

28. Zelfrealisatie – het zelfrealisatie- recht van de eigenaar versus het onteigeningsrecht van de overheid

MR. A.P. (ARIJAN) VAN DELDEN EN MR. R.J. (ROBERT) LUCASSEN

Hoe verhoudt zich het zelfrealisatierecht van de eigenaar tot het onteigeningsrecht van de overheid?
De beide rechten staan tegenover elkaar. Dat levert een spanningsveld op.
Hoe gaan de Kroon en de rechter met dat spanningsveld om?

Inleiding

Het recht op zelfrealisatie is buiten de context van onteigening eigenlijk een vanzelfsprekendheid. Immers, het eigendomsrecht is het meest omvattende recht op een zaak. De publiekrechtelijke regels van bijvoorbeeld een bestemmingsplan kunnen weliswaar een belemmering vormen van de gebruiksmogelijkheden, maar het stelsel van toelatingsplanologie staat niet in de weg aan het private beginsel dat een eigenaar gerechtigd is om zelf de op de eigendom rustende publiekrechtelijke bestemming te realiseren. Dat wordt anders indien de overheid niet slechts (planologische) medewerking wil verlenen aan een ontwikkeling, maar ook wil afdwingen dat die ontwikkeling daadwerkelijk wordt gerealiseerd. In dat geval kan de overheid gebruikmaken van het onteigeningsinstrument, mits aan de vereisten wordt voldaan die in de wet zijn gesteld en in de jurisprudentie zijn gevormd. Eén van die vereisten is dat onteigening slechts toelaatbaar is indien daartoe een noodzaak bestaat. De noodzaak ontbreekt indien hetgeen benodigd is minnelijk kan worden verkregen of indien de eigenaar zich kan beroepen op het in beginsel bestaande recht op zelfrealisatie.

Het begrip zelfrealisatie kennen we dan ook uit het onteigeningsrecht. In de praktijk zijn discussies over mogelijke zelfrealisatie vooral aan de orde indien een lucratieve ontwikkeling wordt voorgestaan, bijvoorbeeld woningbouw. Toch speelt het zelfrealisatierecht ook een rol bij niet-lucratieve (of minder lucratieve) ontwikkelingen.

In deze tweede aflevering van ons feuilleton over zelfrealisatie bespreken we de wijze waarop de Kroon en de onteigeningsrechter onder het huidige recht zelfrealisatieverweren beoordelen en hoe deze toetsing zich heeft ontwikkeld.

De onteigeningsprocedure onder het huidige recht in een notendop

Onder het huidige recht bestaat de onteigeningsprocedure uit een administratieve procedure en een gerechtelijke procedure.

De administratieve procedure vangt aan met een verzoek van het bevoegd gezag (bijvoorbeeld de gemeenteraad of de minister) aan de Kroon. Feitelijk worden deze verzoeken

behandeld door de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat. Alvorens wordt beslist op het verzoek bij Koninklijk Besluit (KB) wordt de Raad van State om advies gevraagd. Daar gaat een onderzoeksfase aan vooraf waarin eigenaren en andere belanghebbenden in de gelegenheid zijn om zienswijzen in te dienen en daarop een toelichting te geven tijdens een hoorzitting.

Wanneer eenmaal een KB is geslagen, kan de overheid zo nodig een gerechtelijke procedure voeren. De gerechtelijke procedure vangt aan met een dagvaarding voor de civiele rechter, waarin de onteigening wordt gevorderd. De procedure kent een verloop dat sterk afwijkt van de algemene regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De onteigenende overheid vordert dat de rechtbank bij een tussenvonnis de onteigening uitspreekt, een voorschot bepaalt op de aangeboden schadeloosstelling en deskundigen benoemt die de rechtbank adviseren over de definitieve schadeloosstelling. Uiteindelijk mondt de gerechtelijke procedure uit in een eindvonnis waarin de definitieve schadeloosstelling wordt vastgesteld.

De beoordeling van een beroep op het zelfrealisatierecht door de Kroon en de onteigeningsrechter

De Kroon beoordeelt een onteigeningsverzoek aan de hand van vier vaste criteria: of de onteigening plaatsvindt in het algemeen nut, of deze het publiek belang dient, of de onteigening noodzakelijk is en of de onteigening urgent is. In de praktijk spitst het debat zich in de meeste gevallen toe op het noodzaakscriterium.

Bij de beoordeling van de noodzaak is in de eerste plaats de vraag aan de orde of hetgeen in het onteigeningsplan is betrokken niet minnelijk kan worden verworven. Van de overheid wordt verwacht dat zij een logboek bijhoudt zodat inzichtelijk is met wie en op welke wijze is gecommuniceerd, onderhandelingen zijn gevoerd, etc. De Corporate Dienst verricht zorgvuldig onderzoek naar de mate waarin door de overheid is gepoogd minnelijk overeenstemming te verkrijgen, overigens zonder zich te mengen in verschillen van mening over de hoogte van de (componenten van de) schadeloosstelling. Dit onderzoek vindt ambtshalve plaats, maar de mate waarin onderzoek wordt gevoerd is mede afhankelijk van de inhoud van een eventuele zienswijze.

In de tweede plaats is onteigening niet noodzakelijk indien sprake is van een geslaagd zelfrealisatieverweer. De Kroon onderzoekt de vraag of de eigenaar de beoogde bestemming en/of het beoogde werk zelf kan realiseren niet ambtshalve, maar wel naar aanleiding van een eventuele zienswijze.

Indien een eigenaar wordt betrokken in een administratieve onteigeningsprocedure terwijl die eigenaar het voornemen heeft om de betreffende ontwikkeling zelf te realiseren, is het dus van belang dat de eigenaar gebruikmaakt van de geboden gelegenheid om een zienswijze in te dienen

waarin hij of zij zich beroept op het zelfrealisatierecht. De eigenaar voert dan een zelfrealisatieverweer.

Op deze plaats wordt opgemerkt dat het voeren van een zelfrealisatieverweer in de administratieve fase in beginsel een vereiste is om ook in de gerechtelijke fase een beroep te kunnen doen op het zelfrealisatierecht. Indien in de administratieve fase een beroep is gedaan op het zelfrealisatierecht en de Kroon dat beroep heeft verworpen, bestaat de mogelijkheid voor de eigenaar om daarop terug te komen in de gerechtelijke fase, bij aanvang van de gerechtelijke procedure in de Conclusie van Antwoord.¹

De onteigeningsrechter zoekt aansluiting bij de beoordeling door de Kroon. De onteigeningsrechter beoordeelt de noodzaak van de onteigening uitsluitend indien die noodzaak in de Conclusie van Antwoord bestreden wordt. Die beoordeling behelst bovendien, in beginsel, alleen of de Kroon ten tijde van het KB de onteigening heeft kunnen toewijzen met inachtneming van de ingediende zienswijzen. De onteigeningsrechter volgt in de meeste gevallen het oordeel van de Kroon.

Uitsluitend indien sprake is van na het KB gewijzigde of gebleken omstandigheden aan de zijde van de onteigenende partij, kan de onteigeningsrechter ook zelfstandig de noodzaak van de onteigening beoordelen. Op die wijze is geborgd dat de rechter een gevorderde onteigening niet hoeft uit te spreken wanneer deze in strijd zou zijn met het recht, bijvoorbeeld omdat de onteigening niet meer geschiedt voor het doel waarvoor blijkens het KB zou worden onteigend.²

Om in een onteigeningsprocedure een beroep te kunnen (blijven) doen op het zelfrealisatierecht, dient de eigenaar dus bij gelegenheid van het indienen van een zienswijze een beoogde zelfrealisatie aan de orde te stellen.

Bij een naar voren gebracht zelfrealisatieverweer pleegt de Kroon in het onteigenings-KB de volgende standaardoverweging op te nemen:

‘Met betrekking tot het beroep op het zelfrealisatiebeginsel overwegen Wij in het algemeen dat bij de beoordeling van de noodzaak tot onteigening door Ons zal worden getoetst of het doel waarvoor wordt onteigend niet te bereiken valt door het door de grondeigenaar zelf uitvoeren van de bestemmingen die aan zijn eigendom zijn toegekend. Indien de eigenaar te kennen geeft daartoe bereid en in staat te zijn, bestaat er in beginsel geen noodzaak tot onteigening. Hierop kan een uitzondering worden gemaakt in de situatie dat de verzoeker om onteigening een andere vorm van planuitvoering wenst dan die welke de grondeigenaar voor ogen staat. In dat geval is onteigening alleen te rechtvaardigen als de verzoeker om onteigening kan aantonen dat het algemeen belang de door hem gewenste vorm van uitvoering vordert. De beoordeling welke vorm van uitvoering dienstig is aan het algemeen belang, is daarbij voorbehouden aan het bestuursorgaan dat het bestemmingsplan

heeft vastgesteld. Of de grondeigenaar bereid en in staat is om zelf tot planuitvoering over te gaan, hangt dan ook mede af van de door het bestuursorgaan gewenste vorm van planuitvoering. In verband daarmee moet de gewenste vorm van planuitvoering aan de grondeigenaar kenbaar zijn. De vorm van planuitvoering kan worden afgeleid uit de planregels en de toelichting van een bestemmingsplan alsmede in al dan niet daarvan deel uitmakende inrichtings- en verkavelingsschetsen. De gewenste vorm van uitvoering kan ook tot uitdrukking komen in een exploitatieplan. Andere situaties die een beroep op zelfrealisatie in de weg kunnen staan, zijn dat de grondeigenaar niet over voldoende aaneengesloten grond beschikt om de bestemming op doelmatige wijze zelf te kunnen realiseren of als de te onteigenen gronden geen afzonderlijk deel van het uit te voeren project kunnen vormen.'

Bedacht moet worden dat aan de zienswijzefase in de administratieve onteigeningsprocedure al het nodige vooraf is gegaan. Er ligt al een (bestemmings)plan dat de grondslag vormt van een mogelijke onteigening. Bovendien zal de overheid die de administratieve onteigeningsprocedure in gang heeft gezet (hierna gemakshalve: de gemeente) al getracht moeten hebben om minnelijk overleg te voeren met de desbetreffende eigenaar. Er moeten immers van gemeentezijde pogingen zijn ondernomen om de betreffende percelen minnelijk te verwerven. Indien een eigenaar zich in het minnelijk overleg op het standpunt stelt dat hij bereid en in staat is om de voorgestane ontwikkeling zelf te realiseren, zal de gemeente moeten onderzoeken of dat het geval is. Daartoe dient de gemeente inzicht te verschaffen in de wijze waarop de gemeente uitvoering wil geven aan de plannen. De eigenaar moet aantoonbaar bereid en in staat zijn om die plannen daadwerkelijk uit te voeren, al dan niet met een (professionele) samenwerkingspartner.

Als het tot een zelfrealisatieverweer komt in een (administratieve) onteigeningsprocedure is het de gemeente veelal ergens in het voortraject gebleken dat de eigenaar en de gemeente niet op één lijn zitten. Zo komt het in de praktijk voor dat een eigenaar (ook indien deze samenwerkt met een derde partij) door een gemeente niet wordt aangemerkt als partij met de benodigde kennis, ervaring en/of de financiële draagkracht. Ook is denkbaar dat een eigenaar (al dan niet in samenwerking met een derde, professionele partij) met een gemeente van mening verschilt over de vorm van uitvoering of de wijze van uitvoering. Denk bijvoorbeeld aan een verschil van mening over het aantal in te passen woningen op een nieuwe woningbouwlocatie en de exacte situering daarvan.

Een ander obstakel kan zijn dat een eigenaar niet beschikt over voldoende aaneengesloten grond of dat het om doelmatigheidsredenen van belang is dat een project (of onderdeel daarvan) wordt uitgevoerd door één partij. Denk hierbij met name aan de aanleg van infrastructuur.

Indien een gemeente met een eigenaar (al dan niet in samenwerking met een professionele partij) een (antérieure) samenwerkingsovereenkomst sluit op basis waarvan de uitvoering van de ontwikkeling is verzekerd, heeft zelfrealisatie de gedaante aangenomen van een contractuele verplichting. De gemeente kan dan in beginsel nakoming verlangen. Onteigening is dan niet noodzakelijk. Maar indien de onderhandelingen over een dergelijke overeenkomst stagneren omdat partijen het niet eens worden over de precieze voorwaarden, kan de gemeente de administratieve onteigeningsprocedure in gang zetten als stok achter de deur.

Wanneer het gaat om financiële voorwaarden, komt het voor dat partijen van mening verschillen over de vraag welke kosten de gemeente in het concrete geval op de eigenaar mag verhalen. De vraag welke kosten de gemeente in rekening mag brengen is onder andere afhankelijk van de in het concrete geval toepasselijke regels: geldt er bijvoorbeeld (naast het bestemmingsplan) ook een exploitatieplan en mogen bovenwijkse kosten worden verhaald? Maar de vraag welke kosten de gemeente in rekening mag brengen is ook afhankelijk van de hoogte van de inbrengwaarde en van de (andere) relevante kosten die verhaald mogen worden.³ Daarover kunnen partijen van mening verschillen, hetgeen de totstandkoming van een samenwerkingsovereenkomst in de weg kan staan.⁴

Alle hiervoor beschreven situaties kunnen ertoe leiden dat de gemeente en de eigenaar niet tot een vergelijk komen. Indien de eigenaar zich op zijn of haar zelfrealisatierecht wil beroepen terwijl de gemeente niet de mening deelt dat de eigenaar in staat is om de voorgestane bestemming (of het voorgestane werk) zelf te realiseren in de door de gemeente voorgestane vorm, zal de eigenaar genooddacht zijn om een zelfrealisatieverweer te voeren in de administratieve onteigeningsprocedure. Doet de eigenaar dat niet, dan komt de mogelijkheid om zich nog langer op het zelfrealisatierecht te beroepen, te vervallen.

De Kroon vult bij elk zelfrealisatieverweer, met inachtneming van de uitgangspunten uit de geciteerde standaardoverweging, de feitelijke omstandigheden van het geval in die leiden tot het oordeel of het zelfrealisatieverweer in het concrete geval wel of niet kan slagen.

In veruit de meeste gevallen slaagt een zelfrealisatieverweer niet. Het dubbeltje rolt, ook indien serieus minnelijk overleg is gevoerd over de wijze van (zelf)realisatie, meestal naar de andere kant.⁵

Daarvoor zijn twee hoofdoorzaken aan te voeren. De eerste is dat aan de momentopname van de beoordeling van de Kroon reeds (soms veelvuldig) minnelijk overleg vooraf is gegaan waardoor de gemeente meestal goed kan motiveren waarom zelfrealisatie niet haalbaar is. De tweede oorzaak ligt in het verlengde hiervan. De gemeente kan immers verschillende argumenten aandragen op basis

waarvan een zelfrealisatieverweer van de hand kan worden gewezen:

- de grondeigenaar beschikt niet over voldoende aaneengesloten grond, en/of
- de (deel)ontwikkeling dient integraal (door één partij) te worden uitgevoerd, en/of
- de eigenaar beschikt (al dan niet gezamenlijk met een derde) niet over voldoende kennis en financiële middelen, en/of
- de grondeigenaar staat een andere vorm van uitvoering voor ogen, terwijl de door de gemeente voorgestane vorm van uitvoering in het publiek belang dringend gewenst moet worden geacht.

Toch blijft de deur op een kier staan: een beroep op het zelfrealisatiebeginsel wordt telkens van geval tot geval beoordeeld. In de volgende aflevering van ons feuilleton zullen we dieper ingaan op de vraag welke gevallen een beroep op het zelfrealisatiebeginsel wél kan slagen. Daarbij maken we onderscheid tussen lucratieve ontwikkelingen en niet/minder lucratieve ontwikkelingen.

We kijken dan ook vooruit op de aanstaande inwerking-treding van de Omgevingswet en bespreken mogelijke gevolgen van deze wetwijziging voor de toepassing van het zelfrealisatiebeginsel.

- 1 HR 25 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5829 (Hardinxveld-Giessendam). De onteigende heeft op grond van art. 6 EVRM aanspraak op een onafhankelijke gerechtelijke toetsing.
- 2 HR 9 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4852 (Onteigening Eindhoven, Strijpse Kampen).
- 3 De inbrengwaarde dient ingevolge art. 6.2.3 Besluit ruimtelijke ordening te worden bepaald door een taxatie van a) de waarde van de gronden in het exploitatiegebied, b) de waarde van de opstallen die in verband met de exploitatie van de gronden moeten worden gesloopt, c) de kosten van het vrijmaken van de gronden in het exploitatiegebied van persoonlijke rechten en lasten, eigendom, bezit of beperkt recht en zakelijke lasten en d) de kosten van sloop, verwijdering en verplaatsing van opstallen, obstakels, funderingen, kabels en leidingen in het exploitatiegebied.
- 4 KB 16 februari 2023, nr. 2023000275, *Staatscourant* 7130 (Onteigeningsplan Centrum Den Hoorn).
- 5 Bijvoorbeeld KB 16 februari 2023 2023000275, *Staatscourant* 7130 (Onteigeningsplan Centrum Den Hoorn), KB 25 augustus 2022, nr. 2022001792, *Staatscourant* 6 oktober 2022 (Onteigeningsplan Dordtse Kil) en KB 30 mei 2021, nr. 11001310, *Staatscourant* 10 juni 2011 (Onteigening Gorinchem, onteigeningsplan Hoog Dalem).



Over de auteurs

Mr. A.P. (Arjan) van Delden en mr. R.J. (Robert) Lucassen, juristen grondzaken en gebiedsontwikkeling, Overwater Grondbeleid Adviesbureau B.V. te Strijen.

Vooruitblik

Voor de komende edities worden onder meer artikelen voorbereid over:

- Zelfrealisatierecht vanuit diverse invalshoeken (ow, Wvg, exploitatieplan/antérieure overeenkomst en Ow)
- Verschillen Wob versus Woo
- Stijgende rente als bedreiging voor grondexploitatie
- Kostenverhaal zonder tijdvak oplossing of onzekerheid
- Verliesvoorzieningen nemen i.v.m. stikstof - problemen in gebiedsontwikkeling
- Vijfde overzichtsartikel Didam-jurisprudentie
- Maatschappelijke kosteneffectiviteitsanalyse binnen-buitenstedelijk bouwen
- (On)mogelijkheid voor gemeenten om bepaalde woningcategorieën te realiseren
- Mobiliteitshubs
- Onderzoek naar eerste drie tranches WBI
- Betaalplanologie onder Omgevingswet niet langer mogelijk zoals in Wro?
- Stikstofwet in de praktijk
- Kronieken jurisprudentie grondexploitatie, onteigenings-kb's en schadeloosstelling bij onteigening

De auteurs belichten vanuit diverse invalshoeken deze onderwerpen uit hun dagelijkse praktijk.

Voor de 5^e editie 2023 wordt een selectie van artikelen voorbereid naast de halfjaarlijkse kronieken, het jurisprudentieoverzicht en andere vaste rubrieken.

Uw kopijbijdragen of vragen voor *Grondzaken en gebiedsontwikkeling* zijn van harte welkom! Voor kopij in de vorm van een artikel ontvangt de redactie graag eerst een synopsis.

De 6^e editie 2023 met kopijdatum **19 oktober 2023** bevat artikelen rond de inwerkingtreding van de Omgevingswet op 1 januari 2024.

En heeft u suggesties voor andere onderwerpen die aandacht moeten krijgen in Grondzaken en gebiedsontwikkeling? Laat het de redactie weten via grondzaken@sdu.nl!