

MASTER'S THESIS

Het recht van de eigenaar om de bestemming van de gond "zelf" te realiseren

Creemers, H L M G

Award date:
2007

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 09. Sep. 2021

Open Universiteit
www.ou.nl



**HET RECHT VAN DE EIGENAAR OM
DE BESTEMMING VAN DE GROND
'ZELF' TE REALISEREN**

**in het kader van
de Onteigeningswet en
de Wet voorkeursrecht gemeenten**

Open Universiteit Nederland

Faculteit Rechtswetenschappen

H.L.M.G. CREEMERS

augustus 2007

**HET RECHT VAN DE EIGENAAR OM
DE BESTEMMING VAN DE GROND
'ZELF' TE REALISEREN**

**in het kader van
de Onteigeningswet en
de Wet voorkeursrecht gemeenten**

**Open Universiteit Nederland
Faculteit Rechtswetenschappen**

Afstudeerscriptie van H.L.M.G. Creemers

begeleider

mr. G.M. van den Boom

examinator

prof. mr. J.M.H.F. Teunissen

Stramproy

augustus 2007

Inhoudsopgave

1	INLEIDING		1
	relatie burger – overheid	1	
2	GEMEENTELIJKE GRONDVERWERVING		2
	grondvererving voor ruimtelijke ontwikkeling en volkshuisvesting	2	
	onroerende zaken en rechten	2	
	actief en faciliterend grondbeleid	3	
	voorkeursrecht	3	
	minnelijke verwerving	4	
	onteigening	4	
	eupees recht	5	
	zelfrealisatie	6	
3	ONTEIGENINGSWET		7
	bedoeling van de wetgever	7	
	administratieve onteigeningsprocedure	7	
	gerechtelijke onteigeningsprocedure	8	
	grondslagen en noodzaakcriterium	9	
	jurisprudentie ten aanzien van zelfrealisatie	10	
4	WET VOORKEURSRECHT GEMEENTEN		14
	bedoeling van de wetgever	14	
	voorkeursrecht als apart recht	14	
	bestuursrechtelijke aanwijzingsprocedure	16	
	'privaatrechtelijke' aanbiedingsprocedure	16	
	vaststelling van de prijs	17	
	toezicht en termijnen	18	
	vernietiging op grond van art. 26 wvg	18	
	novemberarresten van de hoge raad	20	
	wijziging art. 26 wvg	21	
	art. 26 wvg- jurisprudentie vanaf 2002	23	
5	VERGELIJKING ZELFREALISATIE BIJ ONTEIGENING EN VOORKEURSRECHT		26
	is onderlinge afstemming mogelijk?	26	
6	NIEUWE WET RUIMTELIJKE ORDENING / GRONDEXPLOITATIEWET		29
	het huidige kostenverhaal	29	
	exploitatieplan en locatie-eisen	29	
	gevolgen van de invoering van de grondexploitatiewet	31	
	wijziging onteigeningswet	32	
	wijziging wet voorkeursrecht gemeenten	32	
7	HET RECHT OP ZELFREALISATIE		34
	kabinetsstandpunt	34	
	achtergronden van zelfrealisatie	36	
	aanbestedingsplicht na 'Vathorst' en uitspraak 'Roanne'?	37	
	stap naar faciliterend grondbeleid	40	
8	CONCLUSIES / SAMENVATTING		41
	Bijlage		43
	Geraadpleegde literatuur		44
	Lijst van afkortingen		46

1. INLEIDING

1.1 Relatie burger - overheid

Een belangrijk deel van het recht concentreert zich rond de verhouding tussen het individu en de overheid: het publiekrecht. We kunnen dan denken aan het strafrecht en het belastingrecht, maar ook aan wetten in het kader van de ruimtelijke ordening en het grondbeleid. In deze scriptie wordt het begrip zelfrealisering behandeld zoals dat naar voren komt in het kader van de Onteigeningswet en de Wet voorkeursrecht gemeenten. Het gaat daarbij om grond en eigendom, maar ook om de verhouding tussen de burger en de overheid.

De Wet voorkeursrecht gemeenten maakt het mogelijk het eigendomsrecht van de burger te beperken, door de mogelijkheid om het goed te vervreemden aan regels te binden. De Onteigeningswet gaat aanmerkelijk verder door ontneming van eigendom van de burger mogelijk te maken.

Beide wetten bewegen zich op het gebied van het publiekrecht (het ruimtelijke ordeningsrecht) en het privaatrecht en kennen een administratiefrechtelijke procedure als wel een civielrechtelijk deel. Verder volgen beide wetten als het ware de planologische bestemming op het perceel en kennen ze het begrip zelfrealisatie.

Eigendomsontneming (onteigening) is namelijk niet mogelijk als de eigenaar een geslaagd beroep doet op zelfrealisering. Hij wil de door de overheid beoogde bestemming op zijn perceel dan zelf verwezenlijken. De term zelfrealisering (zelfrealisatie of zelfuitvoering) komen we ook tegen in de jurisprudentie op basis van de Wet voorkeursrecht gemeenten. Als de gemeente namelijk de nietigheid wil inroepen van een door de eigenaar verrichte rechtshandeling, kan laatstgenoemde de actie afwenden, indien hij met succes een beroep kan doen op voorgenomen zelfrealisering. Het beroep op zelfrealisering heeft in de jurisprudentie zijn huidige vorm gekregen, in eerste instantie in het kader van de (veel oudere) Onteigeningswet en later bij de toepassing van artikel 26 van de Wet voorkeursrecht gemeenten.

In het navolgende wordt nagegaan welke ruimte de Kroon en de rechter geven voor zelfrealisering in het kader van enerzijds de Onteigeningswet en anderzijds de Wet voorkeursrecht gemeenten. Daarbij worden de onderlinge verschillen in beeld gebracht en wordt nagegaan of afstemming mogelijk is.

Tevens wordt aangegeven welke wijzigingen op het punt van het zelfrealisatierecht te verwachten zijn in verband met de invoering in 2008 van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening en de daarin opgenomen Grondexploitatiewet. Tenslotte wordt aandacht besteed aan de achtergronden van het recht op zelfrealisatie en de relatie met het aanbestedingsrecht.

Deze scriptie is gemaakt in het kader van de ongedeelde opleiding Rechtswetenschappen aan de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit Nederland.

2. GEMEENTELIJKE GRONDVERWERVING

2.1 Grondverwerving voor ruimtelijke ontwikkeling en volkshuisvesting

Overheden hebben veelvuldig gronden nodig voor het verwezenlijken van bestemmingen in het kader van het algemeen belang. Het betreft bijvoorbeeld bestemmingen voor woongebieden, bedrijfsterreinen, verkeer, waterberging, natuur of andere bestemmingen. In deze verhandeling wordt de aandacht beperkt tot de verwerving van gronden door gemeenten in het belang van de ruimtelijke ontwikkeling en van de volkshuisvesting. Dit komt voor een groot deel overeen met Titel IV van de Ontheingingswet (Ow), de titel die door gemeenten het meest gebruikt wordt. Een beroep op zelfrealisering is immers goed denkbaar in geval van (de commerciële) woon- en bedrijfsbestemmingen, maar minder voor de hand liggend bij een verkeers- of natuurbestemming.

Voorheen waren het voornamelijk gemeenten die (agrarische) gronden aankochten, bouwrijp maakten en kavels verkochten aan ontwikkelaars, aannemers en particulieren. In de laatste 10 tot 15 jaren is de situatie op de grondmarkt echter drastisch veranderd. Projectontwikkelaars en later ook bouwers, beleggers en anderen hebben grondposities verworven door het aankopen van gronden die naar verwachting in aanmerking komen voor stedelijke functies. Het gaat daarbij niet zozeer om de grond; ze kopen daarmee eigenlijk een bouw- of ontwikkelingsrecht (bouwclaim), binnen het plan of (zelfs) elders.

2.2 Onroerende zaken en rechten

De Ontheingingswet heeft betrekking op onroerende zaken (onder andere de artikelen 3 en 80 lid 2 Ow) en op rechten als in art. 4 omschreven. Het betreft de rechten van opstal, erfpacht, vruchtgebruik, gebruik, bewoning of beklemming. Deze beperkte rechten volgens art. 3:8 Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen afzonderlijk onteigend worden. In art. 1 aanhef en onder a. van de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg) wordt eveneens gesproken over een onroerende zaak en de beperkte rechten van opstal, erfpacht, beklemming of vruchtgebruik. De rechten van gebruik en van bewoning zijn hierbij niet opgenomen omdat deze niet overdraagbaar zijn.

Verder worden in de Wvg nog andere benamingen gebruikt. In art. 2 Wvg worden de termen 'gronden' en 'percelen' genoemd. Er is gekozen voor het woord 'gronden' omdat art. 2 Wvg betrekking heeft op de planologische basis voor een aanwijzing en in de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) die term eveneens gebruikt wordt (als verzamelterm, mede omvattende gebouwd onroerend goed en water). Waar de rechtsgevolgen aan de orde komen (art. 10 Wvg), is gekozen voor het woord (onroerend) goed. Het woord 'percelen' is in de Wvg gebruikt waar het betreft de kadastrale aanduiding.

Zaken zijn volgens art. 2 BW: de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijk objecten. Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn

verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken (art. 3 lid 1 BW).

2.3 Actief en faciliterend grondbeleid

Ter realisering van hun ruimtelijk beleid kunnen gemeenten er voor kiezen een actief grondbeleid te voeren. Daarmee wordt bedoeld dat de gemeente de gronden zelf verwerft, bouwrijp maakt, infrastructuur aanlegt en de gronden uitgeeft aan derden. Er is dan een gemeentelijke grondexploitatie. Met deze activiteiten kan de gemeente (aanzienlijke) risico's lopen door bijvoorbeeld rentelasten, planningsproblemen, tekortschietende calculaties, problemen met contracten/aannemers en een stagnerende vraag naar bouwgrond.

Anderzijds heeft actief grondbeleid als groot voordeel dat de gemeente een goede regie kan voeren over de gewenste ontwikkeling en de wijze en snelheid van uitvoeren van het (bestemmings-)plan. Die invloed kan onder andere worden uitgeoefend door bij de gronduitgifte privaatrechtelijke voorwaarden op te nemen in de verkoopovereenkomst.

Actief grondbeleid kent zijn beperkingen daar waar een gemeente het eigendom niet kan verwerven vanwege het (geslaagde) beroep van de eigenaar op zelfrealisatie. Niet alle percelen kunnen dan verworven worden. Dit heeft gevolgen voor de mogelijkheden van kostenverhaal.

In het geval van faciliterend grondbeleid stelt de gemeente particuliere ontwikkelaars in de gelegenheid om gronden in exploitatie te nemen volgens bepaalde voorwaarden. Een projectontwikkelaar, aannemer of woningbouwstichting neemt dan het initiatief om bouwplannen met bijbehorende infrastructuur voor eigen rekening en risico tot uitvoering te brengen. Ook is het mogelijk dat in deze situatie de infrastructuur door de gemeente wordt aangelegd, waarna er kostenverhaal wordt toegepast.

Ook mengvormen van actief en faciliterend grondbeleid komen voor. Bij een bouwclaim-overeenkomst verkopen marktpartijen de door hen gekochte gronden aan de gemeente in ruil voor het recht een bepaald aantal woningen in het plan (of daarbuiten) te bouwen. Bij een zogenaamde pps-constructie (publiek-private samenwerking) is er een samenwerkingsverband waarbij overheid en bedrijfsleven met behoud van ieders verantwoordelijkheid gezamenlijk een project realiseren. Risico's kunnen worden verdeeld en elk van de partijen kan specifieke deskundigheid of ervaring inzetten.

2.4 Voorkeursrecht

Om de genoemde doelstellingen op het gebied van de ruimtelijke ordening en volkshuisvesting te realiseren kan een gemeente, vooral bij actief grondbeleid, een voorkeursrecht vestigen op gronden op basis van de Wvg. Daarmee kan worden voorkomen dat te ontwikkelen gronden door de particuliere eigenaar worden verkocht aan bijvoorbeeld een projectontwikkelaar of bouwbedrijf. Prijsopdrijving van deze gronden kan daarmee worden voorkomen of ingeperkt. Verder geeft een gevestigd voorkeursrecht meer mogelijkheden om de regie te voeren in het te ontwikkelen gebied ten

aanzien van de wijze van uitvoering en de snelheid. Als een gemeente niet beschikt over eigendom in een gebied is het momenteel immers aanmerkelijk lastiger om de gewenste ruimtelijke plannen te verwezenlijken binnen aanvaardbare voorwaarden.

2.5 Minnelijke verwerving

Het belangrijkste middel om tot verwerving van gronden te komen is natuurlijk de minnelijke aankoop. Het initiatief kan bij beide partijen liggen. Na onderhandelingen wordt (zo mogelijk) een koopovereenkomst gesloten. De bepalingen van het verbintnissen- en overeenkomstenrecht in Boek 6 en 7 van het BW zijn daarop van toepassing. De aankoop kan betrekking hebben op gronden die belast zijn met een voorkeursrecht of gronden zonder een dergelijke beperking. Het verdient uiteraard de voorkeur indien gronden minnelijk kunnen worden verworven. Art. 17 (en 18) Ow draagt dat zelfs op: *'De onteigenende partij tracht hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen.'* Partijen handelen dan - juridisch gezien - als gelijkwaardige partijen. De overheid heeft daarbij doorgaans een voorsprong op het gebied van deskundigheid, beschikbare organisatie en tijd, maar de burger is steeds beter in staat om zich daarin bij te laten staan door deskundigen. Verder beschikt de gemeente bij de onderhandelingen natuurlijk over het 'het recht van de sterkste' in de vorm van een mogelijke onteigening (indien qua tijd en juridische grondslag haalbaar). Toch behoeft er om die reden geen sprake te zijn van een ongelijkwaardige verhouding. De burger heeft immers vaak ook een sterke positie omdat zijn grond nodig is voor het ruimtelijk plan en alternatieve oplossingen niet altijd voorhanden zijn. De minnelijke verwerving komt in paragraaf 3.4 nog aan de orde bij de toetsing van de noodzaak van onteigening. In de in paragraaf 4.4 te bespreken aanbestedingsprocedure in het kader van de Wvg kan eveneens van een minnelijke verwerving gesproken worden.

2.6 Onteigening

Indien de eigenaar niet wenst te verkopen of er geen overeenstemming kan worden bereikt omtrent de prijs en/of de voorwaarden, kan gedwongen ontneming van gronden aan de orde komen. In het geval de eigenaar wel wil verkopen, maar er geen overeenstemming wordt bereikt over de prijs (art. 40 Ow), verdient het aanbeveling om de prijs via een (bindend) advies te laten bepalen door onafhankelijke deskundigen.

De Onteigeningswet voorziet in meerdere grondslagen om de onteigening te kunnen vorderen. Zoals hiervoor al is aangegeven is onteigening een sterke aantasting van het eigendomsrecht zoals neergelegd in de Grondwet (Gw) en het BW.

Art. 5:1 BW omschrijft het eigendom als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.

Art. 14 Gw geeft aan dat onteigening alleen kan geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften. De vereiste noodzaak voor onteigening is sedert 1997 in de Onteigeningwet gecodificeerd (art. 79 Ow). Vooral vanwege het ingrijpende karakter van onteigening en de (emotionele) belasting voor de betrokken burger(s) is het geen populair instrument bij gemeentebestuurders. Verder kost het veel (procedure)tijd en geld. Mogelijk worden er (uiteindelijk) ook niet zoveel gronden door middel van onteigening verworven omdat er gebruik wordt gemaakt van het recht van de sterkste. Het inzetten van dat recht kan immers ook als een teken van de zwakte worden gezien. Het lukt immers niet via andere wegen tot een oplossing te komen.

2.7 Europees recht

Art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) luidt als volgt: *'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.*

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.'

Het voorkeursrecht op grond van de Wvg is door de Hoge Raad (HR) en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) getoetst aan art. 1 van het Eerste Protocol. Volgens de Afdeling is er weliswaar sprake van een inbreuk op het in het verdrag vastgelegde recht op het ongestoorde genot van het eigendomsrecht, doch deze inbreuk vindt plaats in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de Wvg, terwijl niet kan worden gezegd dat daarbij niet een redelijk evenwicht is bereikt tussen het door die wet nagestreefde algemene belang en de fundamentele rechten van de eigenaar (ABRvS 20 juni 2000, Liesveld, AB 2002, 23).

De Hoge Raad besliste dat art. 26 Wvg voldoet aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (respectievelijk evenredigheidsbeginsel en beginsel dat aangeeft dat een overheidsbevoegdheid niet bij een hogere overheid dient te berusten als deze door een lagere overheid kan worden uitgeoefend), aangezien de mogelijkheid van zelfrealisering bestaat. Meer in het algemeen sprak de Raad uit 'dat de inmenging in het eigendomsrecht van eigenaren van bepaalde gronden, voorzien in artikel 26 Wvg, een legitiem publiek belang dient en dat niet gezegd kan worden dat daarbij geen "fair balance" is getroffen tussen het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu.' (HR 17 november 2000, Voorkeursrecht Eijsden/Maastricht, BR 2001, p. 135)

Het Europese Hof heeft uitgesproken dat de wetgeving met betrekking tot onteigening in het algemeen belang een verantwoordelijkheid is van de nationale wetgever, tenzij dat oordeel kennelijk zonder redelijke grondslag tot stand is gekomen. (EHRM 21 februari 1986,

NJCM bulletin 11-6, pag. 546; HR 8 augustus 2003, NJ 2004, 249, Staat/Van der Poel; BR 2005, 540 en 541).

2.8 Zelfrealisatie

Het recht op zelfrealisatie van de planologische bestemming is niet als zodanig in een wet opgenomen, maar wordt door de Kroon en de Hoge Raad gebaseerd op de vereiste noodzaak tot onteigening op grond van art. 79 Ow. Het recht op zelfrealisatie maakt feitelijk onderdeel uit van het in paragraaf 2.6 genoemde eigendomsrecht op een zaak.

Het privaatrechtelijke eigendomsrecht omvat (in elk geval) de volgende 'deelrechten': het recht om de zaak te gebruiken, het recht op de zaak (planologisch) te ontwikkelen en het recht om de zaak te vervreemden of te bezwaren. Aantasting of inperking van het recht op zelfrealisatie impliceert dus een aantasting van het eigendomsrecht.

Ook in de Wvg is het recht op zelfrealisatie niet te vinden. Via de jurisprudentie op art. 26 van die wet heeft het zelfrealisatiebeginsel wel een ruimere betekenis gekregen.

Met name op ontwikkelingslocaties (bijvoorbeeld uitleggebieden) wensen gemeenten die een actief grondbeleid voeren gronden aan te kopen, enerzijds om de bestemming te realiseren, maar ook om de kosten van het plan te kunnen omslaan over zo veel mogelijk percelen. Bovendien zijn er voor de gemeente meer mogelijkheden om aanvullende voorwaarden te stellen in de gronduitgifteovereenkomst met betrekking tot de bouwplannen en verdere inrichting van het gebied. Het recht op zelfrealisatie van de bestemming staat in een aantal situaties gemeentelijke verwervingen in de weg.

3. ONTEIGENINGSWET

3.1 Bedoeling van de wetgever

De Onteigeningswet dateert al van 1851 en is sindsdien vele malen gewijzigd. Het middel is bedoeld als een ultimum remedium (uiterst redmiddel). In de Memorie van Toelichting (MvT) van destijds lezen we: *'Onteigening ten algemeenen nutte is een noodzakelijk doch uiterst hulpmiddel. Het regt van den eigenaar moet wijken voor een hooger, dat van den Staat. De wetgever moet echter waken dat alleen noodzakelijkheid tot de uitoefening van dat regt aanleiding geve, en den bijzonderen eigendom tegen willekeurige aanranding beschermen'*.

Tegenwoordig wordt de mogelijkheid van onteigening steeds meer gezien als een (noodzakelijk) onderdeel van het gemeentelijk grondbeleid. Het is immers niet verdedigbaar dat een burger ruimtelijke plannen die het algemeen belang dienen, kan tegenhouden (enkel) op basis van het eigendomsrecht.

Titel IV van de Onteigeningswet handelt over de onteigening in het belang van de ruimtelijke ontwikkeling, van de volkshuisvesting, van de openbare orde en van handhaving van de Opiumwet. Verwervingen ter realisering van een bestemmingsplan en voor bouwplannen zijn daarmee onder andere mogelijk.

3.2 Administratieve onteigeningsprocedure

De onteigeningsprocedure kent twee delen: de administratieve procedure die leidt tot een Koninklijk Besluit (KB) en de gerechtelijke procedure die resulteert in een vonnis van de civiele rechter.

Voorafgaande aan het administratieve deel zijn minimaal de onderhandelingen met de eigenaar opgestart en ten tijde van het raadsbesluit tot onteigening moet voldoende aannemelijk zijn dat de onderhandelingen vooralsnog niet tot het gewenste resultaat zullen leiden. (KB 23 september 2005, Heerlen, BR 2006, p. 363) Het administratieve deel vangt op grond van art. 80 Ow aan met het terinzage leggen van het ontwerp onteigeningsbesluit volgens de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Tevens dient het ontwerp te worden toegezonden aan de belanghebbenden.

Momenteel is er enige discussie over art. 80 Ow omdat volgens art. 3:11 Awb het bestuursorgaan - de gemeenteraad dus - het ontwerp van het te nemen besluit tot onteigening ter inzage legt.¹ Gebruikelijk is echter dat burgemeester en wethouders hiervoor zorg dragen. Aangenomen mag worden dat zij hiertoe bevoegd zijn op grond van art. 160 van de Gemeentewet (Gem.wet). Minder duidelijk is op welke wijze de raad betrokken zou moeten worden bij de inhoud van het ontwerpbesluit. Mijns inziens betreft het de voorbereiding van het te nemen besluit en ligt die taak bij het college.

¹ Ten Kate 2007.

De kennisgeving op grond van art. 3:12 Awb dient zo mogelijk tevens de aard en de strekking van de feitelijke werken of werkzaamheden waarvoor onteigend wordt, te vermelden. De voor een ieder ter inzage te leggen stukken bestaan uit een uitgewerkt plan met uitvoerige kaarten met grondtekeningen waarop de te onteigenen onroerende zaken staan aangegeven en een lijst van te onteigenen zaken met kadastrale aanduiding en grootte, de grootte van het te onteigenen deel en de namen van de eigenaren.

Belanghebbenden kunnen binnen een termijn van zes weken een zienswijze indienen.

De gemeenteraad neemt een standpunt in ten aanzien van ingekomen zienswijzen en kan besluiten tot onteigening (besluit als bedoeld in art. 1.3 Awb). Op dat moment moet voldoende aannemelijk zijn dat de onderhandelingen vooralsnog niet tot het gewenste resultaat zullen leiden. Tevens blijkt uit het KB van 23 september 2005 (BR 2006, p. 363) dat de gemeente zelfstandig dient te onderzoeken of de eigenaar van de te onteigenen gronden bereid en in staat is tot zelfrealisatie en, zo dit het geval is, deze omstandigheid in zijn overwegingen betrekken.

Een besluit tot onteigening kan genomen worden zodra het bestemmingsplan is vastgesteld. Aangezien het plan dan nog niet onherroepelijk is, verlangt de Kroon een voorbehoud in de vorm van een opschortende alsmede een ontbindende voorwaarde.

De opschortende voorwaarde houdt in dat niet wordt overgegaan tot dagvaarding van eigenaren voordat onherroepelijk is beslist over de goedkeuring van het bestemmingsplan. Gedurende de bestemmingsplanprocedure kan dus niet gestart worden met de gerechtelijke onteigeningsprocedure.

De ontbindende voorwaarde houdt in dat het onteigeningsbesluit vervalt voor zover in hoogste instantie goedkeuring wordt onthouden aan het bestemmingsplan ten aanzien van de in het onteigeningsbesluit begrepen eigendom(men).

Het door de raad genomen besluit tot onteigening wordt vervolgens gedurende vier weken ter inzage gelegd. Belanghebbenden die tijdig hun zienswijze bij de raad kenbaar hebben gemaakt kunnen schriftelijk bedenkingen tegen het onteigeningsbesluit naar voren brengen bij de Kroon. Vervolgens besluit de Kroon omtrent de goedkeuring van het raadsbesluit en tevens ten aanzien van de bedenkingen. Het goedkeuringsbesluit is niet appellabel omdat de Onteigeningswet voorkomt op de bijlagelijst van art. 8:5 Awb.

De gehele administratieve fase kan tot twaalf maanden in beslag nemen.

3.3 Gerechtelijke onteigeningsprocedure

Voordat de gerechtelijke procedure wordt opgestart is het nodig nogmaals te trachten de onroerende zaak minnelijk te verwerven (laatste aanbod). Wordt er geen succes geboekt, dan zullen de in het KB genoemde eigenaren worden gedagvaard voor de civiele rechter. De gemeente dient dan voor eis te concluderen ten aanzien van de benodigde verwerving. Daarop volgt een conclusie van antwoord van de eigenaar waarna de rechtbank de onteigening kan uitspreken. Sedert het Benthem-arrest (EHRM 23 oktober 1985, BR 1986, p. 65) toetst de (civiele) rechter het goedkeuringsbesluit van de Kroon ruimer dan voordien, ook ten aanzien van mogelijke zelfrealisering.

Het is gebruikelijk dat in de dagvaarding gevraagd wordt om een vervroegde uitspraak over de onteigening (art. 88 juncto 54f Ow). Deze als uitzondering opgenomen mogelijkheid is inmiddels regel geworden. De rechter spreekt dan de (vervroegde) onteigening uit, waarbij een voorschot op de schadeloosstelling door de gemeente aan de eigenaar dient te worden betaald (doorgaans 90 % van het geboden bedrag). De hoogte van de schadeloosstelling staat dus nog niet vast. Tenzij er cassatie wordt ingesteld vindt zo spoedig mogelijk de plaatsopneming (descente; art. 28 e.v. Ow) van het onteigende plaats door de rechter-commissaris en de deskundigen (tezamen met partijen). Eerstgenoemden kunnen zich tijdens deze opneming een oordeel vormen over het onroerend goed met het oog op de nog vast te stellen schadeloosstelling.

Veel minder gebruikt wordt de mogelijkheid om een vervroegde plaatsopneming te verzoeken (art. 54a Ow). Hoewel daaraan extra eisen worden gesteld geeft het een mogelijkheid de proceduredtijd te verkorten.

Na de bezichtiging kan het onteigeningsvonnis met de bijbehorende stukken worden ingeschreven in de kadastrale registers, waarmee het eigendom van het goed overgaat op de gemeente. Het (bestemmings)plan kan vervolgens ten uitvoer worden gebracht.

Nadat de deskundigen een conceptadvies en (eind)advies aan de rechtbank hebben uitgebracht omtrent de hoogte van de schadeloosstelling kunnen partijen vragen om tijdens een zitting pleidooi te mogen voeren. Daarna spreekt de rechter het eindvonnis uit waarin de hoogte van de schadeloosstelling is opgenomen. Hiertegen staat gedurende twee weken cassatie open.

3.4 Grondslagen en noodzaakcriterium

De meest gebruikte grondslag voor onteigening binnen Titel IV is de uitvoering van een bestemmingsplan, maar art. 77 Ow bevat er meerdere, bijvoorbeeld ten behoeve van de realisering van een bouwplan. Het raadsbesluit wordt in eerste instantie door de Kroon getoetst aan de volgende criteria (art. 79 Ow): (1) het volkshuisvestingsbelang en/of het ruimtelijk ontwikkelingsbelang, (2) het publiek belang, (3) de noodzaak en (4) de urgentie.

Vooraf de toetsing van de noodzaak van de onteigening blijkt in procedures de meeste aandacht te krijgen. Het betreft dan de volgende voorwaarden:

- het onroerend goed kan niet minnelijk verworven worden;
- zonder verwerving door de gemeente kan het werk waarvoor onteigend wordt niet of niet in de door de gemeente gewenste vorm worden uitgevoerd.

Het eerste onderdeel betreft de minnelijke verwerving zoals hiervoor in paragraaf 2.5 aangegeven. De Kroon verlangt in het algemeen dat er een start is gemaakt met de onderhandelingen op het moment dat het ontwerp-onteiningsbesluit ter inzage wordt gelegd en dat ten tijde van het raadsbesluit het onvoldoende aannemelijk is dat de verwerving zal slagen.

Ten Kate pleit ervoor om in het kader van deze toetsing van het raadsbesluit geen eisen te stellen die verband houden met pogingen van de gemeente om minnelijk te

verwerven.² Het raadsbesluit zou dan het oordeel van de gemeente bevatten dat het ter verwezenlijking van een bestemmingsplan of bouwplan noodzakelijk is dat de daarbij nader aangeduide gronden door de gemeente worden verworven. Het is daarmee niet langer een raadsbesluit tot onteigening maar een raadsbesluit tot verwerving. Of die verwerving minnelijk of gerechtelijk geschiedt, is vervolgens afhankelijk van de uitkomst van de onderhandelingen die als gevolg van art. 17 Ow gevoerd dienen te worden. Daarbij is tevens van belang dat de raad zich al op een eerder moment heeft uitgesproken over de bestemming van de grond bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Aldus Ten Kate.

Nu is een besluit tot aankoop wel iets anders dan het leggen van een bepaalde bestemming op een perceel (privaat- versus publiekrecht). Verder is het naar mijn mening beter om een apart besluit tot onteigening te nemen, onder andere vanwege het ingrijpende karakter van het besluit. Dit is ook zichtbaar in de bevoegdheidsverdeling. Het college is immers doorgaans bevoegd tot aankoop (art. 160 Gem.wet, behoudens toepassing van art. 169 lid 4 vanwege onder andere ingrijpende gevolgen), terwijl de raad een besluit tot onteigening dient te nemen. Verder zal er doorgaans niet gestart worden met een 'verwervingsbesluit', aangezien dat de onderhandelingspositie van de gemeente zal verslechteren. Als eerst onderhandelingen gevoerd zijn en er dan een besluit tot verwerving wordt genomen, komt het in feite neer op een besluit tot onteigening, zoals in de huidige situatie.

Het tweede onderdeel betreft de toets ten aanzien van mogelijke zelfrealisering. Wanneer de eigenaar bereid en in staat wordt geacht de door de gemeente gewenste bestemming in de door de gemeente gewenste vorm zelf te verwezenlijken, zal de Kroon in het algemeen goedkeuring aan het raadsbesluit tot onteigening onthouden. Onteigening is dan immers niet nodig om de door de gemeente beoogde bestemming tot stand te brengen.

3.5 Jurisprudentie ten aanzien van zelfrealisatie

Van de 194 KB's inzake onteigening in de jaren 2001, 2002 en 2003 werd in circa 20 % van de zienswijzen een beroep gedaan op zelfrealisatie.³

Hieronder een korte aanduiding van een aantal uitspraken:

- Rechtbank (Rb) 's-Hertogenbosch 12 mei 1989, gem. Helmond/van Mullekom (NJ 1990, 490): Ook na een laat beroep op zelfrealisering, ten tijde van de dagvaarding, is toewijzing nog mogelijk.
- HR 27 oktober 1999, Overkerk/gem. Dordrecht (NJ 1999, 819):

Ten behoeve van de ontwikkeling van een hoogwaardig bedrijventerrein selecteerde de gemeente twee grote ontwikkelaars die volgens de gemeente beschikten over de benodigde kennis, kwaliteit en ervaring voor het plan. Het beroep van onder andere beleggingsfonds Overkerk op zelfrealisatie werd door de gemeente afgewezen met

² Ten Kate 2000, p. 149.

³ Sluysmans 2005, p. 767.

verwijzing naar de eerder geselecteerde partners voor een integrale ontwikkeling. Hoewel de Kroon zich hiermee kon verenigen, wees de rechtbank de onteigeningsvordering af. De onteigening had alleen dan mogen worden goedgekeurd wanneer aangetoond was dat er een zwaarwegend publiek belang gemoeid is met de door de gemeente gewenste vorm van planuitvoering. Het Hof 's-Gravenhage oordeelde op 21 januari 1999 (BR 1999, p. 605) dat een onteigeningsbesluit, waarin het publiek belang uitsluitend wordt teruggevoerd op planuitvoering door geselecteerde projectontwikkelaars, in strijd komt met de wet. Selectie van bepaalde marktpartijen brengt niet mee dat de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering niet meer door anderen kan geschieden. Mits aan de technische en financiële vereisten van uitvoering is voldaan, is geen publiek belang betrokken bij de persoon van de zelfrealisator. De onteigening werd echter alsnog uitgesproken omdat Overkerk het plan op een andere wijze zou willen realiseren dan de gemeente. De HR heeft zich niet kunnen uitspreken over het beroep op zelfrealisatie.

- HR 9 februari 2000, Strijpse Kampen/gem. Eindhoven en Oirschot (BR 2000, p. 429): Enkel een marginale toetsing van het beroep op zelfrealisatie door de rechter en enkel op basis van de feiten zoals die bekend waren ten tijde van de administratieve procedure (mede op basis van art. 6 EVRM). De afweging tussen het algemeen belang en de door de onteigening te treffen individuele belangen behoort tot het bestuur. Alleen als nieuwe feiten aan het licht brengen dat de onteigening niet of niet meer geschiedt ten behoeve van het in het besluit opgenomen doel, is er wel plaats voor een rechterlijke toets. Dat is eveneens het geval als ten gevolge van gewijzigde inzichten met betrekking tot de uitvoering van het (bestemmings)plan, de onteigening niet meer geschiedt ter uitvoering van dat plan.

- KB 25 september 2000, bedrijfsterrein Valkenswaard (BR 2001, p. 445): Gedeeltelijke onthouding goedkeuring onteigeningsbesluit vanwege een geslaagd beroep op zelfrealisatie.

- KB 6 augustus 2002, bedrijventerrein Oss (BR 2004, p. 335): Gedeeltelijke onthouding goedkeuring onteigeningsbesluit vanwege een geslaagd beroep op zelfrealisatie. Geen verplichting voor gemeente om medewerking te verlenen aan grondruil met aspirant zelfrealisator.

- KB 12 maart 2003, renovatiepand Amsterdam (BR 2004, p. 338): Onthouding goedkeuring onteigeningsbesluit vanwege een geslaagd beroep op zelfrealisatie.

- KB 6 mei 2004, woongebied Venray (BR 2004, p. 975): Onteigening ten behoeve van te realiseren kavels voor particuliere bouwers is in het publiek belang. Realisering van een deel van de openbare voorzieningen en infrastructuur door reclamanten wordt afgewezen uit een oogpunt van integrale planuitvoering.

- KB 23 september 2005, woongebied Heerlen (BR 2006, p. 363): Gedeeltelijke onthouding goedkeuring onteigeningsbesluit vanwege een geslaagd beroep op zelfrealisatie. Ambtshalve onderzoek door gemeente nodig naar mogelijke zelfrealisatie door eigenaren.

De standaardoverweging van de Kroon ten aanzien van een beroep op zelfrealisatie luidt: *'... dat in het kader van een voorgenomen onteigening zal moeten zijn aangetoond, dat zonder de voorgestelde grondverwerving door de gemeente het doel waarvoor wordt onteigend niet of niet in de door de gemeente gewenste vorm te bereiken is. Hierbij is van belang, dat indien een grondeigenaar bereid en in staat is zelf de op zijn grond rustende bestemming(en) te verwezenlijken, onteigening voor dat doel in beginsel niet noodzakelijk is. Dit beginsel kan uitzondering lijden, indien door de gemeente ter verwezenlijking van de betrokken bestemming(en) een andere vorm van planuitvoering wordt gewenst dan de eigenaar voor ogen staat. In een dergelijk geval is onteigening echter slechts dan gerechtvaardigd, indien is aangetoond, dat aan die andere vorm van planuitvoering in het publieke belang dringend behoefte bestaat.*

De vorm van planuitvoering welke in het publieke belang geboden is, staat overigens in eerste aanleg ter beoordeling van het gemeentebestuur. Of de betrokken grondeigenaren zelf daadwerkelijk tot planuitvoering zullen (kunnen) overgaan, hangt dan ook in hoofdzaak af van de vorm van planuitvoering. De potentiële uitvoerders van het bestemmingsplan zullen met het oog daarop inzicht moeten verkrijgen in de door de gemeente voorgestane wijze van planuitvoering, hetgeen doorgaans voor een belangrijk deel uit de toelichting op het bestemmingsplan of uit de bij dat plan behorende voorschriften al dan niet met de beschrijving in hoofdlijnen blijkt.

Voorts kan het vorenaangehaalde beginsel uitzondering lijden, als de grond van de eigenaar dermate verspreid is gelegen, dat van een op doelmatige wijze zelf realiseren van het bestemmingsplan geen sprake kan zijn, bijvoorbeeld als de eigenaar niet beschikt over voldoende aaneengesloten grond om binnen de mogelijkheden van het bestemmingsplan zelf tot realisering over te gaan of als de te onteigenen grond geen afzonderlijk deel van het te realiseren complex kan vormen. Verder kan het beginsel uitzondering lijden, als er sprake is van een plan, dat integraal in onderlinge samenhang moet worden uitgevoerd en de benodigde grond niet in zijn geheel in het bezit is van de eigenaar die beroep doet op het (deels) zelf realiseren van het bestemmingsplan.'

(KB 6 mei 2004, Venray, BR 2004, p. 975)

De wijze van planuitvoering heeft betrekking op onder andere: de verkaveling, de infrastructuur en de inrichting van het openbare gebied, bouwtypen, woningprijzen en fasering van het plan. Om van een geslaagd beroep op zelfrealisatie te kunnen spreken in het kader van de Onteigeningswet, dient er dus een concrete bereidheid van de eigenaar te zijn tot verwezenlijking van de bestemming. Hij dient ook bereid te zijn zich jegens de gemeente te verbinden om binnen een overeen te komen periode de bestemming te realiseren. Het betreft dan bijvoorbeeld het ontwikkelen van concrete bouwplannen. De eigenaar dient daarvoor over voldoende aaneengesloten grond te kunnen beschikken om een bepaalde deel van het plan zelfstandig te kunnen ontwikkelen. Hoewel er in dit verband wordt gesproken over zelfrealisatie en zelfstandig, kan het ook zijn dat de eigenaar met één of meerdere anderen samenwerkt, om te kunnen beschikken over voldoende kennis, kapitaal en ervaring. Die samenwerking met

andere partijen levert - zoals we zullen zien in het volgende hoofdstuk - problemen op waar het gronden betreft die belast zijn met een voorkeursrecht op basis van de Wvg. Om tot afspraken te kunnen komen dienen partijen voldoende informatie aan elkaar te verschaffen. De eigenaar van de grond dient de identiteit en kwaliteit van zijn contract-partner bekend te maken alsmede gegevens over de wijze van samenwerken. De gemeente dient voornoemde wijze van planuitvoering bekend te maken.

In elk geval zorgt het recht op zelfrealisatie binnen de Onteigeningswet er voor dat de mogelijkheid voor een actieve grondpolitiek van gemeenten wordt beperkt.

De mogelijkheden van kostenverhaal zullen dan niet volledig zijn en aanvullende voorwaarden via de gronduitgifte kunnen voor die percelen niet opgenomen worden.

4. WET VOORKEURSRECHT GEMEENTEN

4.1 Bedoeling van de wetgever

Al in 1966 werd er, naar aanleiding van een wens van het parlement, een Voorontwerp van een Wet Voorkeursrecht Gemeenten ingediend. Ook in die tijd werden gemeenten geconfronteerd met projectontwikkelaars of bouwbedrijven die gronden hadden aangekocht in te ontwikkelen gebieden. Hoewel gemeenten geen exclusief recht hebben op het realiseren van nieuwe woonwijken of bedrijfsterreinen werd, zeker in de jaren zeventig van de vorige eeuw, een eerdere tussenkomst door de gemeente wenselijk geacht.

Te vaak werden ruimtelijke plannen en stadsvernieuwingsactiviteiten verstoord door verwervingsacties van derden. In 1975 werd een wetsvoorstel ingediend 'houdende een regeling van een voorkeursrecht van gemeenten bij de verwerving van onroerend goed'.

In de memorie van toelichting werd het voorkeursrecht als volgt omschreven:

'Het gaat (...) om een voorrang voor de gemeenten in het rechtsverkeer betreffende onroerend goed, ter ondersteuning van hun aankoopbeleid, dat tot dusverre kan worden en ook dikwijls wordt doorkruist doordat zij, veelal bij verrassing, worden geconfronteerd met aankopen door andere gegadigden'.

In de Memorie van Antwoord is te lezen: *'... het voorkeursrecht (beoogt) in beginsel niet een toeneming van de gemeentelijke grondverwervingen als zodanig, maar de bevordering van een slagvaardig en vooruitziend aankoopbeleid, dat zo min mogelijk zal worden doorkruist door transacties met derden met de mogelijke gevolgen van dien, zoals prijsopdrijving of vrijheidsbeperking in de uitvoering van bestemmingsplannen'.*

(TK 1976-1977, 13713 nr. 9, blz. 4).

De Wvg verscheen op 22 april 1981 in het Staatsblad, maar in de jaren daaropvolgend ontwikkelde zich nog een discussie omtrent de wenselijkheid en de doelmatigheid van het instrument. Op 1 januari 1985 trad de wet toch in werking, maar enkel voor gronden gelegen in stadsvernieuwingsgebieden (destijds art. 30 lid 3 Wvg). Door de wetswijziging van juli 1996 werd die beperking opgeheven, maar er kwam door de late invoering van art. 2a Wvg een beperking voor in de plaats. Alleen gemeenten waaraan zelfstandig of samen met andere gemeenten blijkens nationaal of provinciaal ruimtelijk beleid, uitbreidingscapaciteit is toegedacht of gegeven konden het voorkeursrecht vestigen. Deze omschrijving bleek onvoldoende eenduidig en is door de rechter nader ingevuld.

De beperking is vervallen op grond van de wet van 4 december 2003.

4.2 Voorkeursrecht als apart recht

Bij de totstandkoming van de Wvg liet de regering weten dat het 'voorkeursrecht in wezen niet meer inhoudt dan een verwervingsvoorrang voor de gemeente ingeval de eigenaar of zakelijk gerechtigde vrijwillig mocht overgaan tot vervreemding'. Vanwege het verbod op verkoop aan een derde is de benaming verwervingsvoorrang mijns inziens een wat beperkte omschrijving. Juridisch gezien betreft het een beperking van de overdraagbaarheid van eigendom en beperkte rechten als bedoeld in art. 3:83 lid 1 BW:

'Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet'.

De wet geeft geen begripsomschrijving van het voorkeursrecht en bevat zelfs niet het woord voorkeursrecht (wel in de titel en de considerans). De uitleg en tevens kernbepaling is te vinden in artikel 10 lid 1 Wvg: Een verkoper kan eerst tot vervreemding overgaan nadat de gemeente in de gelegenheid is gesteld het desbetreffende (aange- wezen) goed te kopen. Lid 2 geeft een aantal uitzonderingen op die aanbiedings- verplichting, bijvoorbeeld bij een overdracht van een goed tussen bloed- of aanverwanten.

Het voorkeursrecht doet denken aan het privaatrechtelijke onherroepelijk aanbod (zogenaamd optiebeding), als bedoeld in art. 6:219 lid 3 BW:

'Een beding waarbij één der partijen zich verbindt om, indien de wederpartij dit wenst, met haar een bepaalde overeenkomst te sluiten, geldt als een onherroepelijk aanbod'.

Bij de vestiging van een voorkeursrecht wordt echter geen verbintenis aangegaan en liggen ook de essentialia van de overeenkomst niet vast.

Voorafgaande aan de totstandkoming van de Wvg waren er al vergelijkbare voorkeurs- rechten in bijvoorbeeld de art. 72d en 76 Ow opgenomen. Op grond van eerstgenoemd artikel dienen onroerende zaken die onteigend zijn ten behoeve van een ontgroning, na beëindiging van die werkzaamheden te koop te worden aangeboden aan de vorige eigenaar. Het betreft dan overigens vaak een voorkeursrecht voor een particuliere eigenaar.

Verder kent de Wet agrarisch grondverkeer (Wag) in art. 37 lid 1 eveneens een voor- keursrecht. De wet werd ook in 1981, enkele weken eerder dan de Wvg, in het Staatsblad bekendgemaakt. Op grond van art. 37 lid 1 Wag worden overeenkomsten tot vervreemding van land (landbouwgronden en natuurterreinen) dat ingevolge art. 37 door de Kroon is aangewezen, niet ingeschreven in de openbare registers van het kadaster, dan nadat het Bureau beheer landbouwgronden in de gelegenheid is gesteld een zodanige overeenkomst te sluiten. Het vierde en vijfde lid bepalen dat een aanwijzing geen gronden kan omvatten waarop een voorkeursrecht rust ingevolge de art. 2, 6 of 8 Wvg (dus wel op grond van het later ingevoerde art. 8a Wvg).

Het Nederlandse voorkeursrecht in de vorm van een eerste recht om te onderhandelen bestaat in de ons omringende landen niet.⁴ De aldaar bestaande voorkeursrechten hebben een ingrijpender karakter dan de Wvg.

Alleen gronden waaraan bij een structuurplan of een bestemmingsplan een niet- agrarische bestemming is gegeven en waarvan het gebruik afwijkt van dat plan, komen in aanmerking voor een aanwijzing op grond van de Wvg. Verder dienen de desbetreffende percelen dus te zijn of te worden opgenomen in een structuurplan,

⁴ De Wolff 2000, p. 902.

bestemmingsplan of stadsvernieuwingsplan. Voor het overige is er een terughoudende toets door de rechter gelet op de aan het bestuursorgaan gegeven discretionaire bevoegdheid.

4.3 Bestuursrechtelijke aanwijzingsprocedure

Burgemeester en wethouders enerzijds en de gemeenteraad anderzijds hebben de mogelijkheid om gronden aan te wijzen waarop de Wvg van toepassing is. Een voorkeursrecht kan worden gevestigd op grond van een vastgesteld bestemmingsplan of vastgesteld structuurplan, maar ook (daaraan voorafgaand) op basis van de ontwerpen van die plannen (respectievelijk art. 2 en 6 Wvg). Op grond van art. 8 Wvg kunnen verder nog gronden worden aangewezen terwijl deze nog niet zijn opgenomen in een ontwerp van een structuurplan of van een bestemmingsplan. Via art. 8a Wvg kan door het college voorafgaand aan de toepassing van art. 8 Wvg al een voorlopig voorkeursrecht worden gevestigd voor een termijn van maximaal acht weken.

Ook de andere grondslagen bewerkstelligen een voorkeurrecht voor een bepaalde termijn: vijf maanden of twee jaren; alleen een voorkeursrecht op basis van art. 2 Wvg blijft langer geldig, namelijk totdat de bestemming op grond van het (nieuwe) bestemmingsplan is gerealiseerd. Als bijlage is een door de VNG opgesteld schema opgenomen van de mogelijke aanwijzingsbesluiten.

De aanwijzingsbesluiten worden opgenomen in een bij de gemeente te raadplegen systeem en voorheen in de registers van het kadaster. Per 1 juli 2007 is de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken in werking getreden, waardoor gemeenten een belangrijker taak hebben ten aanzien van de registratie van beperkingen die rusten op onroerend goed.

De aanwijzingsbesluiten zijn appellabel op grond van art. 8:1 juncto 7:1 Awb.

4.4 'Privaatrechtelijke' aanbiedingsprocedure

Als er een voorkeursrecht van kracht is voor een perceel en de eigenaar wenst te verkopen (initiatief ligt aan zijn zijde), dient hij het goed aan te bieden aan de gemeente. De verkoper kan daaraan voldoen door een schriftelijke opgave met kadastrale aanduiding en grootte aan burgemeester en wethouders te verstrekken van het goed dat onderwerp uitmaakt van de voorgenomen vervreemding (art. 11 lid 1 Wvg). Binnen acht weken maken burgemeester en wethouders bekend of de gemeente het aangeboden goed in beginsel wenst aan te kopen tegen een nader overeen te komen prijs. Hoewel het een besluit omtrent het mogelijk aankopen van onroerend goed betreft, staat tegen dit beginselbesluit van de gemeente - positief of negatief - bezwaar en beroep open op grond van de Awb. (ABRvS 11 december 2000, BR 2001, p. 437.)

Bij een positief beginselbesluit gaan de verkoper (eigenaar) en de gemeente in gesprek omtrent de prijs en de verdere voorwaarden om tot een koopovereenkomst te komen. Ingeval van een geslaagde koop is de Wvg-procedure ten einde.

Deze (laatste) fase waarop geen termijnen van toepassing zijn, heeft voornamelijk een privaatrechtelijk karakter.

De verkoper is niet verplicht om het goed te verkopen en kan dus op elk moment afzien van het sluiten van een overeenkomst. Die vrijheid is echter beperkt aangezien hij het goed niet kan vervreemden aan een ander dan de gemeente.

4.5 Vaststelling van de prijs

Als de eigenaar van mening is dat de door de gemeente geboden prijs onvoldoende is, kan hij bij burgemeester en wethouders de wens te kennen geven dat over de prijs advies zal worden uitgebracht door deskundigen, te benoemen door de rechtbank (art. 16 e.v. Wvg). De aan de gemeente gestelde termijn van twee weken om vervolgens via een procureur aan de rechtbank te verzoeken (een) deskundige(n) te benoemen, is naar mijn mening duidelijk te kort, gelet op het rechtsgevolg van overschrijding van de termijn. In dat geval is de eigenaar namelijk gedurende drie jaren vrij om aan een derde te verkopen. Ook kan de eigenaar dan een verzoek indienen bij de rechtbank om de gemeente tot aankoop te verplichten (art. 27 Wvg).

Na de benoeming van de deskundige(n) volgt, overeenkomstig de onteigeningsprocedure, een plaatsopneming (zonder rechter-commissaris) en het advies met betrekking tot de prijs van het goed. De deskundigen stellen hun advies vast met overeenkomstige toepassing van de art. 40b-40f Ow (art. 16 lid 4 Wvg). Dat betekent dat de verkeerswaarde van het onroerend goed in aanmerking dient te worden genomen, zowel door de deskundigen als ook tijdens de genoemde onderhandelingen tussen verkoper en gemeente. Het betreft geen volledige schadeloosstelling conform art. 40 Ow omdat het goed vrijwillig aan de gemeente is aangeboden.

Als beide partijen instemmen met de door deskundigen geadviseerde prijs, kan de koopovereenkomst opgemaakt worden. Als men het niet eens is met het advies kan gevraagd worden om het oordeel van de rechter aangaande de prijs. Er vindt (wederom) een bezichtiging plaats in tegenwoordigheid van de rechter-commissaris en de eerder benoemde deskundigen, waarna laatstgenoemden een nader advies uitbrengen over de verkoopprijs. Vervolgens kunnen de verkoper en de gemeente hun belangen bij pleidooi bepleiten, waarna de rechtbank uitspraak doet over de verkoopprijs.

Tegen deze uitspraak staat geen beroep of cassatie open (art. 19 Wvg). Mus en Van Wijmen houden een nadrukkelijk pleidooi voor het opnemen van het cassatiemiddel in de procedure, naar analogie van de Onteigeningswet.⁵ Hoewel de argumenten terecht zijn, dient te worden onderkend dat het aantal gerechtelijke procedures over de prijs beperkt is en de jurisprudentie met betrekking tot onteigeningen (deels) benut kan worden.

De gemeente is gedurende drie maanden gehouden medewerking te verlenen aan de totstandkoming van een koopakte op basis van de door de rechtbank bepaalde prijs,

⁵ Mus 2001, p. 190.

indien de verkoper dit wenst. Zoals we zien kan de verkoper op meerdere momenten in de procedure alsnog afzien van verkoop. Hij kan dan echter zijn eigendom niet verkopen.

4.6 Toezicht en termijnen

Verder voorziet de wet in een door Gedeputeerde Staten te verlenen ontheffing van de verplichting voor de verkoper om met de gemeente te onderhandelen. Er dient dan sprake te zijn van gewichtige redenen op grond waarvan redelijkerwijs niet kan worden geëist dat aan de gemeente wordt verkocht. Die gewichtige redenen worden in de jurisprudentie niet snel aanwezig geacht (ABRVs 27 april 2001, Wvg Duiven, BR 2001, p. 597). Het toezicht op vervreemding in strijd met een gevestigd voorkeursrecht is op grond van art. 24 Wvg in handen gelegd van de notaris. Voor een inschrijving in de openbare registers van een akte behelzende een vervreemding anders dan aan de gemeente, is een zogenaamde notariële voetverklaring vereist. Daarin verklaart de notaris hetzij dat de betrokken onroerende zaak niet is belast met een voorkeursrecht op grond van de Wvg, hetzij dat de vervreemding niet in strijd is met die wet. De laatste mogelijkheid doet zich bijvoorbeeld voor als de gemeente af ziet van aankoop (art. 12 lid 2 en 17 lid 1 en 3 Wvg) of één van de wettelijke termijnen heeft overschreden of heeft laten verstrijken (art. 12 lid 3, 16 lid 2, 17 lid 5 Wvg). De eigenaar is dan gedurende drie jaren vrij om het goed te vervreemden aan een willekeurige derde. De vervreemding moet dan wel betrekking hebben op precies hetzelfde goed dat aan burgemeester en wethouders was aangeboden.

Burgemeester en wethouders dienen er rekening mee te houden dat ze op een bepaald moment gehouden zijn tot aankoop (art. 17 lid 2 Wvg) c.q. de door de rechtbank bepaalde prijs dienen te betalen (art. 21 Wvg). Ook op grond van art. 27 Wvg kan de gemeente verplicht worden het goed aan te kopen. Het voorkeursrecht wijzigt dan in een aankoopplicht.

4.7 Vernietiging op grond van art. 26 Wvg

Met behulp van art. 26 Wvg kan de gemeente via de civiele weg de nietigheid inroepen van rechtshandelingen die strijdig zijn met de Wvg. Vóór 1996 kende art. 26 Wvg een uitgebreide en gedetailleerde formulering. Vanaf dan tot 2002 hadden we te maken met de volgende tekst van lid 1: *'Een gemeente kan de nietigheid inroepen van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het belang van de gemeente bij haar in deze wet geregelde voorkeurspositie'*.

Een verzoek moet worden gedaan bij de rechtbank binnen acht weken nadat de gemeente een afschrift heeft ontvangen van de akte waarin de rechtshandeling is opgenomen (repressief instrument).

In het antwoord van het kabinet op gestelde vragen over de voorgestelde wetswijziging in 1996 is het volgende opgenomen:

'(...) Uitgangspunt van het onderhavige wetsvoorstel tot wijziging van de Wvg is echter dat er in principe niets op tegen is dat particuliere grondeigenaren de (gewijzigde)

bestemming verwezenlijken. Via de vergunningstelsels van onder andere de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Woningwet houdt de gemeente zicht op de wijze waarop die verwezenlijking plaats vindt. De eigendomsverhouding staat daar buiten. Indien de juridische eigenaar de realisering van de nieuwe bestemming niet zelf ter hand wil of kan nemen, maar daarvoor een derde te hulp roept en deze laatste een zekerheidsstelling verlangt door middel van een persoonlijke verbintenis zoals een economische eigendoms-overdracht, doet dat niet af aan het gemeentelijk toezicht. Aan de zakenrechtelijke eigendomsverhoudingen verandert niets. Indien de "economische eigenaar" na de realisering van de bestemming de grond en de daarop gebouwde opstallen aan derden wil verkopen en leveren zal de (oorspronkelijke) juridische eigenaar zijn medewerking moeten verlenen ten behoeve van de overschrijving in de openbare registers. (...) Een soortgelijke situatie doet zich voor bij de inbreng van grond door de juridische eigenaar in een gezamenlijke onderneming. (...) Indien deze gezamenlijke onderneming de bestemming op de door de gemeente gewenste wijze realiseert en de grond met het bebouwde vervolgens verkoopt en levert is er voor de gemeente geen titel meer om het voorkeursrecht te laten voortbestaan en kan de juridische eigenaar vrij leveren aan derden. (...)' (TK 1995-1996, 24 235, nr. 5, p. 15-19)

Met deze overwegingen bij de wetswijziging zal bedoeld zijn het recht van zelfrealisatie niet in te perken. Naar mijn mening is daarmee echter teveel ruimte geboden aan particuliere partijen voor het opzetten van vormen van economische eigendomsoverdracht en samenwerkingsovereenkomsten. Bovendien blijkt uit de overwegingen van onvoldoende rekenschap van de beperkingen van het gemeentelijk kostenverhaal en is er veel onduidelijkheid door geschapen bij eigenaren, ontwikkelaars en gemeenten.

Verder nam de wetgever zich in 1996 voor om de praktijkontwikkelingen en de jurisprudentie over art. 26 Wvg op de voet te volgen en aan de hand van ervaringen te bezien of en in hoeverre aanvullende wetgeving noodzakelijk zou zijn. Men hield rekening met evaluatie en mogelijke aanpassingen in 2000.

Vanaf de ruimere gebruiksmogelijkheden van de Wvg in 1996 werd het instrument door gemeenten aanmerkelijk meer ingezet. Als gevolg daarvan werden er ook meer constructies ontwikkeld om de aanbiedingsverplichting aan de gemeente te ontlopen.

Er is daarbij geen sprake van een vervreemding aan een derde, maar die derde wordt in feite wel in staat gesteld de bestemming te realiseren en over de grond te beschikken (economische eigendomsoverdracht).

Een projectontwikkelaar is doorgaans bereid een hogere prijs voor de grond te betalen dan de gemeente omdat hij naast de grondexploitatie, een deel van zijn beoogde winst kan behalen uit de bouwexploitatie ('verticale exploitatie'). De feitelijke macht over de grond wordt dus door de eigenaar overgedragen aan de ontwikkelaar, met als tegenprestatie bijvoorbeeld een voorschot op de te ontvangen koopprijs.

Nadat de bestemming door de ontwikkelaar, eventueel in samenwerking met de eigenaar, is gerealiseerd, dient het voorkeursrecht door burgemeester en wethouders vervallen te worden verklaard (art. 5 juncto art. 2 lid 2 Wvg). Het gebruik van de grond

wijkt dan immers niet meer af van de aan de grond gegeven bestemming. Vervolgens vindt de juridische levering plaats door de eigenaar (via de ontwikkelaar) aan de eindgebruiker (bijvoorbeeld de koper van de woning).

4.8 Novemberarresten van de Hoge Raad

Zoals hiervoor aangegeven vereiste art. 26 Wvg dat de bestreden rechtshandeling was verricht met de kennelijke strekking om afbreuk te doen aan het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie. De uitleg van dit vereiste heeft veel aandacht gevraagd van rechters en betrokkenen. Vanaf het ruimere gebruik van de Wvg in 1996 werden er door gemeenten ook diverse verzoeken ingediend op grond van art. 26 Wvg tot nietigverklaring van rechtshandelingen van eigenaren met betrekking tot hun onroerend goed. Diverse rechtbanken wezen de verzoeken van de gemeentes echter af. De hoven kozen een andere lijn en stemden de gemeenten daarmee positiever.

De Hoge Raad oordeelde in november 2000 weer anders en overwoog als volgt:

'... dat van een afbreuk doen aan het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie slechts sprake kan zijn, indien voldoende aannemelijk is dat, als de partijen bij de overeenkomst niet deze overeenkomst hadden gesloten maar een overeenkomst die tot vervreemding van de gronden zou hebben gestrekt, de gemeente van het voorkeursrecht gebruik zou hebben gemaakt en zo mogelijk tot aankoop van de gronden zou zijn overgegaan. (...) Artikel 26 lid 1 vereist niet slechts dat door de rechtshandeling afbreuk wordt gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente, maar tevens dat afbreuk wordt gedaan aan het belang dat de gemeente bij die voorkeurspositie heeft. (...)

Het hangt van het gevoerde c.q. voorgenomen beleid af, welke belangen in het concrete geval in aanmerking moeten worden genomen. Wanneer voldaan is aan het tweede vereiste, zal echter in beginsel kunnen worden aangenomen dat de overeenkomst afbreuk doet aan het concrete belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie. Dit kan evenwel anders zijn, indien de partijen bij de overeenkomst de bedoeling hebben om de nieuwe bestemming zelf te verwezenlijken.'

Volgens de Hoge Raad is uit de parlementaire geschiedenis op te maken dat aan de Wvg ten grondslag ligt de opvatting: *'dat het gemeentelijk voorkeursrecht een instrument is dat ten dienste staat aan de tijdige realisering van de bestemming en dat als die bestemming verwezenlijkt (wordt) door anderen dan de gemeente, de gemeente niet zonder meer nog belang heeft bij het hanteren van dat instrument. Dit wordt niet anders, wanneer de verwezenlijking van de bestemming geschiedt voor rekening en risico van een ander dan de eigenaar.'* Verder overwoog de Hoge Raad dat *'het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie mede gelegen kan zijn in de betekenis ervan voor de uitoefening van een regiefunctie bij de verwezenlijking van de bestemming. Indien de gemeente deze regiefunctie inderdaad wil uitoefenen, zal niet op de enkele grond dat de overeenkomst tot doel heeft de toegedachte bestemming uit te voeren, geoordeeld kunnen worden dat de overeenkomst geen afbreuk doet aan het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie. Daartoe zal dan tevens moeten komen vast te staan dat de*

partijen bij de overeenkomst - of althans een van hen - niet slechts bereid zijn om de nieuwe bestemming te verwezenlijken, maar tevens dat (a) zij daartoe financieel en anderszins - al dan niet met behulp van derden - inderdaad in staat zijn en zij voorts zich bereid hebben verklaard om zich op een zodanige wijze jegens de gemeente te verbinden, dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente bij verwezenlijking van de nieuwe bestemming in overeenstemming met het door de gemeente gevoerde beleid afdoende zijn gewaarborgd, doch (b) de gemeente dit aanbod zonder goede grond van de hand heeft gewezen, dan wel tussen de gemeente en de bedoelde partijen geen overeenstemming is bereikt omdat de gemeente harerzijds eisen stelt die zij met inachtneming van de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet mocht stellen. Of dit het geval is, zal niet steeds binnen de in artikel 26 lid 2 bedoelde termijn kunnen worden vastgesteld. Zo nodig zal de gemeente tot bewaring van recht binnen deze termijn een verzoek tot vernietiging van de overeenkomst kunnen indienen.'

(HR 10 en 17 november 2000, BR 2001, p. 128 e.v.)

Mus vatte deze jurisprudentie van de Hoge Raad als volgt samen: *'Indien sprake is van een overdracht van de feitelijke beschikkingsmacht over de grond aan een derde dan moet de gemeente aannemelijk maken welke concrete belangen zij heeft bij verwerving van de betrokken gronden. Indien zij die belangen kan aangeven dan ligt het nietigheidsverzoek voor toewijzing gereed, tenzij de eigenaar en de ontwikkelaar:*

(a) bereid zijn de bestemming zelf te verwezenlijken;

(b) in staat zijn de bestemming zelf te verwezenlijken;

*(c) bereid zijn zich daartoe jegens de gemeente zodanig te verbinden dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente voldoende worden gewaarborgd en daartoe onderhandelingen aanbieden. Op haar beurt mag de gemeente deze onderhandelingen niet zonder goede grond weigeren en mag zij, in geval geen overeenstemming is bereikt, geen eisen hebben gesteld die zij met inachtneming van de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet mocht stellen.'*⁶

Daarmee week de Hoge Raad af van zijn oordeel in 1999 in de zogenaamde 'laatste-dag-overeenkomsten'. Daarbij was van belang of afbreuk werd gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente (HR 9 april 1999, Voorkeursrecht Weert, BR 1999 p. 977).

Gevolg van deze uitleg is dat onder bepaalde voorwaarden een particuliere partij zich een grondpositie kon verwerven binnen een gebied waar een gemeentelijk voorkeursrecht geldt. Nota bene: Advocaat-Generaal IJssink repte in zijn conclusie zelfs over een "voordringrecht" voor de derde partij.

4.9 Wijziging art. 26 Wvg

De Groot beschrijft in 2001 en 2002 dat gemeentes te pessimistisch over de zogenaamde novemberarresten oordelen.⁷ Naar zijn mening is de regiefunctie van de gemeente weer duidelijk voorop komen te staan. Overleg met de marktpartijen is geboden, waarbij

⁶ Mus 2001, p. 256.

⁷ De Groot 2001 resp. 2002.

duidelijk moet worden welke de gerechtvaardigde belangen van de gemeente zijn die als randvoorwaarden dienen bij de realisering van de bestemming door de eigenaar of het samenwerkingsverband. Het lijkt hem niet uitgesloten dat die gerechtvaardigde belangen van de gemeente zich tegen welke zelfrealisatie dan ook verzetten. Dit in verband met de complexiteit van de ontwikkeling, de financieel-economische belangen (onderhandelingen met grote ontwikkelaars), evenwichtige ruimtelijke ontwikkeling (geen versnippering) en transparante selectieprocedures. Redelijke voorwaarden van de zijde van de gemeente kunnen betrekking hebben op: stedenbouwkundige kwaliteit, huisvestingsbelangen, fasering en tempo van bouwproductie, kwaliteit en overdracht van infrastructuur en benodigde zekerheden en garanties. Zelfrealisatie onder de vlag van de Wvg biedt in die zin volop mogelijkheden voor regie voor de gemeente.

Bovendien waren er inmiddels al enkele uitspraken die in deze richting wezen. Tot de gerechtvaardigde belangen van de gemeente Helmond behoorde bijvoorbeeld dat de ontwikkelaar vrije kavels uitgeeft voor zelfbouwers volgens het gemeentelijk verkavelingsplan en met dezelfde voorwaarden als de gemeente hanteert (Hof 's-Hertogenbosch, 7 mei 2002).

Hoewel de regering in de novemberarresten onvoldoende aanleiding zag om de Wvg te wijzigen, kwam de aanpassing van art. 26 Wvg er toch en wel in de vorm van een initiatiefwetsvoorstel van de fracties van PvdA, CDA en D66. Bij wet van 14 juni 2002 werden in art. 26 lid 1 Wvg de volgende woorden geschrapt: "het belang van de gemeente bij". Met name dat onderdeel van art. 26 was voor de Hoge Raad immers doorslaggevend bij de toets. Ook de art. 6, 8a en 10 werden gewijzigd.

Met de wijziging van art. 26 Wvg beoogden de indieners te voorkomen dat langdurige en onvoorspelbare procedures moeten worden gevoerd teneinde vast te stellen of een gemeente die de nietigheid van een rechtshandeling wenst in te roepen wegens inbreuk op haar voorkeursrecht wel een gerechtvaardigd belang bij dat voorkeursrecht heeft.

Op grond van de nieuwe wettekst is het dus voldoende als de bestreden rechtshandeling afbreuk doet aan de in de wet geregelde voorkeurspositie van de gemeente. Volgens de toelichting gaat het dan om rechtshandelingen die zodanig zijn opgezet dat geen vervreemding zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, maar wel de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in enigerlei mate overdragen aan een of meer andere (rechts)personen. Hiermee wordt voor alle duidelijkheid en ter voorkoming van onnodige procedures aangegeven dat ook overdrachten van een deel van de beschikkingsmacht en het economisch belang bloot staan aan vernietiging (MvT zoals gewijzigd n.a.v. advies RvS, 27750, nr. 5).

Bij de parlementaire behandeling werd door de initiatiefnemers desgevraagd geantwoord dat het beginsel van zelfrealisatie geheel onaangetast blijft.

4.10 Art. 26 Wvg- jurisprudentie vanaf 2002

- De verwachting die was ontstaan op grond van het arrest van het Hof Arnhem van 25 september 2001, dat tot de gerechtvaardigde belangen van de gemeente onder andere behoorde om in het kader van zelfrealisering een redelijke bijdrage te vragen in de gemaakte kosten voor bovenwijkse voorzieningen en voorzieningen voor openbaar nut, werd door de HR tenietgedaan (HR 15 november 2002, Bergh, BR 2003, p. 240). Onder de gerechtvaardigde belangen van de gemeente kan niet worden gerangschikt de situatie dat een gemeente via onderhandelingen kan komen tot een ruimer kostenverhaal (zie paragraaf 6.1) dan tot dat moment was toegestaan.

- Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 17 december 2004 (NJ 2005, 393, Ridderkerk) zou de wetswijziging van 2002 wel eens te snel kunnen zijn doorgevoerd. De raad geeft op basis van art. 26 (oud) Wvg zeer weinig ruimte aan het samenwerkingsverband van eigenaar en ontwikkelaar: *'Terecht heeft het hof geoordeeld dat zich in casu de situatie voordoet dat de regiefunctie van de gemeente slechts tot zijn recht kan komen wanneer de gemeente als eigenaar over de gronden kan beschikken aangezien het hier gaat om een globaal bestemmingsplan dat nog moet worden uitgewerkt en de gemeente in dit stadium van planontwikkeling de vrijheid nodig heeft om goede oplossingen uit te werken voor de hervestiging van reeds elders binnen de gemeente gevestigde bedrijven en aangezien het door eisers gedane aanbod niet voorziet in deze door het hof gerechtvaardigd geachte behoeften van de gemeente en daarin in dit stadium van de planontwikkeling ook niet kan worden voorzien'*.

- Art. 26 Wvg (nieuw) werd toegepast door de Rb Breda inzake Goirle (8 november 2002, BR 2003, p. 239). De samenwerkingsovereenkomst werd nietig verklaard ondanks dat de eigenaar volgens de overeenkomst voor 100 % financieel belang had bij winst of verlies op de grondexploitatie. Daarbij is van belang dat de ontwikkelaar het blijkbaar in belangrijke mate in haar macht had de te realiseren opbrengsten in positieve of negatieve zin te beïnvloeden, terwijl van een mogelijkheid tot beïnvloeding door de eigenaar in feite geen sprake was.

- Een koopovereenkomst in Midden-Delftland was volgens het Hof terecht nietig verklaard, aangezien de koper had bedongen dat hij op ieder moment feitelijke levering van de verkochte grond kon vorderen (Hof 's-Gravenhage 13 oktober 2005, BR 2007, p. 683). Annotator Mus is er niet van overtuigd dat het hypotheekrecht, dat volgens het Hof onderdeel uitmaakte van de constructie, ook diende te sneuvelen. Slechts uit kracht van de koopovereenkomst is de beschikkingsmacht en het economisch belang door de eigenaar aan de koper overgedragen en dat is niet geoorloofd. Het al of niet aanwezig zijn van een hypotheekrecht lijkt daar volgens Mus niets aan af te doen. Hij wijst daarbij echter niet op het mogelijke risico van (uitgelokte) parate executie op grond van het hypotheekrecht. Zie bijvoorbeeld Rb Den Haag 28 maart 2007 (LJN BA2039, Rijnwoude).

- De inbreng van ca. 13,5 ha grond in Heerhugowaard in een vennootschap onder firma waarbij de eigenaar voor 50 % deelde in winst en verlies werd eveneens nietig verklaard. (Hof Amsterdam 26 oktober 2006, LJN AZ 6082). Daarbij speelde vooral een rol dat de andere

vennoot bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen, terwijl de eigenaar van de grond alleen bevoegd was tezamen met die ander. De beschikkingsmacht over de grond was derhalve wel degelijk beperkt. Het Hof overweegt tevens dat de gemeente, gelet op de wetswijziging van 1 februari 2004 (bedoeld zal zijn 14 juni 2002), niet meer gehouden is gedetailleerd aan te geven wat zij met de percelen van plan is en hoe zij die plannen denkt te verwezenlijken. Het staat de gemeente echter niet vrij de nietigheid van een samenwerkingsovereenkomst in te roepen wanneer zij bij de nietigheid geen belang heeft, of wanneer sprake is van een handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of van misbruik van recht.

- In de gemeente Zevenhuizen-Moerkapelle sloten eigenaren en ontwikkelaar(s) in het kader van het zelfrealisatierecht van eerstgenoemde een koopovereenkomst met de opschortende voorwaarde dat op het voorgenomen tijdstip van levering er geen belemmeringen krachtens de Wvg bestaan (Rb 's-Gravenhage 2 mei 2007, LJN BA4094, BA8564 en BA8603). Tevens sloten ze een overeenkomst van geldlening en werd ter zekerheid hypotheek op de grond gevestigd. De gemeente kreeg kennis van de in de registers ingeschreven hypotheekakte en vorderde vernietiging daarvan alsmede van de onderliggende overeenkomsten. Volgens de rechtbank betrof het een koopovereenkomst met uitgestelde levering, waarbij de beschikkingsmacht over de percelen in enigerlei mate was overgedragen, in zoverre dat de eigenaar niet meer vrij was de percelen aan te bieden aan de gemeente. Hoewel het lenen van geld en het bezwaren van grond met een hypotheekrecht niet strijdig zijn met art. 10 Wvg, werden ook die overeenkomsten nietig verklaard, aangezien ze instrumenteel waren aan het sluiten en naleven van de koopovereenkomst.

- Eigenaar en ontwikkelaar in Nunspeet kwamen overeen de nieuwe bestemming tot stand te brengen middels zogenaamde zelfrealisatie als bedoeld in de Ow, waarbij levering van het goed pas zal plaatsvinden nadat het voorkeursrecht is vervallen.

(RB Zutphen 6 juni 2007, LJN BA7280, BA7291 en BA7302) De rechtbank overweegt in zijn algemeenheid dat sprake is van de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de voorkeurspositie van de gemeente, als de rechtshandeling zo is opgezet dat weliswaar geen vervreemding zal plaatsvinden, maar de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in enigerlei mate wordt overgedragen. Dit duidt er volgens de rechtbank op dat de beschikkingsmacht en het economisch belang bij de grond geheel bij de eigenaar moeten blijven. Er werd volgens de rechtbank afbreuk gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente, gelet op de gegarandeerde vergoeding voor de eigenaar wegens de juridische en feitelijke levering en de volledige overdracht op de ontwikkelaar van de kans op voordeel en het risico op nadeel. Verder had de eigenaar alle rechten op een eventuele onteigeningsvergoeding overgedragen alsmede een substantieel deel van zijn beschikkingsmacht over de grond. Vooral vanwege het prille stadium van planvorming heeft de gemeente volgens de rechtbank de vrijheid nodig niet alleen om goede oplossingen uit te werken voor woningbouw, maar ook om oplossingen te kiezen die mogelijk anderszins geen ruimte laten voor zelfrealisatie van de bestemming.

In een later stadium kan pas beoordeeld worden of partijen in staat zijn en of zij bereid zijn om zich op een zodanige wijze jegens de gemeente te verbinden, dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente bij verwezenlijking van de nieuwe bestemming in overeenstemming met het door de gemeente gevoerde beleid afdoende zijn gewaarborgd.

Nu een dergelijke situatie niet aan de orde is, kan het beroep op zelfrealisatie verweerders niet baten. Ook de vestiging van hypotheek op het perceel en andere door partijen verrichte rechtshandelingen met betrekking tot het perceel (waarvan de overeenkomst niet in geding was gebracht) werden vernietigd.

Het lijkt er in deze zaak op dat de rechtshandelingen wel toelaatbaar zouden kunnen zijn op grond van gestelde zelfrealisatie als de zaak op een later moment aan de rechter was voorgelegd. Als geconstateerd wordt dat er middels een rechtshandeling afbreuk wordt gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente, mag van de rechter verwacht worden, gelet op art. 26 (nieuw) Wvg, dat de nietigheid wordt uitgesproken.

In vorenstaande uitspraken zijn samenwerkingsconstructies die zijn opgezet met het oogmerk van zelfrealisatie door de eigenaar, op grond van art. 26 Wvg consequent door de rechter vernietigd. Naar mijn mening terecht aangezien het in wezen (ingewikkelde) koopconstructies zijn met uitgestelde juridische levering of anderszins een overdracht van beschikkingsbevoegdheid. Ook grote Nederlandse banken zijn rechtstreeks bij deze miljoenencontracten betrokken in verband met benodigde leningen en hypotheekrechten. Geconstateerd kan dus worden dat het doel van de wetswijziging van 2002 is bereikt. Rechtshandelingen komen eerder in aanmerking voor vernietiging als vastgesteld is dat de voorkeurspositie van de gemeente wordt aangetast.

Althans voorzover de rechtshandelingen aan het licht komen. In dat kader wordt gewezen op de tussenuitspraak in een zaak te Katwijk (Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, LJN BB0739). De gemeente had via de openbare registers kennisgenomen van een gevestigd hypotheekrecht en vorderde vernietiging daarvan, alsmede van de onderliggende (ontwikkelings)overeenkomst. Die overeenkomst werd door partijen echter niet aan de gemeente beschikbaar gesteld. De rechtbank is van mening dat de inhoud van die onderliggende overeenkomst bepalend is voor de beoordeling of het hypotheekrecht afbreuk doet aan *de belangen van* het gemeentelijk voorkeursrecht. Derhalve beveelt de rechtbank partijen de overeenkomst(en) in het geding te brengen. Overigens zijn de woorden 'de belangen van' hierbij ten onrechte door de rechtbank opgenomen.

Minder duidelijk is hoe het in het algemeen verder gaat in de relatie tussen de eigenaar en de ontwikkelaar die de overeenkomst vernietigd zien door de rechtbank.

Mogelijk sluiten ze later een zelfde 'onteigeningsbestendige' overeenkomst, waardoor 'zelf' realisatie toch mogelijk is. Met betrekking tot het perceel in Katwijk bijvoorbeeld had de rechter al twee eerdere rechtshandelingen op grond van art. 26 Wvg vernietigd.

(Rb 's-Gravenhage 24 januari 2007, HA RK 06-769 en HA RK 06-1096)

5. VERGELIJKING ZELFREALISATIE BIJ ONTEIGENING EN VOORKEURSRECHT

5.1 Is onderlinge afstemming mogelijk?

Het beroep op zelfrealisatie komt aan de orde bij de toepassing van art. 79 Ow en art. 26 Wvg. De daarbij behorende jurisprudentie laat duidelijke verschillen zien bij de toetsing van het zelfrealisatiebeginsel. De oorzaak daarvan is vooral gelegen in het verschil dat er bestaat in de met de beide wetten beoogde doelstellingen. De Kroon sprak dit in 2002 ook uit (KB 14 maart 2002, nr. 02.001346, Stcrt. 2002, 66, Bergh).

Na de arresten van de Hoge Raad in november 2000 is het verschil in benadering van het beroep op zelfrealisatie tussen onteigening en voorkeursrecht door De Groot aangeduid.⁸ Het betreft het inhoudelijke criterium voor zelfrealisatie dat de Hoge Raad bij art. 26 Wvg-gevallen heeft aangelegd. Volgens hem lijkt de Hoge Raad aan het criterium van: 'in staat en bereid zijn tot conforme en tijdige realisering van de bestemming binnen de vorm van uitvoering waaraan in het publieke belang dringend behoefte bestaat' één criterium te hebben toegevoegd, te weten de gebleken bereidheid van de zelfrealisator (de grondeigenaar of een door deze aangezochte derde) om zich op een zodanige wijze jegens de gemeente te verbinden dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente bij verwezenlijking van de nieuwe bestemming in overeenstemming met het door de gemeente gevoerde beleid afdoende zijn gewaarborgd. Als dat inhoudelijke criterium door de Kroon en de rechter zou worden gehanteerd bij beroepen op zelfrealisatie bij onteigeningen, was er een 'koppeling gelegd'. Dat is echter niet gebeurd en bovendien is art. 26 Wvg in 2002 gewijzigd.

Onteigening is een instrument om op actieve wijze benodigde gronden in eigendom te verkrijgen. Het voorkeursrecht wordt gezien als een passief instrument, waarmee vooral beoogd is gemeenten in staat te stellen de bestemming van de grond te realiseren. Gemeenten gebruiken het voorkeursrecht vooral als een onderdeel van hun beleid van actieve grondpolitiek. De verwachtingen waren daardoor in het verleden te hoog gespannen.

Ondanks de verschillen in achtergrond en de moeizame totstandkoming van de Wvg, is het niet goed verdedigbaar dat een bepaalde samenwerkingsovereenkomst nietig wordt verklaard op basis van de Wvg, maar toelaatbaar zou zijn op grond van de Onteigeningswet.

Hiervoor is in paragraaf 4.10 de vernietiging van koopconstructies op grond van art. 26 (nieuw) Wvg beschreven. De vraag is echter of de betrokken gemeenten daar veel mee opschieten. Aangenomen mag worden dat de vernietigde samenwerkingsovereenkomsten immers wel stand zouden houden in een eventuele onteigeningsprocedure. Als de betrokken partijen dus op een later moment soortgelijke afspraken maken, staan die in de weg aan een onteigening. Vanaf welk moment mag de eigenaar zich dan verbinden jegens een ontwikkelaar? Verder kan er bij onteigening een verschil ontstaan tussen

⁸ De Groot 2001, p. 135.

percelen die wel en die niet zijn belast met een voorkeursrecht. De eigenaar van het perceel met een gemeentelijk voorkeursrecht is minder vrij om zijn in het kader van een onteigening benodigde samenwerkingsovereenkomst met een ontwikkelaar te overleggen. Dan dreigt immers een nietigheidsverzoek op grond van art. 26 Wvg.

Aangezien beide wetten betrekking hebben op het verwerven van onroerend goed door de overheid in het kader van het algemeen belang, zou onderlinge afstemming gewenst zijn. Is dat echter mogelijk?

Het huidige art. 26 Wvg laat weinig ruimte voor betrokkenheid van derden bij realisatie van de bestemming. Het in enigerlei mate overdragen van de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond is in elk geval niet toegestaan, terwijl het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten in het kader van de Ontheingingswet nu juist wel mogelijk c.q. wenselijk is.

Denkbaar is dat er hogere eisen worden gesteld aan het beroep op zelfrealisatie bij onteigeningprocedures zoals eerder door De Groot bepleit.⁹ Niet enkel de vraag of de eigenaar (samen met de ontwikkelaar) in staat en bereid is de bestemming te realiseren, maar is hij ook bereid zich daartoe jegens de gemeente zodanig te verbinden dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente voldoende worden gewaarborgd? Nadeel is dat dit een (lastige) inhoudelijke toets vergt.

Ten Kate ging verder met zijn opvatting dat het 'noodzaakcriterium' bij onteigeningen tot ongewenste uitkomsten kan leiden, omdat niet in alle gevallen gerechtvaardigd kan worden dat het belang van de eigenaar zwaarder dient te wegen dan het algemeen belang.¹⁰ Hij pleitte derhalve voor een belangenafweging, waarbij algemene uitgangspunten kunnen gelden:

- (a) naarmate het voornemen tot zelfrealisatie later aan de gemeente bekend wordt zonder dat dit aan de gemeente is toe te rekenen, dienen de belangen van de eigenaar minder zwaar te wegen;
- (b) naarmate de wijze waarop de gemeente tot een keuze van de door haar gewenste ontwikkelaar is gekomen meer zorgvuldig is geweest, dient het algemeen belang dat met verwerving door de gemeente gemoeid is zwaarder te wegen (zie paragraaf 3.5; HR 27 oktober 1999, Overkerk/Dordrecht);
- (c) aan een uitsluitend financieel belang van de eigenaar komt weinig gewicht toe en
- (d) aan het belang van de gemeente om een bijdrage in de exploitatiekosten te verkrijgen komt geen gewicht toe.

Aangenomen mag worden dat de uitgangspunten (c) en (d) inmiddels ondervangen zijn door de invoering in 2008 van de Grondexploitatiewet.

Een ruimere belangenafweging is mijns inziens wenselijk, met toevoeging van een uitgangspunt: Als een eigenaar alleen niet in staat is tot zelfrealisatie (onvoldoende kennis, ervaring of kapitaal), zou dat in een onteigeningprocedure een belangrijker gegeven mogen zijn bij de weging van belangen.

⁹ De Groot 2001, p. 135.

¹⁰ Ten Kate 2000, p. 157.

Bij grotere of complexe projecten is namelijk voorstelbaar dat het algemene belang van een integrale gebiedsontwikkeling zwaarder mag wegen dan het individuele recht op zelfrealisatie van de eigenaar, daar waar het realisatie door of met behulp van een derde partij tot gevolg heeft.

Er is uiteraard geen probleem als het inderdaad zelfrealisatie betreft, volledig voor rekening en risico van de eigenaar en er voldoende kostenverhaal kan worden toegepast.

Gelet op de complexiteit, risico's en de benodigde financiën voor projectontwikkeling, is zelfrealisatie door de eigenaar zelf steeds minder aan de orde.

Schematische vergelijking tussen onteigening en vestiging voorkeursrecht

	Onteigening van perceel Ow	Voorkeursrecht gemeente op perceel Wvg	Met voorkeursrecht belast perceel dat in onteigening wordt betrokken Wvg + Ow
Eigendom grond bij	Particulier	particulier	particulier
instrument bruikbaar voor	overheid en ten name van natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen (art.1)	gemeente (vanaf 2008 ook provincie en rijk)	
gemeente wil	dringend verwerven	verwerven, regie voeren en prijsopdrijving voorkomen	dringend verwerven
ten behoeve van	realisering bestemming	realisering (toekomstige) bestemming	realisering bestemming
bedrag/vergoeding	volledige schadeloosstelling (art. 40 e.v. Ow)	de prijs (werkelijke waarde) volgens art. 40b – 40f Ow (nadat eigenaar perceel heeft aangeboden)	volledige schadeloosstelling (art. 40 e.v. Ow)
moment waarop zelfrealisering aan de orde kan komen	tijdens onderhandelingen en in de zienswijze m.b.t. het te nemen raadsbesluit tot onteigening; gemeente moet noodzaak onteigening aantonen	als verweer door eigenaar nadat de gemeente de nietigheid van een door hem verrichte rechtshandeling heeft ingeroepen (art.26 Wvg)	zie bij Ow en Wvg hiernaast
beroep op zelfrealisering tijdens de procedure	als de eigenaar een geslaagd beroep doet op voorgenomen zelfrealisering, wordt de onteigening door de Kroon c.q. de rechter afgewezen	als de gemeente de nietigheid van een door de eigenaar verrichte rechtshandeling inroept (art. 26 Wvg), kan de particulier dit afwenden, indien hij een geslaagd beroep doet op voorgenomen zelfrealisering (het zelf realiseren van de bestemming op de grond zonder voorafgaande vervreemding)	zie bij Ow en Wvg hiernaast; eigenaar wordt mogelijk voor dilemma geplaatst: de in het kader van een dreigende onteigening benodigde samenwerking met een derde om tot zelfrealisatie te komen, kan door de gemeente voor vernietiging worden voorgedragen op grond van de Wvg
Feitelijk	bruikbare middelen voor gemeente indien particulier vervolgens niet (tijdig?) zelf realiseert?	als particulier daadwerkelijk zelf realiseert, vervalt het voorkeursrecht	als particulier daadwerkelijk zelf realiseert, vervalt het voorkeursrecht
samenwerking eigenaar met derde	zijn mogelijkheden voor/ soms noodzakelijk	geen (gedeeltelijke) overdracht beschikkingsmacht toegestaan	geen (gedeeltelijke) overdracht beschikkingsmacht toegestaan

6. NIEUWE WET RUIMTELIJKE ORDENING / GRONDEXPLOITATIEWET

6.1 Het huidige kostenverhaal

Zelfrealisatie van de bestemming zou ook benaderd kunnen worden vanuit de gedachte van samenwerking. Vaak is samenwerking met marktpartijen mogelijk en zelfs wenselijk in verband met aanwezige deskundigheid, risicospreiding of in verband met ingenomen grondposities. Als er geen samenwerkingsovereenkomst kan worden gesloten met bedrijven of particulieren die over eigendommen in het te ontwikkelen gebied beschikken, kan de gemeente geconfronteerd worden met zogenaamde 'free-riders'.

Zij kunnen hun gronden tot ontwikkeling brengen door de bestemming te realiseren, zonder (voldoende) bij te dragen aan de kosten van openbare voorzieningen. Daardoor is het ook minder goed mogelijk om de kosten van onrendabele delen van het plan (bijvoorbeeld in verband met het weggopen van een bedrijf of milieucirkel) te verevenen met wel rendabele delen. Bovendien kunnen er aan de desbetreffende ontwikkelaar geen (nadere) eisen worden gesteld met betrekking tot bijvoorbeeld de kwaliteit of het beeld van de openbare ruimte, de woningtypen, de planning/fasering etc.

De bestaande instrumenten voor kostenverhaal en verevening schieten in het algemeen tekort. Dat is ook de reden voor het kabinet om de Grondexploitatiewet aan de Kamer voor te leggen. Op dit moment kan de gemeente naast de mogelijkheid van kostenverhaal via gronduitgifte, gebruik maken van de exploitatieovereenkomst en de baatbelasting.

De exploitatieovereenkomst dient te zijn gebaseerd op een door de raad vastgestelde exploitatieverordening (art. 42 WRO), waarin regels zijn opgenomen omtrent de voorwaarden waaronder de gemeente medewerking verleend aan het in exploitatie nemen van gronden. De ontwikkelaar heeft echter niet altijd de medewerking van de gemeente nodig. Bovendien kent het instrument nog andere nadelen.

Ook de baatbelasting (gebaseerd op art. 222 lid 1 Gem.wet) wordt slechts beperkt ingezet vanwege de lastige toepassing, de risico's en het impopulaire karakter van de belasting. De belasting kan worden geheven van diegenen die het genot van een onroerende zaak hebben op grond van eigendom, bezit of beperkt recht. Onroerende zaken die gebaat zijn door de gerealiseerde voorzieningen kunnen worden betrokken in de baatbelasting, waarbij de lasten geheel of gedeeltelijk kunnen worden omgeslagen. Het betreft voorzieningen die tot stand zijn gebracht door of met medewerking van het gemeentebestuur.

6.2 Exploitatieplan en locatie-eisen

In de in te voeren Wet ruimtelijke ordening is een nieuwe regeling voor kostenverhaal opgenomen, waarbij als uitgangspunten gelden: profijt (het plangebied moet substantieel voordeel onder-vinden van de aan te leggen voorzieningen), toerekenbaarheid (causaal verband; de kosten zouden niet gemaakt worden zonder het plan) en proportionaliteit

(als meerdere locaties profijt hebben van een voorziening, worden de kosten naar rato verdeeld; naarmate een locatie meer profijt heeft, draagt het meer bij aan de kosten).

Ook hier komt de combinatie terug van privaatrechtelijke overeenkomsten, waar nodig gevolgd door publiekrechtelijk kostenverhaal. Door de vaststelling van een (vrij uitgebreide) lijst van kostensoorten is er (eindelijk) duidelijkheid gekomen over de te verhalen kosten. Uitgangspunt is het sluiten van overeenkomsten met partijen over de bijdrage aan de kosten van uitvoering van het plan.

Daarbij kunnen tevens afspraken worden gemaakt met betrekking tot de zogenaamde locatie-eisen. Tot die locatie-eisen behoren afspraken omtrent: woningbouwcategorieën, inrichting van het openbare gebied en nutsvoorzieningen. De regiefunctie c.q. de gerechtvaardigde belangen van de gemeente zoals die in de Wvg-discussie aan de orde waren (paragraaf 4.8 en 4.9), komen op deze plaats terug. Als het niet lukt om een overeenkomst te sluiten zal het kostenverhaal plaatsvinden via de afgifte van de bouwvergunning. Aan de verlening van de vergunning wordt dan een financiële voorwaarde verbonden, die gebaseerd dient te zijn op het exploitatieplan. De initiatiefnemer behoeft dus pas een bijdrage in de plankosten te betalen zodra hij de bestemming gaat realiseren. Het exploitatieplan dient door de gemeenteraad gelijktijdig met het bestemmingsplan te worden vastgesteld, tenzij het kostenverhaal of het stellen van locatie-eisen al op een andere wijze is verzekerd, bijvoorbeeld bij de gronduitgifte of via gesloten overeenkomsten. Daarmee volgt het exploitatieplan ook dezelfde procedurele weg als het bestemmingsplan c.q. het projectbesluit inclusief de bijbehorende rechtsbescherming.

Het exploitatieplan bevat een exploitatieopzet, een kaart van het gebied en een opgave van de voorziene werken en werkzaamheden voor het bouwrijp maken, de aanleg van nutsvoorzieningen en de inrichting van de openbare ruimte. De exploitatieopzet geeft inzicht in de inbrengwaarden van de gronden, de kosten die naar verwachting gemaakt worden en de opbrengsten. Verder is opgenomen de exploitatieperiode, de fasering en de wijze waarop toerekening van de kosten aan de gronden plaatsvindt.

Verder kan een exploitatieplan een kaart bevatten met daarop aangegeven het voorgenomen grondgebruik en de gronden welke de gemeente beoogt te verwerven. Dit onderdeel doet denken aan het vestigen van een voorkeursrecht of de huidige artikel 13 WRO-aanwijzing. Ook nadat een exploitatieplan is vastgesteld kan nog een privaatrechtelijke overeenkomst inzake de exploitatie van een perceel worden gesloten tussen gemeente en initiatiefnemer, mits wordt voldaan aan het vastgestelde exploitatieplan.

De gemeenteraad dient verder een verordening vast te stellen met regels omtrent de wijze waarop exploitatieovereenkomsten worden gesloten en regels met betrekking tot financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen inclusief planschade.

6.3 Gevolgen van de invoering van de Grondexploitatiewet

De mogelijkheid om locatie-eisen te stellen (zie vorige paragraaf) zal volgens mij door gemeenten ruim gebruikt gaan worden, omdat daarmee een betere regie ten aanzien van de plannen kan worden bewerkstelligd. Dat zal naar verwachting invloed hebben op het zelf realiseren van bestemmingen door eigenaren. Eigenaren zullen niet altijd willen of kunnen instemmen met de door de gemeente gestelde locatie-eisen en zullen in een aantal situaties afzien van zelfrealisering of hun beroep daarop zal door de Kroon worden afgewezen. Bijvoorbeeld als een eigenaar niet bereid is sociale woningbouw of bouwkvavels te realiseren. Deze mogelijke wijziging tast het recht op zelfrealisatie niet wezenlijk aan, maar doordat de gemeente inhoudelijke eisen kan stellen, heeft dit in de praktijk wel gevolgen voor het uitoefenen van het recht.

De gebrekkige regeling van het kostenverhaal bij privaatrechtelijke grondexploitatie heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de aandacht voor zelfrealisatie in de voorbije jaren. Zelfrealisatie kan namelijk niet los worden gezien van de discussie rond het kostenverhaal. De nieuwe mogelijkheden voor kostenverhaal zullen mijn inziens een nieuw licht werpen op het recht op zelfrealisatie. Enerzijds zullen gemeenten gemakkelijker in kunnen stemmen met zelfrealisatie omdat de door de gemeente gemaakte en te maken kosten voor een groter deel en naar rato kunnen worden omgeslagen. In een aantal gevallen kan worden afgezien van het verwerven van gronden door de gemeente. Dit zal anders zijn bij projecten waarbij een integrale realisatie benodigd is of die anderszins complex zijn. Anderzijds zullen particuliere eigenaren zich meer afvragen of zelfrealisatie voldoende interessant is, gelet op de financiële randvoorwaarden, de van toepassing zijnde locatie-eisen en toenemende risico's.

Het ruimtelijk bestuursrecht zal er niet gemakkelijker op worden met de nieuwe figuur van het exploitatieplan en de te betalen exploitatiebijdrage. De termen geobjectiveerde kosten en inbrengwaarde maken duidelijk dat discussie zal plaatsvinden over de hoogte ervan. De door de vergunninghouder te betalen bijdrage zal in een aantal situaties op weerstand stuiten.

Verder krijgen meerdere regio's in de naaste toekomst te maken met teruglopende bevolkingsgroei of zelfs een daling. Daardoor zal woningbouw minder plaatsvinden binnen (grootschalige) uitleggebieden maar meer op kleinere inbreidings- en herontwikkelingslocaties. Vanwege de grotere complexiteit daarvan in verband met sloop, sanering en hogere kosten, is te verwachten dat er minder beroepen op zelfrealisatie worden gedaan door particulieren. Een soortgelijke ontwikkeling is te verwachten voor bedrijfsterreinen, aangezien ook daar steeds meer herontwikkeling en herstructurering dient plaats te vinden.

Ontwikkelaars en beleggers zullen zich echter in toenemende mate begeven op de onroerend goed markt, ook waar het bijvoorbeeld betreft gronden voor gezondheidszorg en andere zorgfuncties.

6.4 Wijziging Ontheingingswet

In verband met de in te voeren nieuwe regels ten aanzien van de ruimtelijke ordening worden er ook wijzigingen aangebracht in de Ontheingingswet en dan vooral met betrekking tot de titel IV-ontheingingen.

Het in de Wro in te voeren projectbesluit gaat ook een grondslag vormen voor ontheinging. Als gevolg daarvan wordt de bouwplanontheinging geschrapt.

Verder zal in art. 77 lid 1 Ow worden vastgelegd dat ontheingend kan worden op grond van een - door het Rijk of de provincie - vastgesteld inpassingsplan. Ook een nieuwe figuur betreft de ontheinging in het kader van de zogenaamde coördinatie-regeling. Door gemeenten, provincies en het Rijk kunnen in dat kader bestemmingsplannen en projectbesluiten gecoördineerd worden met bijvoorbeeld vergunningbesluiten.

Verder is er via een amendement op de Invoeringswet Wro een mogelijkheid voorzien om de ontheingingsprocedure te versnellen. Daartoe wordt bepaald dat de dagvaarding al kan worden uitgebracht, nadat een bestemmings- of inpassingsplan, dan wel een projectbesluit, gelijktijdig met een exploitatieplan is vastgesteld. Voor zover het een bestemmingsplan betreft dienen het gronden te betreffen waarvan het gebruik afwijkt van het plan en waarbij onderdelen zijn aangewezen ten aanzien waarvan de verwezenlijking in de naaste toekomst nodig wordt geacht (overeenkomend met het huidige art. 13 WRO). Het vonnis kan echter niet eerder in de openbare registers worden ingeschreven dan nadat de onderliggende planologische grondslag onherroepelijk is geworden.

Terecht wijzen de schrijvers Van den Brand e.a. er op dat de dagvaarding niet kan worden uitgebracht tegelijk met de vaststelling van de ruimtelijke maatregel. Eerst dient immers de ontheingingstitel in de administratieve ontheingingsprocedure te zijn verkregen.¹¹ Vorenstaande aanpassingen van de Ontheingingswet zullen naar mijn verwachting geen gevolgen hebben voor de beoordeling van het recht op zelfrealisatie.

6.5 Wijziging Wet voorkeursrecht gemeenten

Op grond van de invoeringswet Wro zal ook de Wvg gewijzigd worden. Hoewel het vrij ingrijpende wijzigingen betreft, blijft de essentie van het voorkeursrecht en de relatie met het (te nemen) planologisch besluit hetzelfde.

Het stadsvernieuwingsplan en het structuurplan vervallen als grondslagen voor de Wvg. In de plaats daarvan kan een voorkeursrecht gevestigd worden op basis van een structuurvisie, mits deze aan bepaalde eisen voldoet (art. 2.1, 2.2 en 2.3 Wro) en op basis van een projectbesluit. De behoefte van gemeenten om een voorkeursrecht te vestigen op basis van een projectbesluit zal naar verwachting niet groot zijn, aangezien het doorgaans concrete bouwplannen van particulieren of ontwikkelaars betreft, een vorm van zelfrealisatie dus.

¹¹ Van den Brand 2006, p. 150-157.

Indien de provinciale en rijksbelangen dit eisen kunnen ook die overheden een publiekrechtelijk voorkeursrecht vestigen op basis van een inpassingsplan of projectbesluit. Gebruik van die bevoegdheid zal waarschijnlijk tot de uitzonderingen behoren.

Verder wordt een vereenvoudiging in de werkwijze aangebracht door het schrappen van een aantal vestigingsmomenten. In de huidige situatie is het nodig telkens een voorkeursrecht te vestigen of te bestendigen al naar gelang de planologische procedure vordert. Dit brengt veel administratieve lasten met zich mee en telkens nieuwe appellabele besluiten. De invoeringswet Wro voorziet in een eenmalige vestiging van het voorkeursrecht door de gemeenteraad, waarna het recht van rechtswege doorloopt als de benodigde planologische besluiten binnen de geldende termijnen worden genomen. Anders dan tot nu toe vervalt het voorkeursrecht ook van rechtswege als niet tijdig de juiste stappen worden genomen. De vaststelling of een voorkeursrecht al of niet van kracht is, wordt daarmee echter niet eenvoudiger.

Voorafgaand aan het door de raad te vestigen voorkeursrecht kunnen burgemeester en wethouders gronden voorlopig aanwijzen voor de duur van maximaal drie maanden.

De raad kan conform de mogelijkheden van het huidige art. 8 Wvg gronden aanwijzen die nog niet zijn opgenomen in een bestemmingsplan, projectbesluit of structuurvisie.

Daarbij dient wel te worden aangegeven of nog een structuurvisie zal worden vastgesteld of dat er een bestemmingsplan zal volgen, zodat belanghebbenden kunnen inschatten voor welke periode het voorkeursrecht zal gelden.

Het door de raad gevestigde voorkeursrecht is in eerste instantie drie jaren geldig, terwijl dat nu doorgaans twee jaren is. Een aanwijzing op grond van een vastgesteld bestemmingsplan vervalt 10 jaren na inwerkingtreding van dat plan van rechtswege.

De genoemde wijzigingen in de Wvg zullen naar mijn mening geen wezenlijke veranderingen voor het recht op zelfrealisatie tot gevolg hebben.

7. HET RECHT OP ZELFREALISATIE

7.1 Kabinetstandpunt

Bij brief van 16 juni 2006 maakte het kabinet haar standpunt inzake het recht op zelfrealisatie aan de Tweede Kamer kenbaar (TK 2005-2006, 27581, nr. 26). Het betreft een vervolg op het kabinetsbesluit om het zelfrealisatierecht niet af te schaffen, zoals dat in het document 'Concurrentiebevordering op ontwikkelingslocaties' d.d. 25 oktober 2004 was opgenomen (TK 27581, nr. 19H). De brief bevat het volgende:

Het zelfrealisatierecht houdt een koppeling in tussen het eigendomsrecht en het ontwikkelingsrecht. Op basis daarvan heeft een eigenaar die bereid en in staat is een commerciële bouwopgave te realiseren overeenkomstig het bestemmingsplan, ook het recht deze te realiseren. Als de eigenaar zich terecht op zelfrealisatie beroept, heeft de gemeente geen titel om tot onteigening over te gaan omdat de noodzaak tot onteigening ontbreekt. In de brief komen de uitkomsten van een viertal onderzoeken met betrekking tot een eventuele afschaffing van het zelfrealisatierecht aan de orde. De onderzoeken werden uitgevoerd in verband met de gedachte bij enkele Kamerleden dat het zelfrealisatierecht belemmerend zou werken voor de positie van de woonconsument en de prijs/kwaliteitsverhouding van het plan. De volgende aandachtspunten worden in de brief beschreven:

a. Zelfrealisatierecht en kwaliteit.

Uit het onderzoek kwamen geen overtuigende aanwijzingen naar voren dat sprake is van een aanmerkelijke verbetering van de positie van de woonconsument of van een verbetering van de prijs-/kwaliteitsverhouding van de woning. Volgens de minister zijn er goede mogelijkheden om de door de gemeente gewenste kwaliteit te verzekeren via het Bouwbesluit, het bestemmingsplan en de in te voeren Grondexploitatiewet.

Anders dan wellicht werd gedacht staat het EVRM volgens de minister niet in de weg aan inschrijving op plannen. Pas op het moment dat sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, komt het EVRM in beeld. Ook zonder afschaffing van het zelfrealisatierecht is het uitkiezen van het beste plan echter mogelijk. Nadat het beste plan is neergelegd in de nieuwe planologie dienen ontwikkelaars zich daaraan te houden bij hun beroep op zelfrealisatie.

b. Afschaffing zelfrealisatierecht via onteigening of ontkoppeling eigendomsrecht en ontwikkelingsrecht.

Het zelfrealisatierecht vloeit rechtstreeks voort uit ons rechtssysteem waarin eigendom een centrale positie inneemt en het is geen uniek Nederlands recht. Afschaffing van het zelfrealisatierecht houdt volgens de minister een belangrijke inbreuk in op ons rechtssysteem. Afschaffen zou kunnen door het nu mogelijke beroep op zelfrealisatie bij een dreigende onteigening uit te sluiten. Een andere mogelijkheid bestaat er uit dat de overheid een scheiding aanbrengt tussen het eigendomsrecht en het ontwikkelingsrecht (ontkoppeling). De minister is tegenstander van de laatste mogelijkheid, mede omdat dat een gecompliceerde operatie is met grote gevolgen in de sfeer van schadeloosstelling. Hij

verwacht dat het ontwikkelingsrecht al spoedig het belangrijkste deel van de grondwaarde voor grond met een (commerciële) bouwontwikkeling zal vormen.

c. Afschaffing zelfrealisatierecht en EVRM.

Het eigendomsbegrip heeft volgens de minister in het EVRM een ruimere betekenis dan in het Nederlandse recht. Voor de vraag of er sprake is van eigendom in de betekenis van het verdrag is van belang dat op geld waardeerbare rechten en belangen worden beschermd en dat deze rechten of belangen met voldoende zekerheid vaststaan; er moet sprake zijn van legitieme verwachtingen. Wordt aan deze voorwaarden voldaan, dan geldt de bescherming van het eigendomsrecht ook voor een ontwikkelaar die een grondpositie heeft ingenomen. Er kan dus geen onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds grond in eigendom van particulieren die wordt gebruikt voor bewoning door die particulieren, en anderzijds grond die voor andere doeleinden wordt gebruikt.

Afschaffing van het zelfrealisatierecht bij algemene maatregel verdraagt zich volgens het kabinet niet goed met het EVRM. Bij afschaffing, al dan niet naar tijd en plaats gedifferentieerd, zal het gediende algemene belang in het concrete geval duidelijk moeten worden gemaakt. Per geval zal ruimte moeten bestaan voor de discussie of er een algemeen belang is dat rechtvaardigt dat er een inbreuk op een eigendomsrecht wordt gemaakt. De enkele wettelijke bepaling dat het argument van zelfrealisatie zonder rechtvaardiging en belangenafweging terzijde kan worden geschoven, is in strijd met het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol van het EVRM. Het EVRM vereist namelijk voldoende algemeen belang bij onteigening: steeds moet per concreet geval worden beoordeeld of de inbreuk op het eigendomsrecht niet disproportioneel is ten opzichte van de onteigende in vergelijking met het nagestreefde algemeen belang. Algemeen belang zou bijvoorbeeld aanwezig geacht kunnen worden wanneer de inbreuk op het eigendomsrecht gepaard gaat met een aanmerkelijke kwaliteitsverbetering of in een verbetering van de regiefunctie voor de gemeente. Op basis van het onder a. genoemde onderzoek is de minister echter van mening dat het algemeen belang niet gevonden kan worden in verbetering van de kwaliteit. En met betrekking tot de regiefunctie stelt hij zich op het standpunt dat de Kroon, met dekking van de rechter, in het kader van onteigening reeds ruime mogelijkheden biedt om iedere door de gemeente gewenste ontwikkeling uiteindelijk af te dwingen. Wanneer een grondeigenaar/ontwikkelaar hier niet aan wil voldoen, zal een beroep op zelfrealisatie falen. De regiefunctie is daarmee al verankerd. Ook Woningwet, WRO, Wvg en Grondexploitatiewet bieden volgens de minister ruime mogelijkheden de regiefunctie waar te maken. Verder wordt in de brief opgemerkt dat afschaffing van het zelfrealisatierecht zal zorgen voor hogere kosten vanwege onder andere schadeloosstellingen.

d. Buitenlandse voorbeelden en economische effecten van afschaffing van het recht.

In alle onderzochte landen blijkt dat een recht van zelfrealisatie aanwezig is. Er worden geen concrete uitspraken gedaan over de mogelijke economische gevolgen van afschaffing van het zelfrealisatierecht.

Met name op grond van de eerste 3 aandachtspunten komt de minister tot de conclusie dat verregaande ingrepen op het zelfrealisatierecht niet wenselijk zijn. Tot zover de brief.

Het valt op in de omschrijving in het begin van de brief dat het woord bouwopgave wordt gebruikt, terwijl - naast de bouwexploitatie - toch ook de grondexploitatie een belangrijk element is in de discussie. Verder is het standpunt vooral gebaseerd op de gewenste kwaliteit voor de woonconsument. Mogelijke andere belangen (snelheid, beperking procedures en onderhandelingen) krijgen minder aandacht.

Bij het onder a. genoemde standpunt dat ook zonder afschaffing van het zelfrealisatierecht het uitkiezen van het beste plan mogelijk is, wordt naar mijn mening te gemakkelijk voorbij gegaan aan de verschillen tussen de bestaande eigendomsgrenzen en de begrenzingen van een goed stedenbouwkundig plan of plandelen.

7.2 Achtergronden van zelfrealisatie

Bij de ontwikkeling van vooral uitleggebieden bestaat de mogelijkheid dat een of meerdere eigenaren van percelen in het kader van de verwerving een beroep doen op het recht op zelfrealisatie. Wat zijn mogelijke achtergronden?

Heeft het te maken met een mogelijke (gevoelsmatige) binding met de grond of omgeving, omdat percelen al van oudsher familiebezit zijn, omdat men er geboren is of lang heeft gewoond? Of gaat het niet om de binding met de grond, maar eigenlijk om weerstand tegen een gedwongen ontneming van de grond door de overheid? Een onteigening kan immers diep ingrijpen in het leven van mensen. Zeker waar het betreft percelen of delen daarvan waarop mensen al lang wonen of werken. Anderzijds wordt de wijziging in het gebruik en de inrichting vooral bepaald door de nieuwe bestemming van de grond. Die bestemmingswijziging zorgt er doorgaans voor dat de eigenaar zijn eigendom op termijn verliest: door verkoop aan de gemeente, aan een ontwikkelaar/bouwer of aan een eindgebruiker, zoals Ten Kate beschrijft.¹²

Als de eigenaar een beroep doet op zelfrealisatie stemt hij in zekere zin in met de nieuwe bestemming, het andere gebruik. Is er dan nog binding met de grond of de omgeving? Blijft de zelfrealisator daarna nog eigenaar? Ten Kate merkt terecht op dat vele eigenaren nauwelijks gehecht blijken aan het recht op zelfrealisatie: de rechtspraak op basis van art. 26 Wvg laat immers zien dat eigenaren hun recht op zelfrealisatie gaarne vervreemden. De samenwerkingsovereenkomsten tussen eigenaren en ontwikkelaars geven in veel gevallen geen ruimte voor echte zelfrealisatie.

Het zelfrealisatierecht vloeit rechtstreeks voort uit ons rechtssysteem waarin eigendom een centrale positie inneemt en afschaffing van het recht zou volgens de minister een belangrijke inbreuk op dat systeem inhouden. Die constatering acht ik juist, maar in die aanname zit ook opgesloten dat diegenen zonder grondeigendom, bijvoorbeeld huurders, (dus) niet in aanmerking komen voor het zelfrealisatierecht.

¹² Ten Kate 2000, p. 159-161.

Het recht op zelfrealisatie van de bestemming is juridisch gezien onderdeel van het eigendomsrecht. In de praktijk krijgt het recht op zelfrealisatie echter betekenis als ontwikkelingsrecht, het recht om de grond bouwrijp te maken en te mogen bebouwen. Verder valt de waardestijging van de grond als gevolg van de (naderende) bestemmingswijziging toe aan de eigenaar (waardesprong). Deze waardestijging kan een factor acht of meer bedragen.¹³ Dat wil zeggen dat de gemiddelde prijs van ruwe bouwgrond in die omgeving achtmaal zo hoog is als de gemiddelde prijs van blijvend agrarische gronden. De waardesprong, het bouwrijp maken en het bouwrecht behelzen vooral een financieel belang, maar worden gebaseerd op het juridische eigendomsrecht. Niet goed is in te zien waarom deze drie 'rechten' toevallen aan een zeer beperkte groep eigenaren, onder andere (voormalige) agrariërs, op basis van enkel het juridische eigendom van (doorgaans onbebouwde) gronden nabij stedelijke functies. Afschaffing van het recht op zelfrealisatie is inderdaad ingrijpend, aangezien het ontwikkelingsrecht in Nederland het belangrijkste deel van de grondwaarde van te bebouwen grond vormt. Anderzijds zien we op dit moment toch op meerdere plaatsen dat er verhandelbare ontwikkelingsrechten worden geïntroduceerd, bijvoorbeeld: VORM (Verhandelbare Ontwikkelingsrechten methode van de provincie Limburg).

7.3 Aanbestedingsplicht na 'Vathorst' en uitspraak 'Roanne'?

In verband met de in te voeren Grondexploitatiewet wordt opgemerkt dat het zelfrealisatierecht van de eigenaar eveneens kan worden beperkt op grond van de Europese aanbestedingsregels (Richtlijn Werken). In maart 2005 is de Nederlandse Staat in gebreke gesteld door de Europese Commissie naar aanleiding van het handelen van de gemeente Amersfoort bij de realisatie van de bouwlocatie Vathorst.

De Europese Commissie maakt bij haar onderzoek inzake Vathorst onderscheid in locatieontwikkeling en projectontwikkeling. Onder locatieontwikkeling wordt onder andere begrepen: grondverwerving, het ontwikkelen van stedenbouwkundige plannen, de ontwikkeling en realisering van het openbare gebied en de overdracht ervan aan de gemeente, het bouw- en woonrijp maken en de verkoop van bouw kavels. Onder projectontwikkeling wordt de ontwikkeling en realisatie van vastgoedprojecten verstaan.

De commissie maakt bij de beoordeling geen onderscheid tussen het bouw- en woonrijp maken van de gronden voor het openbare gebied en het bouw- en woonrijp maken van de uitgeefbare kavels. Dat een aantal activiteiten behorende tot de locatieontwikkeling aanbestedingsplichtig zou zijn was duidelijk. Echter, ook de werkzaamheden voor het bouw- en woonrijp maken van de uit te geven kavels werden aanbestedingsplichtig geacht, evenals de projectontwikkelingsactiviteiten.

Deze beoordeling houdt verband met de wijze waarop in de situatie Vathorst de ontwikkeling en realisatie vorm heeft gekregen. De gemeente Amersfoort had een overeenkomst gesloten met een aantal private partijen (waaronder twee woningbouw-

¹³ Segeren 2007, p. 61.

corporaties) die gezamenlijk beschikten over een groot deel van de gronden in het gebied Vathorst. Er werden twee gemeenschappelijke ontwikkelingsbedrijven opgericht, waarbij de volgende omstandigheden voor de commissie van belang waren:

- (a) de gemeente had zich als het ware verplicht tot realisatie van het gebied Vathorst;
- (b) de gemeente had de ontwikkelingsrechten toebedeeld aan zichzelf en aan een aantal private partijen;
- (c) daarbij is een realisatieplicht overeengekomen met betrekking tot de te realiseren vastgoedprojecten en
- (d) er was overeengekomen dat bij de realisatie van de vastgoedprojecten bepaalde eisen in acht zouden worden genomen (door de Nederlandse autoriteiten opgestelde plannen, programma's, normen en beleidsuitgangspunten).

Deze omstandigheden zorgen er volgens de Europese Commissie voor dat er sprake is van het laten uitvoeren van een werk, dat aan door de gemeente als aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet (art. 1 sub a van de Richtlijn Werken nr. 93/37/EEG d.d. 14 juni 1993, gewijzigd nr. 97/52/EG). In deze situatie waren dus ook niet-openbare werken, zoals de bouw van woningen, winkels, kantoren en andere (commerciële) voorzieningen aanbestedingsplichtig. Daarmee wordt het zelfrealisatierecht van de eigenaren van de hier aan de orde zijnde gronden beperkt. In verband met hun eigendom waren er ontwikkelingsrechten aan hen toegedeeld.

Als de gemeente zich in de afspraken met private partijen beperkt tot voornamelijk de publiekrechtelijke randvoorwaarden (onder andere bestemmingsplan en welstandsnota), beschikt die partij nog over voldoende ruimte voor een eigen invulling van het vastgoedproject. Er hoeft dan geen sprake te zijn van de realisatie van een werk dat aan de eisen van de gemeente als aanbestedingsplichtige dienst voldoet. Kiest de gemeente er echter voor om op een intensieve wijze invloed te hebben op ook de bouwlocaties van de particuliere eigenaren, dan zal de Richtlijn Werken van toepassing zijn.

Deze lijn is als het ware doorgetrokken in de uitspraak van het Europese Hof inzake een project voor gebiedsontwikkeling in het Franse Roanne (HvJ EG, 18 januari 2007, zaak C-220/05). Het Hof oordeelde dat niet alleen de realisatie van infrastructuur in een gebied aanbestedingsplichtig was, maar ook de aanleg van het recreatiepark in zijn geheel, inclusief bioscoopcomplex, bedrijfsruimtes en mogelijkerwijs te realiseren hotel. Dat die laatste onderdelen voor commerciële doeleinden waren bestemd en zullen worden afgenomen door marktpartijen en niet door de gemeente Roanne, maakte dat niet anders. Een onderscheid tussen publieke of private eindbestemming en functie speelde geen rol. Dit onderdeel van de uitspraak wordt dan ook opvallend genoemd.¹⁴ Er wordt namelijk geen onderscheid gemaakt tussen publieke werken, die bestemd zijn voor de gemeente, en werken met een commerciële functie en bestemming, die uiteindelijk voor marktpartijen worden gerealiseerd, misschien zelfs wel in hun opdracht.

¹⁴ Ubink 2007

Voor die beoordeling was van belang dat de gemeente opdracht had verstrekt aan een semi-overheidsinstelling tot ontwikkeling en realisatie van het recreatiepark. De gemeente nam zelf deel in de opdrachtnemer (ook een aanbestedende dienst), samen met private partijen.

Verder was volgens het Hof van belang dat de aanleg van het recreatiepark moet worden geacht te voldoen aan de eisen die de gemeente Roanne stelde. Dit hield blijkbaar verband met het goedkeuringsrecht dat de gemeente had bedongen ten aanzien van de te realiseren ontwerpen, de eis dat alle documenten voor uitvoering aan haar moesten worden voorgelegd en dat de gemeente bindende aanwijzingen kon geven tijdens de bouw. Het betreft hier de vraag wanneer wordt voldaan aan het criterium dat een werk voldoet aan door de aanbestedende dienst vastgestelde specificaties. Volgens Ubink lijkt daarvan in de regel ook sprake als een contractuele verplichting bestaat, inhoudende dat een werk moet voldoen aan de eisen en randvoorwaarden uit een bestemmingsplan.

Het feit dat het in dat geval publiekrechtelijke eisen betreft, is daarbij volgens de schrijver niet relevant.

Op grond van het Scala-arrest (HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98, NJ 2002, 11.) gold al de hoofdregel dat een opdracht moet worden aanbesteed, ook als de opdrachtnemer op haar beurt verplicht zou zijn tot aanbesteding van de aan haar gegunde werkzaamheden. Op basis van de Onteigeningswet heeft de grondeigenaar in Nederland echter het recht van zelfrealisatie van de door de overheid gewenste werken. Als voorwaarde zal dan echter moeten gelden dat de zelfrealiserende grondeigenaar de aanbestedingsplicht van de gemeente overneemt. En dat geldt dan voor de gehele gebiedsontwikkeling, inclusief commerciële ontwikkelingen, een en ander voorzover er sprake is van een door de overheid aan de particulier opgelegde bouwplicht.

Vooraf bij samenwerkingsovereenkomsten tussen gemeenten en marktpartijen kan vorenstaande aanbestedingsplicht bij de marktpartij op problemen of weerstand stuiten. Ubink schetst daarbij twee scenario's als mogelijke oplossing¹⁵: (1) Een verdergaande aanbesteding van gebiedsontwikkelings-opgaven met mogelijke selectie van ontwikkelende marktpartijen op basis van prijs-/ kwaliteitsverhouding van de door hen voorgestelde plannen in plaats van een selectie op basis van grondposities. Zie het kabinetsstandpunt dienaangaande in paragraaf 7.1.

(2) Een terugtrekkende overheid, die zich onthoudt van het verstrekken van opdrachten ten aanzien van gebiedsontwikkeling. Deze weg is naar verwachting passend binnen de nieuwe regels van de Grondexploitatiewet, waarbij gemeenten via de publiekrechtelijke weg locatie-eisen kunnen stellen ten aanzien van de uitvoeringswijze van het bestemmingsplan (bijvoorbeeld aandeel sociale huurwoningen of de kwaliteit van het openbaar gebied; zie paragraaf 6.2).

¹⁵ Ubink 2007

Gemeenten zullen bij de concrete invulling van de locatie-eisen in het kader van de Grondexploitatiewet nadrukkelijk rekening moeten houden met deze Europese aanbestedingsregels.

De particuliere ontwikkelaar die het initiatief neemt voor een herontwikkeling binnen het stedelijk gebied is vooral geïnteresseerd in de bouwexploitatie. Als die activiteit echter aanbesteed moet worden zal de animo daarvoor verminderen. Bovendien wordt daarmee het zelfrealisatierecht aangetast.

7.4 Stap naar faciliterend grondbeleid

Gemeenten houden van oudsher graag vast aan het voeren van een actief grondbeleid. Daaraan zijn echter steeds meer risico's verbonden. Ontwikkelaars, beleggers en bouwers hebben belangrijke posities op de grondmarkt ingenomen. Ook (agrarische) eigenaren zijn beter op de hoogte van hun rechten. Strategische aankopen zijn voor gemeenten lastig vanwege de vereiste planologische achtergrond en de steeds hogere eisen aan de openbaarheid van bestuur.

In een uitgave uit 2007 van het Ruimtelijk Planbureau wordt faciliterend grondbeleid terecht als alternatief naar voren geschoven.¹⁶ Niet zelf handelen in grond, maar het beïnvloeden van de handelingen van de andere partijen staat daarbij centraal. Daarbij kan gebruik gemaakt worden van het bestemmingsplan, beeldkwaliteitsplan en overeenkomsten. Voor kleinere locaties wordt deze werkwijze al meer toegepast en hebben gemeenten daar ook ervaring mee. Vooral door de komst van de Grondexploitatiewet met de op basis daarvan te stellen locatie-eisen, kan het faciliterend grondbeleid een nieuwe stimulans krijgen. Mijns inziens zullen gemeenten per afzonderlijk plan moeten bepalen welke vorm van grondbeleid de voorkeur heeft, rekening houdend met de specifieke situatie van dat gebied en de mogelijke risico's.

Daarbij dient ook rekening te worden gehouden met de Europese aanbestedingsregels.

Bij faciliterend grondbeleid beschikt de zelfrealisator doorgaans over meer ruimte om de door de overheid gewenste bestemming (zelf) te verwezenlijken.

Hij zal dan mogelijk wel in overleg c.q. onderhandeling moeten gaan met een ontwikkelaar die een groter deel van het plangebied wenst te realiseren.

¹⁶ Segeren 2007.

8. CONCLUSIES / SAMENVATTING

Onderstaand zijn puntsgewijs de conclusies en tevens samenvatting opgenomen:

- a. Het recht op zelfrealisatie binnen de Ontheingingswet zorgt tot nu toe voor een beperking van de mogelijkheden voor actieve grondpolitiek van gemeenten. De door de gemeente gemaakte kosten kunnen dan niet volledig verhaald worden en aanvullende voorwaarden via de gronduitgifte kunnen voor die percelen niet gesteld worden. (par. 3.5)
- b. Met de overwegingen bij de wijziging van de Wvg in 1996 zal bedoeld zijn het recht van zelfrealisatie niet in te perken. Daarmee is echter teveel ruimte geboden aan particuliere partijen voor het opzetten van vormen van economische eigendomsoverdracht en samenwerkingsovereenkomsten. Bovendien blijkt uit de overwegingen van onvoldoende rekenschap van de beperkingen van het gemeentelijk kostenverhaal en is er veel onduidelijkheid door geschapen bij eigenaren, ontwikkelaars en gemeenten. (par. 4.7)
- c. Nadat het enige tijd rustiger is geweest rondom art. 26 Wvg zijn er in 2006/2007 door de rechter weer diverse met het oogmerk van 'zelfrealisatie' opgezette samenwerkingsconstructies tussen eigenaren en ontwikkelaars vernietigd. Het betreffen (ingewikkelde) koopconstructies met uitgestelde juridische levering en daaraan gekoppelde leningen en hypotheekrechten. (par. 4.10)
- d. Het door de wetgever in 2002 beoogde doel dat rechtshandelingen die kennelijk zijn verricht om afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie, vernietigd kunnen worden, is bereikt. Minder duidelijk is hoe het verder gaat in de relatie tussen de eigenaar en de ontwikkelaar die de overeenkomst vernietigd zien door de rechtbank. Mogelijk sluiten ze een zelfde 'onteigeningsbestendige' overeenkomst, waardoor 'zelf'realisatie toch mogelijk is. (par. 4.10)
- e. Gemeenten passen het voorkeursrecht in het algemeen niet toe als een passief instrument zoals de wetgever dat in gedachte had, maar als verwervingsinstrument. (par. 5.1)
- f. Ondanks de verschillen in achtergrond en de moeizame totstandkoming van de Wvg, is het niet goed verdedigbaar dat een bepaalde samenwerkingsovereenkomst nietig wordt verklaard op basis van de Wvg, maar toelaatbaar zou zijn op grond van de Ow. Als de betrokken partijen dus op een later moment soortgelijke afspraken maken, staan die in de weg aan een onteigening. Vanaf welk moment mag de eigenaar zich dan verbinden jegens een ontwikkelaar? Daardoor kan er bij onteigening een verschil ontstaan tussen percelen die wel en die niet zijn belast met een voorkeursrecht. (par. 5.1)
- g. Als een eigenaar alleen niet in staat is tot zelfrealisatie (onvoldoende kennis, ervaring of kapitaal), zou dat in een onteigeningsprocedure een belangrijker gegeven mogen zijn bij de weging van belangen. (par. 5.1)

- h. De mogelijkheid om locatie-eisen te stellen op grond van de nieuwe Wro zal het beroep op zelfrealisatie verminderen. Eigenaren zullen niet altijd willen of kunnen instemmen met de door de gemeente gestelde locatie-eisen en zullen in een aantal situaties afzien van zelfrealisering of hun beroep daarop zal door de Kroon worden afgewezen. Deze wijziging tast het recht op zelfrealisatie echter niet wezenlijk aan. (par. 6.3)
- i. De beperkingen in de regeling van het kostenverhaal bij privaatrechtelijke grondexploitatie heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de aandacht voor zelfrealisatie in de voorbije jaren. Door de nieuwe mogelijkheden voor kostenverhaal vanaf 2008 zullen gemeenten gemakkelijker in kunnen stemmen met zelfrealisatie omdat de door de gemeente gemaakte voor een groter deel kunnen worden omgeslagen. Anderzijds zullen particuliere eigenaren zich nadrukkelijker afvragen of zelfrealisatie lucratief is, gelet op de financiële randvoorwaarden, de van toepassing zijnde locatie-eisen en grotere risico's. (par. 6.3)
- j. Vanwege de grotere complexiteit van herontwikkeling en herstructurering van gebieden in vergelijking met de ontwikkeling van uitleggebieden, zal het aantal beroepen op zelfrealisatie verminderen. (par. 6.3)
- k. De aanstaande wijzigingen in de Onteigeningswet en de Wvg zullen geen wezenlijke veranderingen voor het recht op zelfrealisatie tot gevolg hebben. (par. 6.4 / 6.5)
- l. Het recht op zelfrealisatie van de bestemming is juridisch gezien onderdeel van het eigendomsrecht. In de praktijk krijgt het recht op zelfrealisatie echter betekenis als ontwikkelingsrecht: het recht om de grond bouwrijp te maken en te mogen bebouwen. Verder valt de waardestijging van de grond als gevolg van de (naderende) bestemmingswijziging toe aan de eigenaar. Deze drie onderdelen van het eigendomsrecht behelzen vooral een financieel belang. (par. 7.2)
- m. De gedetailleerde randvoorwaarden en eisen die gemeenten vaak stellen aan gebiedsontwikkeling door particuliere ontwikkelaars zullen leiden tot aanbestedingsplichtige werken, voor het openbare gebied, maar ook voor de overige functies. Het zelfrealisatierecht wordt daarmee enigszins aangetast. Gemeenten zullen bij de invulling van de locatie-eisen in het kader van de Grondexploitatiewet nadrukkelijk rekening moeten houden met de Europese aanbestedingsregels. (par. 7.3)
- n. Door de komst van de Grondexploitatiewet met de op basis daarvan te stellen locatie-eisen, kan het faciliterend grondbeleid een nieuwe stimulans krijgen. Gemeenten zullen echter per afzonderlijk plan moeten bepalen welke vorm van grondbeleid de voorkeur geniet. (par. 7.4)
- o. Bij faciliterend grondbeleid beschikt de zelfrealisator doorgaans over meer ruimte om de door de overheid gewenste bestemming (zelf) te verwezenlijken. Hij zal dan mogelijk wel in overleg c.q. onderhandeling moeten gaan met een ontwikkelaar die een groter deel van het plangebied wenst te realiseren. (par. 7.4)

BIJLAGE

Aanwijzingsbesluiten Wet voorkeursrecht gemeenten

aard voorkeursrecht	bevoegdheid	aanvang	werkingsduur	artikel
voorbescherming I	B & W	daags na bekendmaking	max. 8 weken	8a Wvg
vervroegde vestiging	Raad	bij einde voorbescherming I	max. 2 jaar	8 Wvg
voorbescherming II	B & W	bij tervisielegging ontwerpstructuurplan	max. 5 maanden	6 juncto 7 Wvg
tijdelijke vestiging	Raad	bij vaststelling structuurplan	max. 2 jaar met mogelijkheid eenmalige verlenging met 1 jaar	2 juncto 5 Wvg
voorbescherming III	B & W	bij tervisielegging ontwerp bestemmingsplan	max. 5 maanden	6 juncto 7 Wvg
reguliere vestiging	Raad	bij vaststelling bestemmingsplan	onbepaalde tijd *)	2 juncto 5 Wvg

*) Voor een voorkeursrecht dat gevestigd wordt op basis van een bestemmingsplan, geldt dat de aanwijzing vervalt zodra niet meer wordt voldaan aan de in artikel 2, tweede lid Wvg opgenomen eisen. Dit is het geval indien aan de gronden een agrarische bestemming wordt gegeven en/of dat gebruik niet langer afwijkt van het bestemmingsplan.

(bron: De Wet voorkeursrecht gemeenten in de praktijk, VNG, p. 34)

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- C.W.M. van Alphen e.a., *Raakvlakken RO 2006 Relaties met andere wetten*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.
- A.J. Ashouwer e.a., *De Wet voorkeursrecht gemeenten in de praktijk*, Den Haag: VNG Uitgeverij 2003.
- A.J. Ashouwer & J.F. de Groot, 'Relatie Grondexploitatiewet, onteigening en Wet voorkeursrecht gemeenten', *Bouwrecht* 2007, p. 206-210.
- A.A. Boot & A.M. Ubink, 'Niet openbare werken aanbestedingsplichtig? De ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake Vathorst nader belicht', *Bouwrecht* 2005, p. 601-604.
- J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman & J.F. de Groot, *De Grondexploitatiewet: enkele verkenningen*, publ. 34, 's-Gravenhage: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2006.
- J.A.M. van den Brand e.a., *Onteigening, eigendomsbeperking en kostenverhaal*, Deventer: Kluwer 2007 (online).
- A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', *Bouwrecht* 2002, p.10-20.
- P.J.J. van Buuren, 'Nieuwe regels betreffende de grondexploitatie', *Bouwrecht* 2006, p. 83-88.
- J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel & A.W. van Engen, *Onteigening*, Serie Recht en Praktijk nr. 22, Deventer: Kluwer 2003.
- G.C.W. van der Feltz, *Telders, nieuw voor oud. Schadeloosstelling voor onteigening*, Deventer: Kluwer 2006.
- A.A. Freriks e.a., *De invloed van het Europees recht op het ruimtelijk bestuursrecht*, publicatie 30 Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 2002.
- J.F. de Groot, 'Voorkeursrecht en onteigening', *de Gemeentestem* 2001, p. 125-135.
- J.F. de Groot, 'De reparatie van het gemeentelijk voorkeursrecht. Het kind en het badwater', *de Gemeentestem* 2002, p. 277-286.
- J.F. de Groot, 'De Grondexploitatiewet na de Invoeringsweg Wro', *Bouwrecht* 2007, p. 469-475.
- G.E. Heijnis, *Wet op de stads- en dorpsvernieuwing, Wet voorkeursrecht gemeenten*, editie Schuurmans & Jordens, Deventer: Kluwer 2006.
- J. Hoekstra, Handhaving van het gemeentelijk voorkeursrecht, In: *Gemeentelijke grondverwerving*, preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 28, Deventer: Kluwer 2000.
- B.S. ten Kate, Het recht van de sterkste, enige beschouwingen over titel IV van de Onteigeningswet, In: *Gemeentelijke grondverwerving*, preadviezen Vereniging voor bouwrecht nr.28, Deventer: Kluwer 2000.

- B.S. ten Kate, 'De voorbereiding van onteigeningsbesluiten',
Bouwrecht 2007, p. 21-25.
- I.R. Keetell-Homringhausen & I.A.A. Manders, 'Ontwijking van het voorkeursrecht
voorgoed verleden tijd?' *Bouwrecht* 2002, p. 30-35.
- R. Mellenbergh & B.J. Schueler, 'De mogelijkheden van afschaffing of beperking van het
zelfrealisatiebeginsel', *Bouwrecht* 2006, p. 885.
- F.A. Mulder, 'Zelfrealisatie, aanbesteding en onteigening',
de Gemeentestem 2003, p. 1-7.
- J.B. Mus, 'Ontduiking van het gemeentelijk voorkeursrecht: artikel 26 Wvg in de revisie',
Bouwrecht 2000, p. 175-185.
- J.B. Mus & P.C.E. van Wijmen, *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*,
Alphen aan den Rijn: Samson 2001.
- J.B. Mus, 'De Invoeringswet Wro en de Wet voorkeursrecht gemeenten',
Bouwrecht 2007, p. 480-486.
- Onteigeningswet Handreiking voor de praktijk 2006*,
Den Haag: Ministerie van VROM 2006.
- E. van der Schans, 'Onteigening, zelfrealisatie en de Hoge Raad',
Bouwrecht 2000, p. 377-383.
- A. Segeren, *De grondmarkt voor woningbouwlocaties, belangen en strategieën van
grondeigenaren*, Rotterdam: Nai Uitgevers / Ruimtelijk Planbureau 2007.
- J.A.M.A. Sluysmans & W.J.E. van der Werf, 'Verweer in de administratieve onteigenings-
fase', *Bouwrecht* 2005, p. 767-778.
- J.A.M.A. Sluysmans, 'De Invoeringswet Wro en het onteigeningsrecht',
Bouwrecht 2007, p. 476-480.
- A.M. Ubink, 'Naar gewijzigde verhoudingen bij gebiedsontwikkeling. De invloed van de
Roanne-uitspraak op de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling.'
de Gemeentestem 2007, p. 285-292.
- J.G. de Vries Robbé & J.A.M.A. Sluysmans, 'Cassatie in onteigeningszaken',
Bouwrecht 2005, p. 538-542.
- L. de Vries, *Onteigeningswet Vorderingswet 1962*, editie Schuurman & Jordens,
Alphen aan den Rijn: Kluwer 2002.
- F.G.M.H.J. Weerts, *Wet voorkeursrecht gemeenten, onteigening en grondbeleid*,
bijdrage PAO-cursus UM Maastricht, juni 2002.
- H.W. de Wolff, 'Nederlands voorkeursrecht in internationaal perspectief',
Bouwrecht 2000, p. 902-911.
- H.W. de Wolff & D. Groetelaers, *Grondposities voor wijziging Wet voorkeursrecht
gemeenten*, Delft: Onderzoeksinstituut OTB 2004.

LIJST VAN AFKORTINGEN

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BR	tijdschrift Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
Gst	de Gemeentestem
Gw	Grondwet
Gem.wet	Gemeentewet
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
KB	Koninklijk Besluit
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
Ow	Onteigeningswet
RvS	Raad van State
TK	Tweede Kamer
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
Wag	Wet agrarisch grondverkeer
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening
Wro	(nieuwe) Wet ruimtelijke ordening
Wvg	Wet voorkeursrecht gemeenten

