

Uitnodigingsplanologie en onteigening

Opmerking vooraf

De Omgevingswet is een geheel op bestuursrechtelijke leest geschoeide wet. De Onteigeningswet kent een hybride karakter: het administratieve deel van het onteigeningsrecht kent trekken van bestuursrecht, het gerechtelijke deel is - in beginsel- volledig van privaatrechtelijke aard. Reeds om die reden – beide wetten zijn loten van een verschillende stam – pleit de adviescommissie er bepaald niet voor om de Onteigeningswet te laten opgaan in de Omgevingswet. Niet voor niets ook is elders in Europa de onteigeningswetgeving een eigen en zelfstandige plaats toebedacht en niet gemaakt tot slechts een lade in een kast van bijzonder bestuursrecht. Bovendien omvat de onteigeningswet ook aspecten die geen relatie hebben met het omgevingsrecht zoals onteigening van octrooien.

Onteigening is een zwaar middel dat de overheid binnen zorgvuldig gekozen randvoorwaarden kan inzetten. Inzet ervan is een gevoelige aangelegenheid en vraagt veel zorgvuldigheid. Gedurende de afgelopen anderhalve eeuw heeft zich in Nederland rondom het instrument een uitgebalanceerd rechtstelsel ontwikkeld met regelingen en arresten die de praktijk de gewenste duidelijkheid bieden. De adviescommissie adviseert dan ook indringend om – als bij de opname van de Onteigeningswet in de Omgevingswet wordt gepersisterd – in elk geval voor wat betreft de gerechtelijke procedure het vigerend stelsel in tact te laten, inclusief de procedure bij de rechtbank met de Hoge Raad als cassatierechter en de onafhankelijke positie van de plaatselijke deskundigen. Een andere bedding van het stelsel zal onnodig veel nieuwe jurisprudentie vragen en daarmee onduidelijkheid en onrust veroorzaken. Dit laat onverlet dat er verbeteringen mogelijk en wenselijk zijn.

1. Uitgangspunten

Bij het opstellen van dit advies hanteert de adviescommissie de volgende uitgangspunten:

- a. Alleen een bestuursorgaan – of een bij wet aangewezen rechtspersoon - kan besluiten tot inzet van het onteigeningsinstrument. Een private partij kan niet tot onteigening overgaan
- b. Onteigening moet worden voorafgegaan door een besluit van een bestuursorgaan dat appelabel is teneinde de rechtszekerheid te borgen.
- c. Dit besluit is gedetailleerd tot op perceelniveau zodat rechthebbenden – zowel eigenaar als betrokkenen in de omgeving – helderheid krijgen. Ook wordt hiermee het scharnierpunt gemaakt van het Omgevingsrecht naar het onteigeningsrecht.
- d. Het bestuursorgaan - of de bij wet aangewezen rechtspersoon - is de uitvoerder van de onteigening. Een private partij kan geen onteigening op eigen gezag uitvoeren. Uiteraard kan een private partij door het bestuursorgaan of rechtspersoon worden ingehuurd om in opdracht delen van de onteigening uit te voeren.
- e. Voor een onteigening gelden de bekende criteria: algemeen belang, nut en noodzaak, waaronder ook begrepen de aspecten van urgentie en zelfrealisatie. Uiteraard mag een onteigening niet in strijd komen met de eisen van artikel 1 EP EVRM.

Deze uitgangspunten vragen in het scharnierpunt van het Omgevingsrecht naar het onteigeningsrecht een gedetailleerd overheidsplan. De vraag is dan hoe zich dat verhoudt tot een omgevingsrecht met uitnodigingsplanologie. Dit wordt hieronder uitgewerkt.

2. Functiewijziging: twee routes

Onteigening volgt op de ambitie voor een functiewijziging. Wanneer een gemeente een functiewijziging wil realiseren in een gebied, wijk of bedrijventerrein kan zij werken met een gedetailleerde of een globale planuitwerking.

- Bij de gedetailleerde uitwerking wordt de verandering van functie vastgelegd op perceelsniveau. Dit dient te worden gemotiveerd vanuit algemeen belang en noodzaak.
- Bij een globale uitwerking van mogelijke functies voor een gebied, wijk of bedrijventerrein worden initiatiefnemers door de gemeente uitgenodigd de door gemeente benoemde mogelijke functies te realiseren (uitnodigingsplanologie). Beoogd wordt dit te doen zonder locaties vooraf vast te leggen in het Omgevingsplan en met globale regels. Dit kan toegepast worden wanneer de beoogde verandering niet gebonden is aan een vooraf vastgestelde locatie en ook niet urgent is. Deze aanpak wordt ook wel organische gebiedsontwikkeling genoemd en sluit aan bij de tijdsgeest waarbij enerzijds meer ruimte voor initiatief van burgers en bedrijven en minder detailsturing vanuit de overheid wordt nagestreefd. Deze aanpak heeft recentelijk nog een impuls gekregen in veel gemeenten als gevolg van de slechte financiële situatie die ontstond door noodzakelijke afschrijvingen op de grondposities.

3. Route naar onteigening

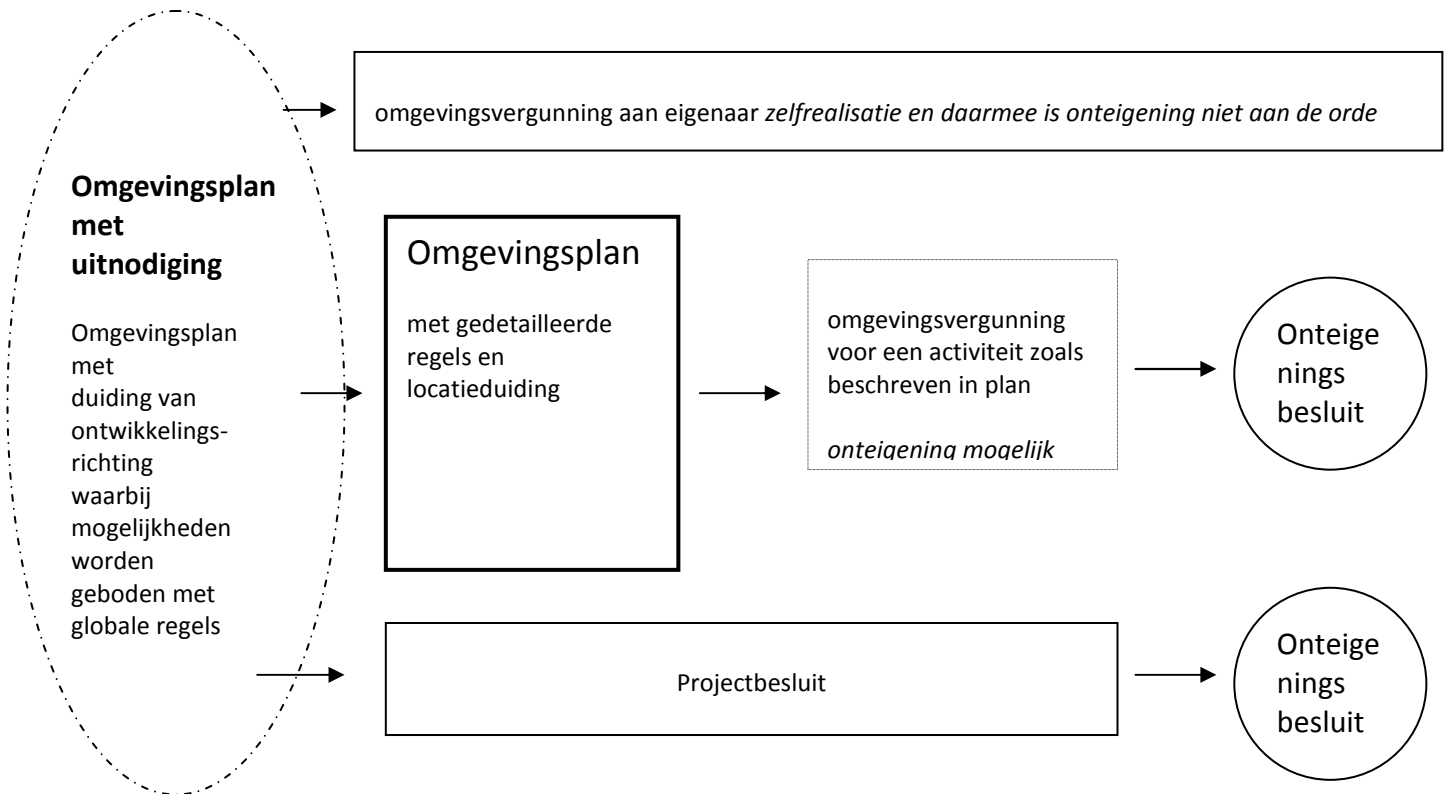
In het geval dat de door de gemeente beoogde functiewijziging wordt uitgevoerd door of namens de eigenaar, is onteigening uiteraard niet aan de orde. Onteigening kan noodzakelijk zijn wanneer de door de gemeente beoogde functiewijziging urgent is en niet wordt uitgevoerd door de eigenaar. Voor het effectueren van de functiewijziging is als grondslag voor het onteigeningsbesluit nog wel een – appelabel –besluit nodig zijn waarbij

- de gemeente motiveert waarom de gevraagde functiewijziging in het algemeen belang en noodzakelijk is en op die locatie;
- de gemeente de urgentie motiveert;
- de gemeente toetst of de beoogde functiewijziging past binnen de relevante vereisten uit het Omgevingsplan. Het gaat dan bijv. om normen voor milieu en natuur;
- de rechtszekerheid van (overige) belanghebbenden (buren et. cetera) is gewaarborgd.

De te onteigenen locatie zal op perceelsniveau moeten zijn aangeduid. Dit vraagt een gedetailleerde beschrijving van de genoemde motivatie.

Feitelijk is daarmee een concreet gedetailleerd Omgevingsplan voor dat deelgebied aan de orde. Behalve een gedetailleerd Omgevingsplan kan het ook gaan om een projectbesluit waarbij de vergunning onderdeel uitmaakt van het projectbesluit of om een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. De onteigening kent vervolgens een eigen traject.

Stroomschema van uitnodigingsplanologie naar een onteigeningsbesluit



4. Urgentie

Een belangrijke voorwaarde voor het toepassen van de onteigeningstitel is de noodzaak om de functieverandering op korte termijn te effectueren: de urgentie.

Bij uitnodigingsplanologie lijkt geen sprake van urgentie. Er is sprake van een algemeen belang en een wenselijkheid of noodzaak om de functieverandering te effectueren. De gemeente kan de urgentie definiëren op het moment dat een initiatiefnemer zich meldt die erin is geslaagd voor dat moment en op die plaats de investeringen bij elkaar te brengen en daarbij de beoogde functiewijziging realiseert. De realisering van de publiek noodzakelijk geachte functie wordt daarmee tijdsafhankelijk en urgent.

Uiteraard dient zeker gesteld te zijn dat de initiatiefnemer in staat is de gewijzigde functie daadwerkelijk te realiseren. Dit kan blijken uit een gedetailleerd plan en uit private contracten met grondeigenaren, projectontwikkelaars, investeerders et.cetera. Ook dient helder te zijn dat het ontbreken van het te onteigenen perceel onmisbaar is voor het realiseren van te wijzigen functie in het gebied.

5. Zelfrealisatie

Het inroepen van zelfrealisatieverweer blijft bij de hierboven geschetste aanpak zijn werking houden. Er verandert niets omdat het onteigeningstraject vanaf het scharnierpunt Omgevingsrecht – Onteigeningsrecht niet verandert.

Advies: Voor het toepassen van het instrument van de onteigening is een gedetailleerde beschrijving nodig op perceelniveau waarin de publieke noodzaak en urgentie is gekoppeld aan de onderhavige locatie. Een Omgevingsplan met een globale duiding van verschillende mogelijke functies in een geïdentificeerd gebied is onvoldoende. er is aanvullend een gebruikelijk gedetailleerd Bestemmings/Omgevingsplan nodig of een Projectbesluit.

6. Risico's uitnodigingsplanologie

Tijdens de beraadslagingen van de adviescommissie is een aantal risico's genoemd bij uitnodigingsplanologie in geval van

- nieuwe functies

Met een Omgevingsplan met globalere regels worden mogelijkheden geschapen voor ontwikkelingen van door het bestuursorgaan nagestreefde nieuwe functies. In de praktijk zal die beoogde ontwikkeling vooral van de grond komen voor financieel lucratieve functies op daarvoor interessante locaties. De uitnodiging zal daarmee leiden tot cherrypicking. Hierbij kunnen ook concurrente plannen ontstaan voor dezelfde locatie alsook elkaar uitsluitende plannen op verschillende locaties in hetzelfde gebied. Wanneer de overheid hierin kiest en dus een voorstel afwijst is dat niet zonder risico's op schadeclaims bijv. indien er verwachtingen zijn gewekt door de overheid naar betrokkene.

- bestaande functies

Doorontwikkeling van sommige bestaande functies kan ontwikkeling van gewenste nieuwe functies in de weg staan of lastiger maken. De gemeente kan er voor kiezen deze bestaande functie in ontwikkeling belemmeren door gerichte voorschriften op te nemen in het Omgevingsplan. Zo kan de functie weliswaar blijven bestaan maar veranderingen ervan die de beoogde nieuwe functie in de weg kan staan zijn in principe niet toegestaan. Voor bedrijven kan dit betekenen dat ze op slot gaan in afwachting van aankoop van het bedrijf voor de beoogde nieuwe functie. Met dat er meer tijd verstrijkt lijdt de ondernemer meer schade. Uitspraken vanuit EHRM stellen dat dit niet te lang mag duren: Een periode van 12 jaar of langer is onaanvaardbaar. Ook is er risico op schadeclaims op grond van onrechtmatige daad. Uitnodigingsplanologie heeft daarmee grenzen in de doorlooptijd. Bovendien leert de ervaring dat het vaststellen van geleden inkomensschade vaak zeer kwestieus is omdat het achterwege blijven van investeringen – en rendement daaruit - niet alleen aan het Omgevingsplan maar ook aan andere zaken kan toegeschreven.

Een andere mogelijkheid is dat er geen belemmeringen zijn voor investeringen als ware er geen sprake van een beoogde functiewijziging. De benodigde investeringen om het bedrijf aan te passen aan markt en omgevingsveranderingen kunnen worden gedaan. In dat geval hoeft de ondernemer op korte termijn geen schade te lijden. Tegen de tijd dat het bedrijf voor effectivering van de functiewijziging wordt aangekocht zal dit plaats vinden op basis van volledige schadeloosstelling. De investeringen die zijn gedaan worden geheel verrekend. Initiële Investeringsbedragen, afschrijvingen en restbedragen zijn goed vast te stellen. Deze tweede route heeft voor de aankopende partij als nadeel dat een hoger bedrag als schadeloosstelling moet worden gecompenseerd. Daarom kan voor dergelijke situaties een vorm van recht op onteigening interessant zijn. De ondernemer wordt in dat geval niet 'uitgerookt' en de aankopende partij wordt behoed voor extra betalingen omdat ondernemers recent hebben geïnvesteerd.

- publieke functies

Zoals gesteld zal uitnodigingsplanologie leiden tot cherrypicking. Functies die financieel niet interessant zijn, zullen niet of nauwelijks worden gerealiseerd. Het gaat dan om publieke functies als

natuur, park, waterberging en publieke wegen, scholen, brandweer, schouwburg. Voor een beperkt aantal functies geldt dat bepaalde kosten – achteraf- verhaalbaar zijn (kostenlijst kostenverhaal). Tegelijkertijd is een planvoorstel dat naast de lucratieve elementen ook elementen omvat van meer publieke zaken kansrijker voor honorering door de gemeenteraad. De verhouding privaat publiek is daarmee geen juridische kwestie meer maar een kwestie van onderhandelingen door gemeente en initiatiefnemer.

- lucratieve functies

Onder de huidige rechtspraak van de Hoge Raad inzake de eliminatieregels (art. 40c Onteigeningswet) zal een onteigening op basis van een Omgevingsplan met globale regels (uitnodigingsplanologie) kunnen leiden tot een hogere aan de onteigende te vergoeden grondwaarde dan in de situatie waarin de gemeente onteigent op basis van een gebruikelijk gedetailleerd Bestemmings/Omgevingsplan.

7. Regie door gemeente bij uitnodigingsplanologie

De genoemde risico's maken duidelijk dat uitnodigingsplanologie waarin mogelijk toepassing van onteigening aan de orde is geen vrijblijvende aangelegenheid is. Het vraagt stevige regie vanuit de gemeente. Temeer ook omdat verwacht wordt dat in de praktijk het initiatiefnemerschap beperkt zal blijven tot professionele projectontwikkelaars. Immers er zijn aan onteigening kosten en risico's die de draagkracht van – een groep van initiatiefnemende – burger(s) te boven gaat. Een stevige regie betekent heldere spelregels vanuit de gemeente die vooraf worden opgesteld. Zo moet duidelijk zijn of de gemeente bereid is een gedetailleerd plan te maken en – onder voorwaarde - te onteigenen. Bij een langdurige transitie voor een gebied en een terughoudend beleid bij het verstrekken van vergunningen voor ontwikkeling van bestaande functies zou een recht op onteigening/ aankoopplicht een middel kunnen zijn om schadeclaims als gevolg van langdurige stagnatie door planologische schaduwwerking te voorkomen.

Tot slot, de gemeente kan gegeven de gevraagde tijdsinzet en risico's bij een globaal Omgevingsplan ook kiezen voor een andere manier van uitnodigen:

- de uitnodiging wordt uitgewerkt in de Omgevingsvisie en niet in een Omgevingsplan. De Omgevingsvisie is juridisch niet bindend naar burgers, bedrijven en andere belanghebbenden. Zo worden de risico's op effectuering van claims geminimaliseerd. In een Omgevingsvisie kan de gemeente duidelijk maken voor welke activiteiten ruimte wordt gemaakt door het Omgevingsplan te wijzigen. De effectiviteit van deze aanpak wordt vervolgens bepaald door de wijze waarop met initiatieven wordt omgegaan die niet in het vigerend Omgevingsplan passen en mogelijk wel in de Omgevingsvisie.
- een meer informele werkwijze bijv. middels een gerichte uitnodiging in een wijk, bedrijventerrein of gebied aan eigenaren en gebruikers. De uitnodiging kan gestalte krijgen in een schrijven of in een mondelinge uitnodiging op een daartoe georganiseerde bijeenkomst.

Advies

Het formaliseren van uitnodigingsplanologie in een Omgevingsplan kent een aantal risico's. Het verantwoord toepassen ervan vraagt stevige regie vanuit de gemeente. De juridische risico's kunnen worden verkleind door de uitnodigingsplanologie gestalte te geven in een – juridisch niet bindend – Omgevingsvisie voor die wijk, dat bedrijventerrein en/ of dat gebied of door een uitnodiging middels een apart schrijven of een bijeenkomst.

Antwoorden op de vragen

1. *Hoe verhouden de huidige toepassingcriteria voor een onteigening (algemeen belang, nut, noodzaak en urgentie) alsmede het eerste protocol bij het EVRM zich tot een onteigening in het kader van organische gebiedsontwikkeling en uitnodigingsplanologie? In hoeverre laten die een onteigening in die omstandigheden toe? Graag uitsplitsen naar die situaties waarvoor naar verwachting, zie boven, op basis van de Omgevingswet zal gelden dat de functie binnen tien jaar wordt gerealiseerd en de situaties waarin dat niet het geval zal zijn.*

Advies: Voor het toepassen van het instrument van de onteigening is een gedetailleerde beschrijving nodig van de noodzaak en urgentie als ook van de locatie op perceelsniveau. Dit correspondeert niet met de aanpak van de uitnodigingsplanologie waar een globale duiding van verschillende mogelijke functies op globaal gebied is beschreven.

2. *Zo die dat niet of zeer beperkt toelaten, zijn er aanvullende criteria of voorwaarden te bedenken waaronder onteigening in het kader van organische gebiedsontwikkeling en uitnodigingsplanologie wel zou passen binnen de hiervoor genoemde kaders? Hoe verhouden die criteria of voorwaarden zich tot de huidige reikwijdte van de onteigeningswet? Bovenstaande graag uitsplitsen naar die situaties waarvoor naar verwachting op basis van de Omgevingswet zal gelden dat de functie binnen tien jaar wordt gerealiseerd en de situaties waarin dat niet het geval zal zijn.*

Advies: De huidige toepassingscriteria lenen zich onveranderd goed in het kader van organische gebiedsontwikkeling en uitnodigingsplanologie onder de voorwaarde dat bij een initiatief eerst een (gedetailleerd) Omgevingsplan of projectbesluit wordt gemaakt voordat het onteigeningsinstrument wordt ingezet.

3. *In hoeverre zou het in deze situaties behulpzaam zijn om een instructieregel op te stellen? Welke invulling zou zo'n instructieregel moeten hebben?*

Advies: Het is behulpzaam over de noodzaak van een gedetailleerd Omgevingsplan als voorloper van een onteigeningsbesluit te communiceren, evenals over de risico's en noodzakelijke regie.

4. *Wat is de betekenis van organische gebiedsontwikkeling en uitnodigingsplanologie voor de mogelijkheden tot het oproepen van het zelfrealisatieverweer?*

Advies: Dit blijft zijn werking houden

Samenstelling adviescommissie Grond en Omgevingsrecht

Prof. mr. P.C.E. van Wijmen	voorzitter adviescommissie
Prof. mr. J. J.A.M.A. Sluysmans	advocaat en bijzonder hoogleraar onteigeningsrecht Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. W.C.T.F. de Zeeuw gebiedsontwikkeling	directeur Bouwfonds en bijzonder hoogleraar Technische Universiteit Delft
Ir. C.A.C. Frikkee Adviesbureau BV	MRICS RRV RT directeur Overwater Grondbeleid Strijen
Mr. A.G. Dijkhuis	directeur Nederlandse Vereniging Rentmeesters
Ir. D. Lecroix	directeur vastgoed en grond Apeldoorn
Ing. G.C. van t Klooster	Coördinator Omgeving LTO Nederland
Mr. W. Kooy	vm. directeur Groenfonds
Ir. W. W. van Zandbrink	secretaris adviescommissie