

38. Zelfrealisatie – het zelfrealisatierecht van de eigenaar versus het onteigeningsrecht van de overheid (vervolg)

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

Hoe ontwikkelt het zelfrealisatierecht zich binnen de context van (of misschien beter: tegenover) de ontwikkeling van het onteigeningsrecht? In de rechtspraak valt een onderscheid te bespeuren tussen het recht op zelfrealisatie bij lucratieve ontwikkelingen en het recht op zelfrealisatie bij niet of minder lucratieve ontwikkelingen. Waar komt dit onderscheid vandaan? En wat zijn de verwachtingen over de wijze waarop met het zelfrealisatierecht wordt omgegaan onder de Omgevingswet?

Inleiding

In de vorige aflevering van ons feuilleton over zelfrealisatie bespraken we hoe het komt dat een zelfrealisatieverweer in een onteigeningsprocedure zelden slaagt. Dat neemt niet weg dat de Kroon elk zelfrealisatieverweer zorgvuldig beoordeelt.

We bespraken dat aan een afwijzing van een zelfrealisatieverweer verschillende overwegingen ten grondslag kunnen liggen. We hebben in de vorige aflevering¹ de volgende (hoofd)argumenten onderscheiden:

- 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.

Een eigenaar moet dus goed beslagen ten ijs komen om zich met succes op het zelfrealisatiebeginsel te kunnen beroepen. Maar de vraag of een zelfrealisatieverweer slaagt, hangt ook samen met de eisen die de overheid stelt. Het maakt daarbij verschil of sprake is van een lucratieve ontwikkeling of een minder lucratieve ontwikkeling.

De beoordeling van een zelfrealisatieverweer bij een lucratieve ontwikkeling

De inwerkingtreding van de grondexploitiewet als onderdeel van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) per 1 juli 2008 heeft ertoe geleid dat een gemeente meer publiekrechtelijke eisen kan stellen aan de verlening van omgevingsvergunningen voor bijvoorbeeld een woningbouwlocatie dan voordien mogelijk was. Zo kunnen via het exploitatieplan locatie-eisen worden gesteld of faseringen worden voorgeschreven. Bovendien vindt publiekrechtelijk kostenverhaal plaats door middel van een exploitatiebijdrage. In de meeste gevallen wordt het kostenverhaal geregeld door middel van een (anterieure) overeenkomst, maar indien niet met alle eigenaren in een gebied overeenstemming is bereikt, rust op de gemeenteraad de verplichting om gelijktijdig met het bestemmingsplan ook een exploitatieplan vast te stellen. We zien dat juist in die gevallen veelal ook een administratieve onteigeningsprocedure wordt ingezet; er is immers niet met alle eigenaren in het gebied overeenstemming bereikt.

Het verplichte kostenverhaal, zoals dat sinds 1 juli 2008 van toepassing is, heeft zijn doorwerking gehad in de toetsing door de Kroon van zelfrealisatieverweeren. Ook vóór de inwerkingtreding van de Wro gold reeds de eis dat een zelfrealisator ook geacht moest worden financieel in staat te zijn de beoogde ontwikkeling tot stand te brengen, maar het stelsel van het verplichte kostenverhaal heeft met zich gebracht dat de Kroon strenge(re) eisen is gaan stellen aan de bereidheid tot het betalen van de (wettelijk verplichte) exploitatiebijdrage.

In een enkel geval slaagt een zelfrealisatieverweer desondanks. Een voorbeeld daarvan betrof een administratieve onteigeningsprocedure die speelde in de gemeente Echt-Susteren.² De grondeigenaren in het gebied waren al enkele jaren in gesprek met de gemeente over de reconstructie van een winkelcentrum, de inbreng daarbij van de eigendommen van deze grondeigenaren en de financiering van de openbare ruimten. Uiteindelijk werd echter een bestemmingsplan vastgesteld waarmee de betreffende grondeigenaren zich niet volledig konden verenigen. Zij stelden daartegen beroep in bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State.

Een administratieve onteigeningsprocedure kan reeds gestart worden vooruitlopend op de (mogelijke) onherroepelijkheid van een bestemmingsplan. Het KB voorziet in dat geval in een opschortende en ontbindende voorwaarde die verband houden met die onherroepelijkheid. Ook in de onderhavige situatie werd de administratieve onteigeningsprocedure doorlopen parallel aan de beroepsprocedure bij de Afdeling. Hoewel de eigenaren zich niet volledig konden verenigen met de inhoud van het bestemmingsplan en het beroep daarover nog liep, brachten zij in de administratieve onteigeningsprocedure naar voren dat zij bereid en in staat waren de bestemming 'Centrum-1' zelf te realiseren, indien

die bestemming (ondanks het ingestelde beroep) onherroepelijk zou worden. De Kroon ging hierin mee en overwoog:

'Naar Ons oordeel kan het reclamanten niet worden tegengeworpen dat zij hun plan beter vinden dan het huidige bestemmingsplan waartegen zij ook beroep hebben ingediend. Hieruit kan naar Ons oordeel niet de conclusie worden getrokken dat zij niet bereid zouden zijn om het bestemmingsplan te realiseren. Immers tijdens de hoorzitting hebben reclamanten aangegeven dat zij niettemin, mocht het huidige bestemmingsplan onherroepelijk worden, zeker bereid en in staat zijn om de genoemde bestemming Centrum-1 van het nieuwe bestemmingsplan op hun gronden zelf te realiseren. Daarbij zullen reclamanten zich conformeren aan de door de verzoeker gewenste vorm van uitvoering en aan het exploitatieplan. Wij oordelen derhalve dat, mede gezien het langdurig overleg tussen partijen over (zelf)realisatie van het voorgaande bestemmingsplan, het aannemelijk moet worden geacht dat reclamanten ook bereid en in staat zijn de bestemming Centrum-1 in het nieuwe bestemmingsplan te realiseren. In elk geval dient daarover nog minnelijk overleg gevoerd te worden tussen partijen.'

De uitvoerige overwegingen wekken de indruk dat deze het resultaat zijn geweest van wikken en wegen, toegespitst op het concrete geval. Het resultaat van de overweging is een momentopname, het zegt niet alles over het vervolg van het minnelijk overleg en het moment waarop onteigening alsnog in beeld zou kunnen komen. Maar toen het KB geslagen werd, was er aanleiding de onteigening af te wijzen omdat op dat moment onvoldoende was aangetoond dat onteigening noodzakelijk was: voor de Kroon was voldoende komen vast te staan dat de betreffende eigenaren zich daadwerkelijk wilden conformeren aan de regels van het uiteindelijk onherroepelijke bestemmingsplan en exploitatieplan.

Dat het zelfrealisatieverweer in dit specifieke geval slaagde houdt verband met de proceshouding van de betreffende eigenaar, op basis waarvan diende te worden aangenomen dat hij zich uiteindelijk zou conformeren aan het onherroepelijke bestemmingsplan en de daaraan verbonden wijze van uitvoering. Tevens diende te worden aangenomen dat de eigenaar de exploitatiebijdrage zou betalen zoals deze uit het onherroepelijke exploitatieplan zou voortvloeien.

We zagen in de vorige aflevering³ dat geschillen over de vraag welke kosten de gemeente in rekening mag brengen en geschillen over de omvang van de inbrengwaarde en de relevante kosten, partijen verdeeld kunnen houden. Het is vanzelfsprekend niet ondenkbaar dat een eigenaar (al dan niet samenwerkend met een professionele derde partij) daarbij standpunten inneemt die rechtens juist zijn. De eigenaar is dan voor wat betreft zijn rechtsbescherming aangewezen op een eventueel beroep tegen het exploitatieplan. Uit het KB Echt-Susteren leiden wij af dat ook



Foto: Tineke ten Have

een nog aanhangig beroep tegen een exploitatieplan een geslaagd zelfrealisatieverweer niet in de weg hoeft te staan. Indien een grondeigenaar op voorhand verklaart dat hij bereid is zich uiteindelijk neer te leggen bij de inhoud van het onherroepelijke exploitatieplan en de exploitatiebijdrage te betalen die uit het exploitatieplan voortvloeit, behoort een nog lopend geschil over het exploitatieplan (en daarmee over de hoogte van die bijdrage) niet in de weg te staan aan de uitoefening van het zelfrealisatierecht. Een gemeente en een grondeigenaar die van mening verschillen over de hoogte van de exploitatiebijdrage verschillen echter vaak ook van mening over de exacte vorm of wijze van planuitvoering, bijvoorbeeld omdat de grondeigenaar belang heeft bij een iets lucratievere invulling dan de gemeente. Een eigenaar die zelf wil ontwikkelen of daartoe samenwerkt met een professionele ontwikkelaar doet er daarom goed aan om een strikte scheiding aan te brengen tussen enerzijds de standpunten die hij inneemt in de bestuursrechtelijke procedures over het bestemmingsplan en het daaraan gekoppelde exploitatieplan, en anderzijds de standpunten in het minnelijk overleg over eventuele zelfrealisatie en het daarop volgende zelfrealisatieverweer in een onteigeningsprocedure. Uiteindelijk dient de eigenaar zich te (willen) conformeren aan het onherroepelijke bestemmingsplan en het onherroepelijke exploitatieplan. De eigenaar levert bewijs dat hij daartoe bereid is door een samenwerkingsovereenkomst te willen aangaan waarin de exploitatiebijdrage conform het onherroepelijke exploitatieplan is verwerkt.

De beoordeling van een zelfrealisatieverweer bij een niet- of minder lucratieve ontwikkeling

In toenemende mate valt een tendens te bespeuren dat de overheid uitgaat van het principe dat het niet voor elke ruimtelijke ontwikkeling nodig is om (volledig) over (alle)

gronden te beschikken. Zo wordt onteigening niet noodzakelijk geacht indien de ontwikkeling ook kan worden gerealiseerd onder de werking van een gedoogplicht⁴ of op basis van een zakelijk recht waaraan de grondeigenaar zijn medewerking verleent, bijvoorbeeld voor de aanleg van een nutsvoorziening. Soms poogt het bevoegd gezag om afspraken met een grondeigenaar te maken en wordt het onteigeningsinstrument alleen gehanteerd wanneer dat niet lukt.⁵ Zo is denkbaar dat met bestaande eigenaren ten behoeve van natuurontwikkeling afspraken worden gemaakt over natuurbeheer en extensief agrarisch gebruik. In dat geval is onteigening niet noodzakelijk, in feite omdat de afspraak een vorm van zelfrealisatie behelst.

Het meest in het oog springende voorbeeld uit de recente onteigeningsjurisprudentie waarin een zelfrealisatieverweer werd gevoerd gericht op de realisering van een niet-lucratieve bestemming, was aan de orde in de onteigeningsprocedure ten behoeve van de ontpoldering van de (voormalige) Hedwigepolder.⁶ De in de onteigeningsprocedure betrokken eigenaar stelde bereid en in staat te zijn de ontpoldering zelf te kunnen en willen realiseren, maar verlangde een financiële bijdrage van de Staat. Daarbij speelde een rol dat de Staat die kosten bij de Belgische overheid zou kunnen declareren. De Kroon verwierp het zelfrealisatieverweer. De rechtbank deed dat ook, maar overwoog over het kostenaspect dat denkbaar is dat bij de ontwikkeling van een niet-lucratieve bestemming wordt afgeweken van het beginsel dat de ontwikkelende partij alle kosten moet dragen. De Advocaat-Generaal van de Hoge Raad volgde de rechtbank op dit punt door te overwegen:

'(...) Ik vind het al hoogst onbillijk om van [eiser] als zelfrealisator te verlangen dat hij de kosten draagt van de in het algemene belang noodzakelijk geachte ontpoldering van de Hedwigepolder, die zal meebrengen dat zijn agra-

risch gebruikte gronden zullen veranderen in buitendijkse estuariene natuurgonden. Van hem te verlangen dat hij die kosten draagt terwijl de Staat die kosten zou kunnen declareren bij de Belgische overheid, lijkt mij buiten alle proporties, ofwel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – die ook bij de toepassing van het onteigeningsrecht niet uit het oog mogen worden verloren – onaanvaardbaar. (...)’

De Hoge Raad komt in het eindarrest niet aan dit specifieke onderdeel toe, omdat hij oordeelt dat de Kroon in redelijkheid tot het oordeel kon komen dat de uitvoering en het beheer van de infrastructurele bestemming alleen door middel van de volle eigendom van en daarmee volledige zeggenschap over de gronden geborgd zou kunnen worden. De instandhouding van het doelmatigheidsoordeel van de Kroon en de rechtbank door de Hoge Raad, heeft dus aan een rechtsoordeel in de weg gestaan of de overheid bij niet-lucratieve bestemmingen van een eigenaar die zelf wil realiseren mag verlangen dat hij dan ook alle kosten draagt.

Zoals de rechtbank had overwogen⁷ valt er veel voor te zeggen dat het niet redelijk is van een eigenaar die zelf een niet-lucratieve bestemming wil realiseren in het algemeen belang, te verlangen dat hij of zij daarvoor zelf alle kosten draagt. Er dient immers van te worden uitgegaan dat de maatschappij als geheel profiteert van die bestemmingswijziging. Bovendien is denkbaar dat een overheid bij de ontwikkeling van extensieve landbouw en natuur minder stringente eisen stelt aan de exacte wijze waarop de nieuwe ontwikkeling wordt gerealiseerd. Daarbij komt dat van een verplichte grondexploitatie en een daaraan verbonden exploitatiebijdrage geen sprake is. Kortom, de overheid kan aan de wijze van uitvoering minder eisen stellen. De overheid kan bijvoorbeeld geen exploitatiebijdrage verlangen, omdat daarvoor een publiekrechtelijke grondslag (een exploitatieplan) ontbreekt.

Andersom kan een eigenaar bij de voorgestane niet-lucratieve ontwikkeling eenvoudiger onderbouwen dat hij bereid en in staat is de niet-lucratieve ontwikkeling zelf te realiseren. Die mogelijkheid tot zelfrealisatie wordt voornamelijk begrensd door doelmatigheidsoverwegingen. Indien het uiteindelijk doelmatig is dat het beheer van een nieuw te ontwikkelen natuurgebied in één hand komt, zal die doelstelling toch de doorslag kunnen geven voor het oordeel dat (zo nodig gedwongen) verwerving van de gronden noodzakelijk is.

Het zelfrealisatieverweer in onteigeningsprocedures onder de Omgevingswet

Met de aanstaande inwerkingtreding van de Omgevingswet zal het onteigeningsprocesrecht wijzigen. Er is sprake van een bijzondere systeemwijziging doordat de Kroon niet meer bevoegd zal zijn te beslissen over onteigening. In plaats van de Kroon zullen andere bestuursorganen

(zoals de gemeenteraad, Provinciale Staten of de minister) besluiten over onteigening en zal de bestuursrechter moeten worden verzocht om een bekrachtiging van het desbetreffende onteigeningsbesluit. Tegen de bekrachtiging van de bestuursrechter staat beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

De gedwongen eigendomsontneming vindt plaats door middel van de inschrijving van een notariële ‘onteigeningsakte’ in het openbare register. Om tot het passeren van die akte te kunnen overgaan, dient sprake te zijn van een onherroepelijk ‘onteigeningsbelang’ (bijvoorbeeld een toegewezen functie in het omgevingsplan), van een onherroepelijk onteigeningsbesluit en van de betaling van een voorlopige schadeloosstelling. Uitsluitend de beoordeling van de (volledige) schadeloosstelling blijft aan de civiele rechter voorbehouden.

Er zal dus sprake zijn van een fundamentele wijziging van het onteigeningsprocesrecht. Het is desalniettemin de verwachting dat de door de Kroon ontwikkelde en uitgewerkte criteria over de noodzaak en de urgentie van een onteigening onder de Omgevingswet, in de motivering van onteigeningsbesluiten en in de beoordeling door de bestuursrechter onverminderd van belang zullen blijven. Die verwachting ontleent wij aan de Memorie van Toelichting bij de ‘Aanvullingswet grondeigendom’⁸, die onderdeel wordt van de Omgevingswet. Daarin wordt uitvoerig verwezen naar de door de Kroon ontwikkelde beoordelingscriteria, die ook in de Omgevingswet worden verankerd. Onteigening is ook onder de Omgevingswet niet noodzakelijk indien de eigenaar bereid en in staat is om de beoogde ontwikkeling zelf te realiseren op de door de overheid voorgestane wijze. Wij zien dan ook geen aanleiding om te veronderstellen dat de bestuursrechter (in hoogste instantie de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) een zelfrealisatieverweer wezenlijk anders zal beoordelen dan de Kroon onder het huidige recht.

Wel is het zo dat een eventueel gerechtelijk geschil over mogelijke zelfrealisatie straks in een eerdere fase van de onteigeningsprocedure definitief wordt beslecht. Alleen bij de bestuursrechter zal de vraag voorliggen of het bevoegd gezag, ondanks een bekend zelfrealisatieverweer, in redelijkheid de onteigeningsbeschikking heeft kunnen nemen. Van de eigenaar zal dus in beginsel verlangd worden dat hij een eventueel zelfrealisatieverweer uiterlijk naar voren brengt in de zienswijzefase die voorafgaat aan het besluit tot onteigening. Denkbaar is wel dat de bestuursrechter aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van de Hoge Raad door rekening te houden met gewijzigde omstandigheden van na de onteigeningsbeschikking. Zowel de bekrachtiging van de onteigeningsbeschikking door de bestuursrechter als de toetsing van een eventueel beroep door de Afdeling hebben naar verwachting (in zoverre) het karakter van een *ex nunc* toetsing.⁹

Afronding

Uit de jurisprudentie leiden wij voorzichtig een onderscheid af tussen de beoordeling van de zelfrealisatie van 'lucratieve' bestemmingen of 'niet of minder lucratieve bestemmingen'. Wij verwachten dat deze ontwikkeling doorzet en mogelijk wordt versterkt wanneer de komende jaren meer 'niet of minder lucratieve' bestemmingen worden ontwikkeld, zoals natuurontwikkeling of waterberging. Bij een lucratieve ontwikkeling mag van de eigenaar verlangd worden dat de bereidheid en het in staat zijn mede omvat 'het willen en kunnen betalen' van de aan grondexploitatie verbonden exploitatiebijdrage (of onder de Omgevingswet: kostenverhaalsbijdrage). Bij een niet- of minder lucratieve ontwikkeling is van een verplichte financiële bijdrage geen sprake en worden bovendien minder eisen gesteld aan de precieze vorm van uitvoering. Dat biedt meer kansen om overeenstemming te bereiken over een vorm van zelfrealisatie die past binnen de kaders van de overheid en voor een eigenaar voldoende perspectief biedt.

In de gevallen waarin geen overeenstemming wordt bereikt en de bestuursrechter zich onder de Omgevingswet over een eventueel zelfrealisatieverweer moet buigen, blijven de door de Kroon ontwikkelde criteria onverminderd van belang. Indien de bestuursrechtelijke onteigeningsprocedure zal worden gevolgd parallel aan de procedure omtrent het omgevingsplan (met de daarin opgenomen kostenverhaalsregels) zal de eigenaar zich in de onteigeningsprocedure vooraf moeten conformeren aan de onherroepelijke uitkomst van de omgevingsplanprocedure, om zich succesvol te kunnen (blijven) beroepen op zelfrealisatie.

- 1 *Grondzaken en gebiedsontwikkeling*, 2023/28 (Zelfrealisatie – het zelfrealisatierecht van de eigenaar versus het onteigeningsrecht van de overheid).
- 2 KB 23 april 2015, 2015000740, *BR* 2015/85 (onteigening Echt-Susteren).
- 3 *Grondzaken en gebiedsontwikkeling*, 2023/28 (Zelfrealisatie – het zelfrealisatierecht van de eigenaar versus het onteigeningsrecht van de overheid).
- 4 Onder de Omgevingswet wordt uitgegaan van het beginsel dat onteigening niet noodzakelijk is indien het werk kan worden aangelegd met behulp van een gedoogplicht. Zie de Memorie van Toelichting bij de Aanvullingswet grondeigendom, TK 2018-2019, 35 133, nr. 3, p. 99.
- 5 KB 30 april 2021 nr. 2021000865, *Staatscourant* 2021, 26670 (onteigening Grensmaasproject).
- 6 Hoge Raad 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:7 (onteigening ontpoldering Hedwigepolder).
- 7 Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 8 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3332, r.o. 5.3.4.
- 8 Zie de Memorie van Toelichting bij de Aanvullingswet grondeigendom onder andere over het ontbreken van de noodzaak tot onteigening ingeval van een geslaagd zelfrealisatieverweer de Omgevingswet, TK 2018-2019, 35 133, nr. 3, p. 109-111.
- 9 Zie hierover onder andere de brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 14 augustus 2017 aan de minister van Infrastructuur en Milieu over het consultatieverzoek inzake het wetsvoorstel Aanvullingswet grondeigendom, ten aanzien van de onteigeningsprocedure (<https://www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/aanvullingswet/>).



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.