II 2000/01, 27 581, nr. 2, p. 69-70.
- 29 Aldus J.F. de Groot en A. de Snoo: 'Onteigening in crisis, De voorstellen tot versnelling van onteigening (I)', BR 2009, p. 1004, en zeer expliciet: J.F. de Groot, in: 'Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij? (Deel 2), Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 1 december 2011 te Amersfoort (Beraadslagingen naar aanleiding van de preadviezen)', TBR 2012/100 (/tbr/2012-100), p. 559.
- 30 HR 29 november 2003, NJ 2004/198 (Strijpse kampen).
- 31 HR 6 februari 2015, NJ 2015/253 (Beenders/Weert).
- 32 HR 6 februari 2015, NJ 2015/253 (Beenders/Weert).
- 33 Artikel 59, lid 3 Ow.
- 34 Artikel 59, lid 3 Ow.
- 35 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:43 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:43>).
- 36 Deze bijdrage is afgesloten op 21 december 2015.
- 37 Na de bekende '9-juli-arresten' (HR 9 juli 2010, NJ 2010/631, m.nt. P.C.E. van Wijmen, BR 2011/11, m.nt. E.W.J. de Groot, TBR 2010/204 (/tbr/2010-204), m.nt. E. van der Schans (Van der Eijk/Zuid Holland; Maasstede e.a /Zuid Holland; Verburg/Zuid Holland)) is een stroom uiteenlopende lagere rechtspraak ontstaan, waaronder als meest bekende Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4822 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2014:4822>) (Keizer/Gorinchem), Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2014, 85397/HAZA 12-353 (ongepubliceerd) en zijn de nodige artikelen geschreven en bijeenkomsten gehouden, waaronder 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 en 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 (/tbr/2015-4).
- 38 Zie de conclusies van A-G Van Oven van 4 september 2015: ECLI:NL:PHR:2015:1700 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2015:1700>) en ECLI:NL:PHR:2015:1701 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2015:1701>).
- 39 Zie bijvoorbeeld: HR 30 november 1994, NJ 1995,668 m.nt. MB inzake artikel 42, lid 2 onteigeningswet.
- 40 Zie voor meer daarover J.A.M.A. Sluysmans, 'Verleden en toekomst van de deskundige in het onteigeningsrecht', O&A 2015/89
- 41 Op basis van artikel 54a onteigeningswet.
- 42 Artikel 37 onteigeningswet.
- 43 Zie J.F. de Groot, De cassatieprocedure bij onteigening, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2013, nr. 2, p. 52.
- 44 Zie voor aanbevelingen die vanuit de praktijk in dat kader zijn gedaan bijvoorbeeld J.A.M.A. Sluysmans, 'Een herziening van de Onteigeningswet, Enkele wenken voor de wetgever', TBR 2009/25 (/tbr/2009-25).

