

# OPINIE: KANTTEKENINGEN BIJ DE Wro

DE Wro EN IN HET BIJZONDER AFDELING 6.4 Wro ZOU WAT HET PUBLIEKRECHTELIJK INSTRUMENTARIUM BETREFT EEN GOEDE OPLOSSING MOETEN BIEDEN AAN KOSTENVERHAAL BIJ ZELFREALISATIE.

MENZO KWINT PLAATST IN DIT OPINIËREND ARTIKEL DAARBIJ EEN AANTAL KANTTEKENINGEN.

*Mr.drs. M.M.H.G. Kwint<sup>1</sup>*

## INLEIDING

De Wro en in het bijzonder de zogenaamde Grondexploitatiewet (afdeling 6.4 Wro) wordt vaak gezien als een soort wonderelixir. Met de Wro zou nu eindelijk een publiekrechtelijk instrumentarium bestaan voor kostenverhaal voor een overheid (veelal de gemeente) op particuliere realisatoren en de mogelijkheid om locatie-eisen af te dwingen op laatstgenoemden. Middels een exploitatieplan ex art. 6.12 Wro wordt bij de afgifte van de bouwvergunning een realisator verplicht om een zogenaamde exploitatiebijdrage te betalen. Met de locatie-eisen kan een minimale hoeveelheid aan sociale woningen of kavels voor particulier opdrachtgeverschap voorgeschreven worden. Een exploitatieplan mag achterwege blijven indien tijdig voor alle gronden een of meerdere zogenaamde anterieure overeenkomsten zijn gesloten. Deze mogen met een zeer grote mate van vrijheid gesloten worden.<sup>2</sup>

Er zijn naar mijn mening echter een aantal kanttekeningen bij de Wro te plaatsen.

In de aanloop naar de Wro is namelijk wonderlijk genoeg weinig terug te vinden van de voorheen bestaande mogelijkheden om een en ander af te dwingen bij particuliere exploitanten die zich beriepen op het zelfrealisatiebeginsel. Men vond dat het toen bestaande instrumentarium ontoereikend was. De mogelijkheden dankzij de (dreiging of zachte dwang) van een onteigeningsprocedure werden onderschat of miskend.<sup>3</sup>

Ik plaats vraagtekens bij de anterieure overeenkomst, althans bij de gewenste vormvrijheid ervan. Het is immers de vraag of deze vrijheid wel zo ruim is als gedacht.

Tenslotte blijven een aantal praktische problemen onopgelost. Wat te doen met eigenaren die niet tot (zelf)realisatie overgaan of dat niet kunnen en/of hun gronden niet willen verkopen? Voor deze gevallen zal onteigening het instrument blijven om de impasse te doorbreken.

## DE ZACHTE DWANG VAN DE ONTEIGENING<sup>4</sup>

De onteigening ex art. 79 Ow was (en blijft) het 'ultimum remedium' voor een gemeente om grondeigenaren te dwingen de door de gemeente gewenste ontwikkelingen, de zogenaamde 'voorgestane wijze van planuitvoering', uit te voeren. Uit de standaardoverweging van de Kroon<sup>5</sup> volgt, korthedshalve, dat een beroep op het zelfrealisatieverweer zal slagen indien:

- 1 een eigenaar in staat en bereid is om;
- 2 de door de gemeente voorgestane wijze van planuitvoering uit te voeren; en
- 3 de plannen zelfstandig uitvoerbaar zijn op het eigen perceel.

### **Ad 1 Een grondeigenaar moet aantonen dat hij kan en wil**

Hij kan daarvoor kunde en kennis van een derde (professionele) partij inhuren. In veel gevallen toonde de grondeigenaar zich bovendien bereid om een exploitatieovereenkomst te sluiten op basis van de destijds verplichte exploitatieverordening ex art. 42 WRO (oud). Krachtens de VNG model-exploitatieverordening bestond een uitgebreide limitatieve lijst van kostensoorten, nagenoeg vergelijkbaar met hetgeen verhaalbaar is middels een exploitatieplan, die op de zelfrealisator verhaald konden worden. Daarmee was het kostenverhaal voor de gemeente in vergelijking met de huidige verhaalbare kosten ex afdeling 6.2 Bro grotendeels gedekt.<sup>6</sup> De onteigening kan ook ten behoeve van een grote(re) partij plaatsvinden, mits deze zich vervolgens conformeert aan de voorgestane wijze van planuitvoering. Het bestemmingsplan (en daarmee het publieke belang) moet gerealiseerd kunnen worden.<sup>7</sup> De eigendom van een financieel zwakke eigenaar zou aanleiding kunnen geven voor onteigening als de eigenaar dan niet meer in staat is om (tijdig) tot planrealisatie over te gaan.

### **Ad 2 Een zelfrealisator moet zich houden aan de gemeentelijke voorgestane wijze van planuitvoering**

Middels de opname in de beschrijving in hoofdlijnen als onderdeel van het bestemmingsplan, kon in het bijzonder volkshuisvestelijk beleid onderdeel zijn van de voorgestane wijze van planuitvoering. Aldus kon sociale woningbouw of de uitgifte van kavels voor particulier opdrachtgeverschap afgedwongen worden.<sup>8</sup>

### **Ad 3 De grondpositie van de zelfrealisator was (en blijft) van cruciaal belang<sup>9</sup>**

Blijkt dat de bouwplannen conform de voorgestane wijze van planuitvoering niet op de eigen gronden passen dan volgt onverbiddelijk de onteigening. Dergelijke gevallen komen zeer vaak voor in binnenstedelijke locaties waar de eigendom veelal versnipperd is en waar grootschalige projecten grensoverschrijdend zijn. Het belang van de bouwefficiëntie en samenhang van een groot complex gaat voor op het particuliere belang.

In de praktijk blijkt dat het aantal onteigeningsprocedures waar het zelfrealisatierecht een rol speelt in de laatste twaalf jaar circa vijftien zaken per jaar telt.<sup>10</sup> Dit moet afgezet worden tegen de zeer hoge bouwproductie die in de afgelopen vijftien jaar in Nederland heeft plaatsgevonden. Kennelijk is in 99,9% van de gevallen overeenstemming bereikt middels bijvoorbeeld inlevermodellen of exploitatieovereenkomsten.<sup>11</sup> Met andere woorden, dankzij (de zachte dwang van) de onteigening, hebben gemeenten, in de afgelopen vijftien jaar de facto grip kunnen hebben en houden op locatie-eisen en kostenverhaal. Ten slotte zij

opgemerkt dat met een geslaagd zelfrealisatieverweer tevens werd voldaan aan het publieke belang, namelijk de realisatie en uitvoering van het bestemmingsplan. Materieel is naar mijn mening door de Wro niet veel veranderd.

#### DE VRIJHEID VAN DE ANTERIEURE OVEREENKOMST

Met art. 6.23 Wro is de exploitatieverordening facultatief geworden. Partijen zijn tot de vaststelling van een exploitatieplan vrij in de onderhandelingen voor de totstandkoming van een anterieure overeenkomst. Deze kan tot stand komen tot het moment dat de bouwvraag wordt ingediend. Een dergelijke overeenkomst mag worden gesloten mits het kostenverhaal voldoende gewaarborgd is. Pas nadat het exploitatieplan is vastgesteld, is er een dwingend kader waarvan bij het sluiten van een overeenkomst niet mag worden afgeweken (art. 6.24 lid 2 Wro).

In de geboden vrijheid wringt nu juist de schoen. Krachtens art. 6.24 lid 1 Wro kan nu in grote vrijheid door de gemeente met particulieren gecontracteerd worden.<sup>12</sup> Zo zou in theorie meer 'verhaald' kunnen worden dan wat mogelijk is met een exploitatieplan. Kan dat als betaalplanologie of winstafroming beschouwd worden? De exploitant zal daar weinig verschil in zien. Hierbij moet bedacht worden dat bij een exploitatieplan winstafroming juist niet toegestaan is. Het is immers nog steeds zo dat een gemeente zich dient te houden aan de beginselen van behoorlijk bestuur en aan (privaatrechtelijke) regels van billijkheid en redelijkheid.<sup>13</sup> De bodem van het kostenverhaal in een anterieure overeenkomst wordt bepaald door datgene wat verhaalbaar is op basis van een exploitatieplan. Wie 'wint' dan de onderhandelingen? De verliezer lijkt in ieder geval de partij te zijn die haast heeft. Heeft de gemeente haast, dan leunt de particuliere exploitant achterover in afwachting van het exploitatieplan en de daaraan gekoppelde procedures. Bij haast van een zelfrealisator kan al snel sprake zijn van betaalplanologie. Ware het niet beter om hier, voor de gerichtheid van de onderhandelingen, als onderhandelingskader de limitatieve kostensoortlijst verplicht vast te stellen?<sup>14</sup>

#### DE WRO EN HET ZELFREALISATIEBEGINSEL

De meeste ontwikkelingen zullen meerdere grondeigenaren kennen. Het is maar zeer de vraag of alle eigenaren de nieuwe ontwikkeling ook willen. Mogelijk dat een aantal helemaal niets wil. Een grondeigenaar die wel wil moet het daarbij ook nog eens kunnen. Dat houdt onder meer in dat hij afhankelijk is van zijn eigendom. Past het bouwplan binnen de grenzen van zijn eigendom? Een goede ruimtelijke ordening houdt, althans hoort, geen rekening te houden met eigendomsbegrenzing. Zo kunnen toch sneller dan gedacht impasses ontstaan: geen aanvraag bouwvergunning betekent geen bouw en dan ook geen exploitatiebijdrage. Er zal alsdan door de gemeente teruggerepen moeten worden op het aloude en bekende, maar onbeminde, instrument van de onteigening. Dit is mogelijk indien de realisatie binnen een termijn van vijf jaar is gedacht.<sup>15</sup>

Met de Wro is in het bijzonder aandacht gegeven aan de zogenaamde free riders. Dat zijn eigenaren die niet bereid zijn om mee te betalen of zich te gedragen naar het algemeen belang. In de oude systematiek was het sluiten van een exploitatieovereenkomst geen verplichting, met als gevolg dat theoretisch gesproken bepaalde eigenaren bij zelfrealisatie zich (deels) konden onttrekken aan het kostenverhaal.<sup>16</sup> Met een exploitatieplan wordt, indien een aanvraag bouwvergunning wordt ingediend, dit probleem ondervangen door de exploitatiebijdrage. Voor deze actieve free riders – zij dienen immers een aanvraag om bouwvergunning in – is met de Wro in het geval van een exploitatieplan een

adequaat antwoord gevonden. Maar de positie van de zogenaamde passieve free rider wordt er sterker van. Bij het gebruik van een exploitatieplan is namelijk geen baatbelasting meer mogelijk (art. 222, eerste lid, Gemeentewet)! Doet de passieve free rider niets, dan zal uit hoofde van het exploitatieplan geen exploitatiebijdrage geheven kunnen worden. Er wordt immers geen bouwvergunning aangevraagd en via de baatbelasting is ook niets meer mogelijk. Een onteigeningsprocedure zal noodzakelijk blijven indien de passieve free rider de beoogde (gewijzigde) bestemming niet wenst te realiseren.

#### AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Gelet op de bijna-onontkoombaarheid van de onteigening ware het eenvoudiger geweest om het zelfrealisatierecht te koppelen aan een verplichte exploitatieovereenkomst. Deze dient zijn grondslag te vinden in een exploitatieverordening met een limitatieve lijst aan kostensoorten die verhaald kunnen worden. Dit was feitelijk de oude regeling waarin, dankzij de zachte dwang van de onteigening, allerlei soorten (exploitatie)overeenkomsten gesloten werden, waardoor het kostenverhaal geregeld was. Het oude stelsel van kostenverhaal was ook helder omdat exploitatieovereenkomsten die buiten het boekje van het uitputtende stelsel van kostenverhaal gingen (deels) vernietigd konden worden. Dit schiep helderheid. Alsdan zou de (ingewikkelde) exploitatieplanfiguur met dito procedures niet nodig zijn geweest. De praktijk zal moeten uitwijzen of de Wro een versnelling in de planrealisatie kan bewerkstellen. De extra procedures die gemoed gaan met een exploitatieplan doen anders vrezen. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan de mogelijke herzieningsprocedures van het exploitatieplan (art. 6.15 Wro).

De Wro lijkt geschreven te zijn met de grote winstgevende uitleglocaties in het achterhoofd. Deze zullen zich echter niet meer, of in een veel kleinere verschijningsvorm, voordoen. Het is inmiddels overheidsbeleid geworden om een groot deel van de toekomstige woningbouwopgave in binnenstedelijke locaties te zoeken. Dit zijn locaties met hoge kosten zoals sloop, bodemsanering en uitplaatsing. Er zal bovendien sprake zijn van versnipperde grondeigendom en vele kritische meedenkers, etc.. Hiervoor zal bovendien bestaand onroerend goed met een relatief hoge (inbreng)waarde aangekocht moeten worden voor de sloop. Dit leidt tot een (gedeeltelijke) waardevernietiging die niet altijd gedekt kan worden door volumevergroting met dito hogere opbrengsten. Met als resultaat lange procedures, een tegenvallend of zelfs negatief projectresultaat.<sup>17</sup> Gesteld kan worden dat aan een herontwikkelingslocatie/project bij doorgang een positieve maatschappelijke waarde zal worden toegekend, wat ertoe zou moeten leiden dat het financiële tekort gedekt moet worden in de vorm van subsidies, etc.<sup>18</sup> Hoe het ook zij, de financiële problematiek bij de herontwikkelingslocaties vindt geen oplossing in de Wro. Bij gebruik van een exploitatieplan maximeert art. 6.16 Wro het kostenverhaal tenslotte ook nog tot de opbrengsten.

1 Als senior projectontwikkelaar werkzaam bij Kennemerland Beheer B.V. te Santpoort Zuid.

2 Art. 6.12 Wro, art. 3.1 Wro jo 3.1.2. lid 1 Bro, art. 6.17 lid 1 Wro en art. 6.24 Wro.

3 Zie de uiterst summiere analyse in de inleiding van de MvT, Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, blz. 2.

4 M.M.H.G. Kwint en A.R. Neerhof, 'Kostenverhaal en locatie-eisen op grond van de Grondexploitatiewet: plus ça change, plus c'est la même chose', TBR 2008/11, blz. 1009.

5 KB 21 februari 2008, Echt-Susteren, Stcr 18 maart 2009, nr. 53.

6 KB 10 september 2008, Den Haag, Stcr 2 oktober 2008, nr. 191.

- 7 KB 20 maart 2008 Nijmegen, Stcrt 7 april 2008, nr. 67 of KB 20 maart 2008 Assen Stcrt 4 april 2008, nr. 66.
- 8 Het bekende KB 6 mei 2004, Venray, Stcrt 24 mei 2004 of recentelijk KB 24 april 2009, Tiel, Stcrt 28 mei 2009, nr. 96 met een bestemmingsplan vastgesteld onder de oude WRO.
- 9 Bijvoorbeeld KB 24 juni 2008, Amsterdam, Stcrt 21 juli 2008, nr. 138 of KB 6 februari 2009 Gennep, Stcrt 12 februari 2009, nr. 2247.
- 10 2008 en 2009 tellen 12 respectievelijk 17 onteigeningsbesluiten waar het zelfrealisatieverweer wordt aangevoerd.
- 11 Dergelijke overeenkomsten kunnen gezien worden als verplaatste zelfrealisatie-overeenkomsten. A.G. Bregman, 'Scala, Vathorst, Roanne en Commissie/Frankrijk, waakzaamheid maar vooral geen paniek', TBR 2008/02, blz.132.
- 12 Een bijdrage aan bovenplanse plannen/kosten kunnen slechts verhaald worden indien hiervoor een structuurvisie is vastgesteld. Art 6.24 lid 1 sub a Wro.
- 13 Zie verder M. Fokkema en E.R. Hijmans, 'Een positief geluid over de Grondexploitatiewet', TBR 2009/01, blz. 42 e.v., E.J. van Baardewijk, 'Bovenplanse verevening in het exploitatieplan?', BR 2008, blz. 758-766, J. Struiksma, 'Contractsvrijheid voor de Grondexploitatiewet', WPNR, 2 december 2006/6689, blz. 821-824, J.A.M. van den Brand, E.W. van Gelder en H.W. van Sandick (eindred.), Handreiking Grondexploitatiewet, editie 2008, Sdu Uitgevers, blz. 38 en de MvT, Kamerstukken II 2004/05, 30218, nr. 3, blz. 15 en 16.
- 14 Zie anders ook de analyse van deze dilemma's door Minderhoud en Grundmeijer. E.A. Minderhoud en T. Grundmeijer, 'Het verplichte karakter van het kostenverhaal ingevolge de Wro', TBR 2010/02, blz. 114-119.
- 15 Het urgentiecriteria. Zie bijvoorbeeld KB 4 januari 2010, Den Haag, Stcrt 29 januari 2010, nr. 1448 of KB 26 augustus 2009, Amsterdam, Stcrt 21 september 2009, nr. 14030.
- 16 Behoudens het deel dat via baatbelasting ex art. 222 Gemeentewet kon worden geïnd.
- 17 Om dit probleem te ondervangen worden allerlei nieuwe non-oplossingen aangedragen, bijvoorbeeld Advies van de VROM-raad, 'Grond voor kwaliteit, Voorstellen voor verbetering van overheidsregie op (binnen)stedelijke ontwikkeling', februari 2009, blz. 6 en 40 en verder M.M.H.G. Kwint, 'Reactie op het artikel van mevrouw C.E. Houtkoper van april 2009', Bouwrecht 2009/8, blz. 664.
- 18 Een tekort dient gedekt te worden. Art. 6.2.11 sub m Bro en een bestemmingsplan moet financieel economisch haalbaar zijn.

Van Lanschot  
Nannenga  
Naus

RENTMEESTERS

## Specialisten in grondverwerving

Onze deskundigen kunnen u van dienst zijn bij:

- taxeren van inbrengwaarde
- waardebeoordeling bij Wvg
- taxatie van schadeloosstelling bij onteigening
- aankooponderhandelingen
- opstellen van overeenkomsten
- advisering inzake onteigening en Wvg

Voor meer informatie kunt u contact opnemen met de heer mr. M.A. Rebel, telefoon 0172-631000.  
[www.vlenn.nl](http://www.vlenn.nl)

Rentmeester 



SAOZ  
ADVISEUR IN ONROERENDE ZAKEN

### UW SPECIALIST IN WAARDE EN WETGEVING HELPT U GRAAG BIJ DE VOLGENDE TAXATIES:

- Inbrengwaarden;
- Waarde van opstellen die geamoveerd worden;
- Verwervingskosten van gronden, woningen en bedrijven;
- Huur- en pachtontbindingen;
- De kosten van het beperken en verwijderen milieucirkels;
- LPG sanering;
- Planschaderisico artikel 6.1 Wro;
- Nadeelcompensatie risico;
- Belastingsschade bij onteigeningsvergoeding;
- Uitgifteprijs op basis van residuele waardeberekeningen;
- Effecten van fasering.

010 - 469 38 99 [info@saoz.nl](mailto:info@saoz.nl) [www.saoz.nl](http://www.saoz.nl)