

Ministerie van Infrastructuur en Milieu
T.a.v. mevrouw drs. M.H. Schultz van Haegen
Postbus 20901
2500 EX 'S-GRAVENHAGE

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

Geachte mevrouw Schultz van Haegen,

Bij brief van 1 juli 2016 heeft u ons het concept voor het voorstel voor de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet met bijbehorende memorie van toelichting ter advisering voorgelegd met verzoek in ons advies in te gaan op de voorgestelde vormgeving van het onteigeningsrecht overeenkomstig de motie Ronnes-Veldman (Kamerstukken II 2015/16, 29 383, nr. 263). Gaarne voldoen wij aan dit verzoek.

1 Plan van behandeling

Wij zullen hierna eerst (nr. 2) aandacht besteden aan de internationaalrechtelijke en grondwettelijke bescherming van de eigendom en het systeem van het concept wetsvoorstel het algemeen (de totstandkoming en de toetsing van de onteigeningsbeschikking), met name in het licht van de aan de onteigende toekomstige procedurele bescherming. Vervolgens (nrs. 3-7) zullen wij enkele bijzondere onderwerpen behandelen in het licht van de aan de onteigende toekomstige bijzondere bescherming.

2 De bescherming van de eigendom

2.1 Eigendom is een fundamenteel recht waarvan de bescherming zowel in de Grondwet als in internationale verdragen wordt gewaarborgd. Onteigening is de meest verregaande inbreuk op dat recht. Een dergelijke inbreuk is op grond van art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) slechts toelaatbaar als die een wettelijke basis heeft, een legitiem doel dient en in redelijke verhouding staat tot dat doel. Zie bijv. Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) 5 januari 2000, *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, §§ 108-14, ECHR 2000-I). Het gaat er kort gezegd om of er een 'fair balance' in acht is genomen tussen het maatschappelijke belang op grond waarvan wordt onteigend en het individuele belang van de getroffen eigenaar. Een behoorlijke schadeloosstelling is een belangrijke factor bij de bepaling of die

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

evenwichtigheid aanwezig is. Dit houdt niet in dat de schadeloosstelling noodzakelijkerwijs volgens de vigerende marktwaarde moet plaatsvinden (zie bijvoorbeeld: EHRM 25 maart 1999, *Papachelas v. Greece* [GC], no. 31423/96, § 48, ECHR 1999-II). Hoewel art. 1 van het Eerste Protocol geen expliciete procedurele eisen stelt, blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat de getroffene een redelijke gelegenheid moet hebben om effectief op te komen tegen de inbreuk op zijn eigendom. Of hieraan is voldaan wordt door het EHRM beoordeeld in het licht van de gehele gang van zaken bij de onteigening (zie het arrest van 21 mei 2002, *Jokela v. Finland*, no. 28856/95, § 45, ECHR 2002-IV). De geboden rechtsbescherming in onteigeningsprocedures moet voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM.

2.2 Onteigening is volgens het concept van de memorie van toelichting alleen gepast als daartoe daadwerkelijk de noodzaak bestaat. Voorts dient de schadeloosstelling als bedoeld in het voorgestelde art. 15.2, zoals het concept van de memorie van toelichting op meerdere plaatsen opmerkt (op p. 32 en 42), een volledige te zijn, dat wil zeggen dat zij alle schade dient te omvatten die de rechthebbenden lijden als gevolg van de onteigening. Tot slot dient de onteigeningsprocedure zodanig te zijn ingericht dat de rechthebbenden daarin voldoende bescherming genieten. Dat betreft niet alleen de mogelijkheden om op te komen tegen het besluit tot onteigening en te procederen over de hoogte van de schadeloosstelling, maar ook de duur van de procedure en de (volledige vergoeding van de) kosten van de procedure. De onteigende dient immers ook geen schade te lijden als gevolg van een onvolkomen opzet van de procedure en wat daarmee samenhangt. Naleving van deze eis, die kort kan worden aangeduid als die van de procedurele bescherming van de rechthebbenden, is naar wij begrijpen eveneens een doelstelling is van de regeling van het ontwerp (vgl. p. 41 onderaan van het concept van de memorie van toelichting en de art. 15.34 en 16.87b-16.87d van het concept). Deze uitgangspunten voldoen aan de internationaalrechtelijke eisen, zoals die hiervoor beknopt zijn gememoreerd.

2.3 Wij stellen voorop dat de vereenvoudiging van de onteigeningsregels en het schrappen van in onbruik geraakte bepalingen ons een belangrijke verbetering lijkt die het concept brengt. Deze maken het onteigeningsrecht duidelijker en meer toegankelijk. Daarmee wordt ook de hiervoor genoemde procedurele bescherming van rechthebbenden gediend.

2.4 Het ontwerp kiest ervoor de onteigeningsregelgeving onder te brengen in de Omgevingswet, waarmee de onteigening wordt geplaatst in een wet die er geheel op is gericht om het bestuurlijk wettelijk kader te scheppen voor het voeren van beleid met betrekking tot de fysieke leefomgeving. Deze keuze is blijkens het concept van de memorie van toelichting ingegeven door de gedachte dat onteigening een van meerdere instrumenten is met betrekking tot het beheer en de ontwikkeling van de fysieke leefomgeving (p. 30; zie ook *Handelingen II 2013-2014*, 33 962, nr. 3, p. 8). Het concept werkt de onteigeningsregelgeving ook dienovereenkomstig uit, wat al tot uitdrukking komt in art. 11.1 ervan.

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

De voorgestelde wettelijke regeling legt (al) dus de nadruk volledig op het beleid met betrekking tot de fysieke leefomgeving en de instrumentele rol daarin van de mogelijkheid tot onteigening. De vraag kan rijzen op grond van welke argumenten de alternatieve mogelijkheid van herziening van de Onteigeningswet niet is gevolgd. Een nadere uitleg van deze keuze ligt in de rede, menen wij.

2.5 Het concept codificeert de goeddeels door de Kroon ontwikkelde maatstaven om de vereiste onteigeningsnoodzaak vast te stellen (art. 11.4-11.7) en biedt de rechthebbenden in zoverre eenzelfde bescherming tegen onteigening als het huidige recht. In het ontwerp wordt de bevoegdheid om tot onteigening te besluiten echter van de Kroon overgeheveld naar een orgaan van het overheidslichaam ten behoeve van wie de onteigening plaatsvindt (art. 11.2 lid 1 van het concept). Het besluit ter zake wordt vatbaar voor beroep op grond van de Awb en op de voorbereiding ervan is de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing. In plaats van toetsing door de Kroon (die mede en ten volle op doelmatigheid plaatsvindt), gevolgd door toetsing door de burgerlijke rechter (op grond van het Benthem-arrest van het EHRM), vindt toetsing voortaan plaats door de bestuursrechter. Het concept bevat hiernaast in art. 11.10 de waarborg dat over het besluit geadviseerd moet worden door een onafhankelijke, door de minister in te stellen adviescommissie voor onteigeningen.

2.6 Door deze wijzigingen is in een aantal opzichten sprake van een wijziging van de rechtspositie van rechthebbenden. Dat betreft in de eerste plaats het feit dat rechthebbenden, anders dan thans, zelf actief moeten opkomen tegen het besluit tot onteigening; de door de Kroon ambtshalve uitgevoerde toetsing van de onteigeningsnoodzaak komt te vervallen. Dat opkomen door rechthebbenden zal bovendien in beginsel al moeten plaatsvinden bij de voorbereiding van het besluit, door het tijdig - binnen zes weken - naar voren brengen van een zienswijze als bedoeld in art. 3:15 Awb, omdat anders in beginsel geen beroep meer openstaat bij de bestuursrechter (art. 6:15 Awb). Voorts zal binnen de beroepstermijn van zes weken beroep moeten worden ingesteld tegen de onteigeningsbeschikking, die anders formele rechtskracht krijgt. Onder het huidige recht bestaat geen termijn om op te komen tegen het onteigeningsbesluit en is steeds toetsing van het onteigeningsbesluit door de burgerlijke rechter mogelijk ongeacht de procedurele stappen die de onteigenden eventueel gezet hebben in het voorafgaande stadium.

2.7 Het concept wetsvoorstel gaat er kennelijk vanuit dat op deze wijze voldoende wordt gegarandeerd dat de onteigeningsbeslissing niet onherroepelijk wordt voordat een onteigende ook in praktische zin redelijkerwijs rechterlijke toetsing heeft kunnen initiëren. Op dit punt zou een nadere onderbouwing gerezen twijfel¹ kunnen wegnemen. Een beroep op verschoonbare

¹ Zie hierover ook J.A.M.A. Sluysmans, *Onteigening in de Aanvullingswet grondeigendom*, NJB 2016, p. 1970-1973, J.F. de Groot en A. de Snoo, *Onteigenen onder de Omgevingswet: een (r)evolutie*, TBR 2016/2, en het verslag van het seminar van de Vereniging voor Onteigeningsrecht over de (on)wenselijkheid van wijzigingen in de onteigeningsregelgeving, TBR 2015/51.

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

termijnoverschrijding en op de uitzondering van art. 6:15 Awb² zal hier naar onze verwachting niet altijd soelaas kunnen bieden, mede gelet op het bewijsrisico dat daarbij op de betrokkenen wordt gelegd. Bovendien zal dat beroep tot ongewenste onzekerheid kunnen leiden bij zowel de rechthebbende als de onteigenaar.

3 Verval van de onteigeningsbeschikking

3.1 Volgens art. 11.9 van het concept vervalt de onteigeningsbeschikking als de onteigenaar niet uiterlijk binnen twaalf maanden na het onherroepelijk worden van die beschikking aan de rechtbank verzoekt de schadeloosstelling te bepalen. Art. 11.16 van het concept bepaalt dat de onteigeningsakte alleen binnen twee maanden na dagtekening ervan kan worden ingeschreven in de openbare registers. Deze bepalingen laten de mogelijkheid open dat de doorzetting van een onteigening na het onherroepelijk worden van de onteigeningsbeschikking nog lange tijd onzeker blijft. De onteigenaar kan immers, ook nadat hij de schadeloosstellingsprocedure op gang heeft gebracht, de voorlopige schadeloosstelling is vastgesteld en na het onherroepelijk worden van de onteigeningsbeschikking en van het besluit ter uitvoering waarvan de onteigening nodig is, ervoor kiezen om de voorlopige schadeloosstelling nog niet uit te keren en dus ook geen onteigeningsakte te laten opstellen, maar eerst de afloop van de schadeloosstellingsprocedure af te wachten (in welke procedure dan het probleem ontstaat dat een schadeloosstelling moet worden vastgesteld terwijl de in art. 15.3.2 van het concept bedoelde peildatum nog in de toekomst is gelegen).³ Nadat de schadeloosstelling onherroepelijk is vastgesteld, lijkt er bovendien geen garantie te bestaan dat de onteigenaar de onteigening voortvarend zal doorzetten. De onteigende en andere belanghebbenden blijven daardoor mogelijk geruime tijd in onzekerheid of de onteigening nog zal doorgaan, en krijgen ondertussen niet de vergoeding die zij nodig kunnen hebben om hun leven of hun bedrijf opnieuw in te richten. Het laten ontstaan van een voortdurende onzekerheid kan in beginsel een afzonderlijke inbreuk vormen op eigendomsrecht en ook problemen opleveren in verband met de redelijke termijn in de zin van art. 6 EVRM. Wij adviseren u daarmee rekening te houden in de definitieve versie van het wetsvoorstel en in de toelichting daarbij.

3.2 In dit verband kan in overweging worden genomen om in art. 11.9, te bepalen dat de onteigeningsbeschikking vervalt als niet uiterlijk binnen een bepaalde termijn (bv. drie maanden) nadat voldaan is aan de vereisten van de onderdelen a. en b. van het eerste lid van art. 11.24 (i) de schadeloosstelling bedoeld in art. 11.11 onherroepelijk is vastgesteld, en (ii) de in artikel 11.12 bedoelde onteigeningsakte is verleden en in de openbare registers is ingeschreven.

² Die uitzondering geldt als het redelijkerwijs niet verwijtbaar is dat geen zienswijze naar voren is gebracht in de voorbereidingsprocedure.

³ Art. 11.14 lid 1, letter d, voorziet in die mogelijkheid door te bepalen dat de onteigeningsakte verleden kan worden als de schadeloosstelling, bedoeld in art. 11.11 betaald is.

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

De thans in art. 54q van de Onteigeningswet (Ow) geregelde schadevergoedingsplicht vormt een prikkel voor de onteigenaar om het onherroepelijk geworden vonnis van vervroegde onteigening snel in te schrijven, zodat de peildatum dicht bij die van de descende zal liggen. Die nuttige prikkel zou gehandhaafd kunnen worden met een bepaling die inhoudt dat de onteigenende partij de onteigeningsakte moet laten verlijden en inschrijven in de openbare registers binnen een bepaalde termijn (bv. twee maanden) nadat is voldaan aan de vereisten a., b. en c. van het eerste lid van art. 11.14 en de voorlopige schadeloosstelling bedoeld in art. 15.24 is vastgesteld. De schadeplicht van art. 15.18 van het concept zou dan als sanctie kunnen worden aangewezen voor het niet binnen die termijn laten verlijden en inschrijven in de openbare registers van de onteigeningsakte.

4 Verhoging van de voorlopige schadeloosstelling

Uit art. 15.13 leden 1 en 2 van het concept valt af te leiden dat de voorlopige schadeloosstelling kan worden verhoogd. Thans regelt art. 50o Ow de mogelijkheid van een (eenmalige) verhoging van het voorschot, maar het concept geeft geen regels voor een mogelijke verhoging van de voorlopige schadeloosstelling. Het lijkt ons wenselijk dat daarvoor een regeling in de wet wordt opgenomen.

5 Toepasselijkheid van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

5.1 Art. 15.19 van het concept verklaart het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) niet van toepassing op het deskundigenbericht. Uit de toelichting op het art. (blz. 107 van het concept van de memorie van toelichting) valt af te leiden dat dit de enige uitzondering is op de toepasselijkheid van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. Als dat inderdaad de bedoeling is, breekt het concept met de regel van art. 2 Ow dat in het onteigeningsgeding de regels van burgerlijke rechtsvordering van toepassing zijn voor *zover daarvan in de wet niet is afgeweken*. Althans het breekt met de uitleg die de Hoge Raad aan deze bepaling heeft gegeven in die zin dat ook het stelsel van de Onteigeningswet en de bijzondere aard en rechtsgang van de onteigeningsprocedure in de weg kunnen staan aan de toepasselijkheid daarin van bepaalde regels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁴

5.2 In dit verband vragen wij ons af of het concept de beginselen van de huidige wet wil afschaffen dat de onteigeningsrechter zich na de uitspraak van de vervroegde onteigening alleen nog maar buigt over de vast te stellen schadeloosstelling, dat hij die schadeloosstelling in een op spoed gerichte procedure zelfstandig vaststelt, en zijn normale lijdelijkheid daarbij doorbreekt en niet

⁴ Zie Sluysmans en Van der Gouw, *Onteigeningsrecht* (2015), blz. 53-54, alsmede recent HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1273 (Vabeog/Tiel).

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

gebonden is aan de grenzen van het partijdebat.⁵ In het concept van de memorie van toelichting (p. 45) is weliswaar vermeld dat de rechter de schadeloosstelling zelfstandig dient vast te stellen en dat hij daarbij rekening mag houden met feiten die belanghebbenden en deskundigen niet hebben ingebracht, maar dat lijkt onverenigbaar met de volledige toepasselijkheid van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (op de bepalingen omtrent het deskundigenbericht na). Voorts lijkt de toepasselijkheid van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de deur open te zetten voor het instellen van tegenvorderingen of tegenverzoeken (art. 30i, achtste lid als vastgesteld bij de Wet van 13 juli 2016, Stb. 288) die de vaststelling van de schadeloosstelling compliceren en vertragen.

5.3 Wij menen, kortom, dat het aanbeveling verdient om het onder de nieuwe regeling aan de civiele rechter zelf over te laten om te beslissen welke bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering als in strijd met de bijzondere aard en rechtsgang van de schadeloosstellingsprocedure buiten toepassing behoren te blijven.

6 Geen verweerschrift in schadeloosstellingsprocedure

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vereist dat de verweerder alle excepties en zijn verweer ten principale tegelijk naar voren brengt, op straffe van verval van niet aangevoerde excepties en, indien niet ten principale verweer is gevoerd, van het recht om dat alsnog te doen (artikel 30i, vierde lid als vastgesteld bij de Wet van 13 juli 2016, Stb. 288). Art. 15.21 van het concept bepaalt dat in afwijking van art. 30i Rv het aanbod van schadeloosstelling als verworpen geldt wanneer de rechthebbende geen verweerschrift heeft ingediend. In het concept van de memorie van toelichting (p. 107) staat dat dit artikel voorkomt dat niet aangevoerde excepties en het recht om alsnog verweer te voeren ingevolge art. 30i, vierde lid, Rv zouden vervallen. Wij vinden de voorgestelde bepaling niet duidelijk, nu wij niet goed inzien, in de eerste plaats, waarom deze in art. 15.21 neergelegde regel een afwijking zou opleveren van art. 30i Rv, en in de tweede plaats, welke stappen de rechthebbende die geen verweerschrift indient nog wel in de procedure zou kunnen zetten om excepties op te werpen en/of verweer te voeren. Overigens lijkt het ons wel aangewezen, en met het huidige recht in overeenstemming, dat de rechter, óók als er geen verweer wordt gevoerd, deskundigen benoemt en de schadeloosstelling met behulp van deskundigen zelfstandig vaststelt met inspraak van de onteigenaar en de belanghebbenden, die in elk stadium van de procedure kunnen opkomen om hun belangen te verdedigen.

7 Proceskosten

Art. 15.34 van het concept geeft regels omtrent de kosten van de schadeloosstellingsprocedure. Het zijn de regels die thans in art. 50 van de Onteigeningswet staan.

⁵ Hierover uitgebreid Sluysmans, De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken (2011), blz. 38-40.

Datum: 30 september 2016

Kenmerk: UIT-PG/2016/896

De Hoge Raad heeft art. 50 lid 4 Ow aldus uitgelegd dat onder de aan de onteigende te vergoeden kosten mede vallen de kosten van juridische of andere deskundige bijstand in de bestuurlijke fase.⁶ Wij begrijpen dat het concept die rechtspraak wil codificeren in art. 16.87c (door de bestuursrechter vast te stellen vergoeding van de kosten van beroepsmatig verleende rechtsbijstand of andere deskundige bijstand bij het overleg over minnelijke verkrijging en bij de indiening en behandeling van een zienswijze bij de voorbereiding van de onteigeningsbeschikking) en art. 16.87d. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de rechtbank en de Afdeling bestuursrechtspraak toepassing geven aan de bevoegdheid om op grond van 8:75 lid 1 Awb het bestuursorgaan te veroordelen in de kosten die de indiener van het beroepschrift in verband met de behandeling van het beroep bij de rechtbank redelijkerwijs heeft moeten maken. Uit het concept van de memorie van toelichting op dit artikel (p. 111) leiden wij af dat het de bedoeling is dat de proceskosten van de belanghebbende met betrekking tot zijn beroep en een eventueel hoger beroep (van de belanghebbende of van het bestuursorgaan) ongeacht de uitkomst van het beroep of hoger beroep vergoed moeten worden en dat die proceskosten niet worden vastgesteld aan de hand van forfaitaire bedragen maar dat de werkelijke kosten moeten worden vergoed voor zover het redelijk was om die kosten te maken en die kosten binnen een redelijke omvang zijn gebleven. Dat is echter niet duidelijk in art. 16.87d tot uitdrukking gebracht, terwijl de voorgestelde bepaling twijfel kan zaaien door niet met zoveel woorden te bepalen dat ook het tweede en het vierde lid van art. 7:28 Awb (en/of de tweede volzin van art. 8:75 Awb) niet van toepassing zijn. Wij adviseren u het voorstel op dit punt te verduidelijken.

Hoogachtend,



M.W.C. Feteris
President



J. Silvis
Procureur-Generaal

⁶ HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:250, NJ 2015/253 (Beenders/Weert).