



FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

AMSTERDAM, 2 FEBRUARI 2006

**Advies inzake de mogelijkheid tot afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel
in verband met artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag
tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
(EVRM)**

Universiteit van Amsterdam, Faculteit de Rechtsgeleerdheid,
Centrum voor Milieurecht & Leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht

Door: Prof. mr. B.J. Schueler en mr. R. Mellenbergh

Een advies uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Volkshuisvesting Ruimtelijke
Ordening en Milieubeheer

Inhoudsopgave:

- 1 Inleiding
- 2 Eigendom en onteigening
- 3 Het zelfrealisatiebeginsel naar huidig Nederlands recht; andere instrumenten ter bevordering van het ruimtelijke ordeningsbeleid van de gemeente
- 4 De mogelijkheid tot afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in Nederland in verband met artikel 1 EP
 - 4.1 Het begrip ‘possessions’ in artikel 1 EP
 - 4.2 Toetsingscriteria van het EHRM in verband met artikel 1 EP
 - 4.3 Criterium 1: De rechtmatigheid van de onteigening
 - 4.4 Criterium 2: Het algemene belang van de onteigening
 - 4.5 Criterium 3: De proportionaliteit van de onteigening ten opzicht van de inbreuk op het recht op eigendom (*‘fair balance’*)
 - Analyse
 - 4.6 De invloed van het Europese recht
- 5 Mogelijkheid van gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel naar tijd en/of plaats
- 6 Conclusies

1. Inleiding

In dit advies zal de mogelijkheid tot afschaffing van het zogenaamde zelfrealisatiebeginsel in verband met het in artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM (**artikel 1 EP**) vastgelegde beginsel van het recht op ongestoord genot van eigendom worden onderzocht.¹ Aan de hand van artikel 1 EP kan het Europese Hof van de Rechten van de Mens (**EHRM**) te Straatsburg beoordelen of een onteigening van een perceel grond dan wel een inperking van de gebruiksmogelijkheden van de eigenaar ten aanzien van een perceel grond door de (locale) overheid al dan niet toelaatbaar is onder artikel 1 EP. Het EHRM heeft ten aanzien van artikel 1 EP in de loop der jaren een eigen toetsingskader ontwikkeld. De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 1 EP zal in dit advies dan ook een centrale plaats innemen (zie paragraaf 4). Gevolg daarvan is dat de precieze strekking en reikwijdte van artikel 1 EP casuïstisch wordt vastgesteld door het EHRM en per geval kan verschillen. Desalniettemin kunnen uit de grote hoeveelheid jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van artikel 1 EP enkele voorlopige algemene conclusie worden getrokken.

Een tweede aandachtspunt in dit advies betreft de zogenaamde gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel naar tijd en/of plaats. Met andere woorden, kan de onteigenerende overheid bepalen dat het zelfrealisatiebeginsel op een bepaald moment op een bepaalde plaats niet toepasselijk is? De (on)mogelijkheid van gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel naar tijd en/of plaats wordt besproken in paragraaf 5 van dit advies.

Wij benadrukken dat dit advies alleen betrekking heeft op een juridische analyse van artikel 1 EP in verband met het thans in Nederland geldende artikel 79 van de Onteigeningswet en het in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde zelfrealisatiebeginsel. In dit juridische advies wordt geen politiek oordeel gegeven over de eventuele (on)wenselijkheid van de afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in Nederland. Een dergelijk (politek) waardeoordeel zal uiteraard door de Nederlandse wetgever zelf moeten worden gegeven. Alvorens nader in te gaan op de hiervoor beschreven hoofdvragen, zal eerst in kort bestek inzicht worden gegeven in het begrip eigendom in het algemeen, en de onteigening, het zelfrealisatiebeginsel en andere instrumenten ter bevordering van het ruimtelijke ordeningsbeleid in Nederland in het bijzonder (de paragrafen 2 en 3).

2. Eigendom en onteigening

Het eigendomsrecht neemt in de Westerse samenlevingen al geruime tijd een belangrijke plaats in.² In 1948 is het recht op eigendom als universeel recht erkend in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties.³ Ook in de Nederlandse

¹ Het EVRM is voor Nederland in werking getreden op 3 september 1953. De later aan de oorspronkelijke verdragstekst toegevoegde protocollen maken integraal onderdeel uit van het EVRM.

² Zie hierover bijvoorbeeld E.A. Alkema, 'The concept of property – In particular in the European Convention on Human Rights', in: J.P. Loof, H. Ploeger en A. van der Steur (red.), *The right to property, The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing, 2000, pp. 17 – 20.

³ Artikel 17 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens luidt (Nederlandse vertaling): "1. Een ieder heeft recht op eigendom, hetzij alleen, hetzij tezamen met anderen. 2. Niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd."

Grondwet (GW) is het recht op eigendom erkend, thans als grondrecht in artikel 14 GW.⁴ Het eigendomsrecht is in de huidige Grondwet niet als een absoluut recht omschreven. De maatschappelijke realiteit, waarin de ruimtelijke ordening een belangrijke rol speelt in een relatief klein land als Nederland, heeft er toe geleid dat onteigening van eigendom door de Nederlandse Staat in het algemeen belang onder omstandigheden mogelijk moet zijn. Artikel 14 lid 1 GW bepaalt dan ook dat onteigening in het algemeen belang kan plaatsvinden bij of krachtens wet te stellen voorschriften tegen een vooraf verzekerde schadeloosstelling. Hiermee sluit artikel 14 GW aan bij het voor Nederland geldende EVRM, met name artikel 1 EP. Het EVRM en het eerste protocol van het EVRM hebben trouwens gelding boven alle Nederlandse wetten, dus ook boven de Nederlandse Grondwet (zie artikel 94 GW). Artikel 1 EP luidt als volgt (Nederlandse vertaling):

“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.”

De (originele) Engelse tekst van artikel 1 EP luidt overigens:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

Ook het EVRM waarborgt derhalve in beginsel het recht op eigendom (eerste volzin van artikel 1 EP). In de tweede volzin van artikel 1 EP wordt dit recht echter, evenals in artikel 14 lid 1 GW, gerelativeerd. Onteigening is volgens de tekst van artikel 1 EP toegestaan als daarmee een algemeen belang is gediend en de voorwaarden voor onteigening zijn vastgelegd in een nationale wet en de onteigening niet in strijd is met de algemene beginselen van internationaal recht. Deze relativisering van het recht op eigendom in artikel 1 EP is van belang ten aanzien van de mogelijkheden van de Nederlandse Staat om tot onteigening over te gaan. De derde volzin van artikel 1 EP heeft niet zozeer betrekking op onteigening, maar op de regulering (beperking) van het gebruik van eigendom. De tweede en derde volzin van artikel 1 EP vormen een bijzonder toepassing van het algemene beginsel in de eerste volzin en moeten volgens het EHRM in het licht daarvan worden uitgelegd.⁵ Naar aanleiding van artikel 1 EP is

⁴ Artikel 14 GW luidt: “1. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften. 2. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is. 3. In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.”

⁵ Zie onder andere EHRM 23 september 1982 (Sporrong en Lönnroth v. Sweden), paragraaf 61 en EHRM 9 december 1994 (Holy Monasteries v. Greece), paragraaf 56.

er de afgelopen decennia een omvangrijke stroom jurisprudentie op gang gekomen. De belangrijkste en relevante aspecten van deze jurisprudentie in relatie tot de mogelijke afschaffing van het aan artikel 79 van de Onteigeningswet⁶ opgehangen zelfrealisatiebeginsel in Nederland worden besproken in paragraaf 4.

Hierboven is in algemene bewoordingen ingegaan op de ‘hogere’ wetgeving, zoals de Nederlandse Grondwet en het EVRM, die algemeen geformuleerde (grond)rechten geven. De omvangrijkste wet die de onteigening(sprocedure) in Nederland inhoudelijk regelt en die een uitwerking is van het grondwettelijke eigendomsrecht zoals weergegeven in artikel 14 GW, is de Nederlandse Onteigeningswet.⁷ Het gaat de reikwijdte van dit advies te buiten om een uitgebreide omschrijving te geven van de Onteigeningswet.⁸ Belangrijk in dit kader is dat de Onteigeningswet in artikel 77 bepaalt dat onteigening mogelijk is in het belang van de ruimtelijke ontwikkeling en de volkshuisvesting. Artikel 40 van de Onteigeningswet bepaalt dat er een volledige vergoeding van alle schade die de eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk lijdt vanwege de onteigening moet plaatsvinden. Het doel van de schadeloosstelling is dat de onteigende zowel wat betreft vermogen als inkomen ná de onteigening in een gelijkwaardige positie blijft als vóór de onteigening.⁹ De regeling in de Onteigeningswet sluit zodoende aan bij de vereisten voor onteigening zoals vastgelegd in artikel 14 lid 1 GW: (i) er is sprake van een (formeel) wettelijke bepaling (de Onteigeningswet), (ii) er is sprake van een algemeen belang (ruimtelijke ordening en volkshuisvesting) en (iii) er wordt een volledige schadevergoeding aan de onteigende gegarandeerd.¹⁰

3. Het zelfrealisatiebeginsel naar huidig Nederlands recht; andere instrumenten ter bevordering van het ruimtelijke orderingsbeleid van de gemeente

In de Nederlandse jurisprudentie is aan de hand van artikel 79 van de Onteigeningswet een specifiek beginsel ten aanzien van onteigening ontwikkeld, het zogenaamde recht op zelfrealisatie van de eigenaar. In artikel 79 van de Onteigeningswet wordt namelijk als voorwaarde voor onteigening de ‘noodzakelijkheid’ van de onteigening gesteld. Aan dit ‘noodzakelijkheidvereiste’ van onteigening is in beginsel niet voldaan indien een eigenaar een door de overheid gewenst project op zijn grond zelf kan en wil realiseren op de wijze waarop de overheid dat wil. Dit vereiste brengt echter ook een aantal beperkingen met zich mee: een eigenaar (particuliere partij) kan zich alleen op het zelfrealisatiebeginsel beroepen indien hij het door de desbetreffende overheid gewenste project even goed kan ontwikkelen als die overheid zelf, en precies datgene realiseert wat de overheid voor ogen heeft.

⁶ Artikel 79 van de Onteigeningswet luidt als volgt: “De onteigening ten name van de gemeente heeft plaats uit kracht van een besluit van de gemeenteraad. Dit besluit behoeft Onze goedkeuring. Alvorens te beslissen omtrent goedkeuring horen Wij de Raad van State. De goedkeuring kan worden onthouden indien de ingebrachte bedenkingen daartoe aanleiding geven, wegens het niet of onvoldoende gediend zijn van het volkshuisvestingsbelang, het ruimtelijke ontwikkelingsbelang of het publiek belang, of het onvoldoende aanwezig zijn van de noodzaak of de urgentie.”

⁷ Reeds in werking getreden in 1851, 28 augustus 1851, *Stb.* 125.

⁸ Zie voor een uitgebreide omschrijving van de Onteigeningswet bijvoorbeeld J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel en A.W. van Engen, *Onteigening*, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk.

⁹ J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel en A.W. van Engen, *Onteigening*, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk, p. 79.

¹⁰ Op de schadeloosstelling en de hoogte daarvan gaan mr. J. De Vries Robbé, mr. G. van der Feltz en mr. J.A.M.A. Sluysmans nader in (zie deelopdracht 2).

Wat zijn precies de vereisten voor een succesvol beroep op het zelfrealisatiebeginsel? De potentiële zelfrealisator moet immers naar huidig recht aan een aantal vereisten voldoen, wil hij een beroep kunnen doen op het zelfrealisatiebeginsel. Aan de hand van de Nederlandse jurisprudentie en de Koninklijke Besluiten (**KB's**)¹¹ dienaangaande kan worden vastgesteld dat de volgende omstandigheden van belang zijn:¹²

- (i) De grondeigenaar moet kunnen aantonen dat hij over voldoende kennis, financiële middelen en ervaring beschikt om het door de desbetreffende overheid (meestal de gemeente) gewenste project te realiseren. Daarnaast moet de eigenaar over voldoende percelen gronden binnen het plangebied bezitten en moeten deze percelen gronden voldoende aaneengesloten zijn om een integrale uitvoering van een bepaald planonderdeel of een complex te waarborgen. Aan deze vereisten kan de grondeigenaar ook voldoen door een overeenkomst af te sluiten met één of meerdere derde(n) (projectontwikkelaar(s)).
- (ii) De grondeigenaar moet zich bereid verklaren het project conform de wensen van de (locale) overheid uit te voeren. In geval van omvangrijke (infrastructurele) werken zoals de aanleg van wegen en spoorlijnen, zal onteigening altijd mogelijk zijn.
- (iii) Indien de grondeigenaar heeft aangetoond in staat en bereid te zijn zelf de op zijn grond rustende bestemming(en) te realiseren, ontnemt hij het doel (en de noodzaak) aan de geplande onteigening.
- (iv) Indien de overheid ter verwezenlijking van de betrokken bestemming(en) een andere vorm van planuitvoering wenst dan de eigenaar voor ogen staat, mag er alleen worden onteigend indien is aangetoond dat aan die andere vorm van planuitvoering in het publieke belang dringend behoefte bestaat. Het staat overigens in eerste plaats ter beoordeling van de desbetreffende (locale) overheid welke vorm van planuitvoering in het publieke belang geboden is en of de bereidheid of mogelijkheid tot zelfrealisatie niet bestaat. Met andere woorden, de Kroon en de rechter laten deze beoordeling(en) primair over aan de (locale) overheid en toetsen deze beoordeling(en) slechts marginaal: getoetst wordt slechts of de onteigenende overheid in redelijkheid tot deze keuze is gekomen.¹³
- (v) De grondeigenaar zal meestal bereid moeten zijn een exploitatieovereenkomst en/of samenwerkingsovereenkomst met de (locale) overheid te sluiten.
- (vi) De grondeigenaar zal in beginsel bereid moeten zijn de door hem gerealiseerde openbare voorzieningen zoals wegen en dergelijke na realisering tezamen met de onderliggende grond over te dragen aan de (locale) overheid.

Alvorens de onteigenende overheid een onteigeningsprocedure start, dient zij overleg te plegen met de potentieel onteigende en trachten hetgeen onteigend moet worden 'bij minnelijke overeenkomst' te verkrijgen (zie artikel 17 van de Onteigeningswet).

Overigens is onteigening niet het enige instrument van de (locale) overheid waarmee zij invloed kan uitoefenen op de (wijze van) ruimtelijke ontwikkeling. Een belangrijk instrument is daarnaast de Wet Voorkeursrecht Gemeenten (**Wvg**).¹⁴ Deze wet is met name in het leven geroepen om gemeenten bij de ruimtelijke ontwikkeling hun regisserende rol waar te laten maken. Een onderdeel van deze regisserende rol van de gemeente is actieve grondverwerving

¹¹ Onteigening ten behoeve van de gemeente vindt plaats uit kracht van een besluit van de gemeenteraad, dat bij Koninklijk Besluit (KB) dient te worden goedgekeurd (zie artikel 79 van de Onteigeningswet).

¹² Een duidelijke uiteenzetting van de vereisten voor zelfrealisatie wordt gegeven in een KB van 6 mei 2004, *BR* 2004, 975. Zie verder ook A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', *BR* 2002, nr. 1, pp. 17 – 18, J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel en A.W. van Engen, *Onteigening*, Serie Recht en Praktijk nr. 22, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk, pp. 29 – 31, F.A. Mulder, 'Zelfrealisatie, aanbesteding en onteigening', *De Gemeentestem*, 11 januari 2003, 2002, no. 7177, p. 2, P.S.A. Overwater, *Naar een sturend (gemeentelijk) grondbeleid*, een rapport geschreven in opdracht van VNO-NCW, AVBB en Neprom, november 1999, p. 19 en E. van der Schans, 'Onteigening, zelfrealisatie en de Hoge Raad', *BR* 2000, nr. 5, pp. 378 – 379.

¹³ Zie bijvoorbeeld KB 6 mei 2004, *BR* 2004, 975, HR 9 februari 2000, *BR* 2000, 429 (r.o. 4.2.1 en r.o. 4.2.2) en HR 27 oktober 1999, *AB* 2001, 13 en *BR* 2000, 424 (r.o. 3.3.2).

¹⁴ Zie voor een artikelsgewijze toelichting op de Wvg P.C.E. van Wijmen, *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*, Deventer: Kluwer, 1998.

door de gemeente.¹⁵ Op deze regiefunctie van de overheid bij ruimtelijk ontwikkelingsbeleid komen wij overigens hierna nog terug. Ingevolge de Wvg kunnen gemeenten onder de in de Wvg beschreven omstandigheden percelen grond aanwijzen die eerst door de eigenaar of rechthebbende ter verkoop aan de desbetreffende gemeente moeten worden aangeboden, alvorens kan worden overgegaan tot eventuele vervreemding door die eigenaar of rechthebbende aan een derde.¹⁶ Alleen percelen grond waaraan ingevolge een structuurplan of een bestemmingsplan een niet-agrarische bestemming is toebedacht of gegeven dan wel waarvan het gebruik afwijkt van het structuur- of bestemmingsplan, kunnen worden aangewezen als gronden waarop het voorkeursrecht van de gemeente geldt.¹⁷ Groot verschil met de onteigeningsprocedure is dat het voorkeursrecht geconstrueerd is als een aanbiedingsrecht, hetgeen betekent dat er niet hoeft te worden overgegaan tot verkoop maar dat er sprake is van vrijwillige verkoop.¹⁸ Ingevolge de Wvg kan ten aanzien van de waarde van het desbetreffende perceel grond, indien de vervreemder en de gemeente het daarover niet eens worden, advies worden gevraagd van een deskundige die door de rechter is benoemd.¹⁹

Tevens staan de gemeente instrumenten ter beschikking waarmee zij niet de grond in eigendom verwerft, maar waardoor zij wel de kosten voor openbare voorzieningen kan verhalen. Zo kan de gemeente baatbelasting heffen indien een in die gemeente gelegen onroerende zaak gebaat is door voorzieningen die tot stand worden gebracht of zijn gebracht door of met medewerking van het gemeentebestuur.²⁰ Overigens, indien het nieuwe wetsvoorstel met betrekking tot de grondexploitatie (op te nemen in de Wet op de Ruimtelijke Ordening) tot stand komt, zal kostenverhaal via de bouwvergunning in de plaats treden van de baatbelasting. De baatbelasting wordt wel gehandhaafd maar zal alleen dienen voor verhaal van kosten die niet via de bouwvergunning worden verhaald.²¹ Daarnaast kan een gemeente naar huidig recht door middel van het vaststellen van een zogenaamde grondexploitatieverordening de voorwaarden vastleggen waaronder zij medewerking zal verlenen aan de exploitatie van gronden, die in de nabije toekomst voor bebouwing in aanmerking komen.²² In de grondexploitatieverordening kan onder andere worden aangegeven welk aandeel van de kosten van voorzieningen van openbaar nut, waardoor bepaalde gronden worden gebaat, ten laste worden gebracht van deze gronden en de wijze waarop deze kosten over deze gronden worden omgeslagen.²³ In het nieuwe wetsvoorstel met betrekking tot de wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening inzake de grondexploitatie is de grondexploitatieverordening overigens geregeld in artikel 6.23 Wet op de Ruimtelijke Ordening en wordt dit instrument verder uitgebreid (zie hierna).²⁴ Let wel, de baatbelasting en de exploitatieverordening (oude stijl) zijn financiële instrumenten die uitgaan van het verhalen van kosten gemaakt ten behoeve van openbare voorzieningen. Deze regelingen hebben geen betrekking op de door de gemeente gewenste regiefunctie ten aanzien van de ruimtelijke ontwikkeling binnen de gemeente.

¹⁵ TK vergaderjaar 1994 – 1995, 24 235, nr. 3, pp. 3 – 5. Zie daarover ook P.C.E. van Wijmen, *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*, Deventer: Kluwer, 1998, pp. 4 – 6.

¹⁶ Artikel 10 Wvg.

¹⁷ Artikelen 2 en 8 Wvg.

¹⁸ Artikel 10 lid 1 Wvg, zie ook P.C.E. van Wijmen, *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 12.

¹⁹ Artikel 16 lid 1 Wvg.

²⁰ Zie artikel 222 van de Gemeentewet.

²¹ TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 4, p. 2.

²² Zie artikel 42 lid 1 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.

²³ Artikel 42 lid 2 Wet op de Ruimtelijke Ordening.

²⁴ TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 2, p. 6.

Een mogelijk toekomstig publiekrechtelijk instrument voor de gemeenten vloeit voort uit de hiervoor al even genoemde wetwijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening ten aanzien van de grondexploitatie. Dit wetsvoorstel is alleen toepasselijk met betrekking tot grondeigenaren met wie geen grondexploitatieovereenkomst kan worden afgesloten, en dient als de spreekwoordelijke ‘stok achter de deur’.²⁵ Vrijwillige samenwerking tussen gemeenten en marktpartijen blijft voorop staan. Indien partijen er echter vrijwillig niet uitkomen, kan de gemeente de door haar gemaakte kosten verhalen die in redelijkheid aan de locatie of het plan kunnen worden toegerekend. Het kostenverhaal vindt dan plaats via de bouwvergunning.²⁶ De gemeenteraad moet wel ten aanzien van de grondexploitatie een verordening vaststellen die in ieder geval de procedure regelt voor het sluiten van een grondexploitatieovereenkomst. Voor het geval er om welke reden dan ook geen grondexploitatieovereenkomst kan worden afgesloten met de grondeigenaar, kan het exploitatieplan eisen met betrekking tot kostenverhaal, locatie-eisen voor de inrichting van de openbare ruimte en de nutsvoorzieningen, en eisen voor het bouwrijp maken van de grond geven.²⁷ Indien de kosten via een grondexploitatieovereenkomst zijn verhaald, is verhaal via de bouwvergunning niet meer mogelijk. Vanaf het moment dat een exploitatieplan is opgezet wordt dit plan wel maatgevend, hetgeen betekent dat dit plan bij het sluiten van grondexploitatieovereenkomsten met andere grondeigenaren wel in acht moet worden genomen.²⁸ Ook dit wetsvoorstel ziet met name op kostenverhaal ten aanzien van een groot aantal mogelijke kostenposten van de gemeente (zie bijlage 3 van het voormelde wetsvoorstel),²⁹ maar heeft niet zozeer betrekking op versterking van de regiefunctie van de gemeente of de uiteindelijke hoogte van de prijs van de te bouwen woningen.

4. De mogelijkheid tot afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in Nederland in verband met artikel 1 EP

In de paragrafen 2 en 3 hiervoor zijn in kort bestek de algemene contouren van het eigendomsrecht, de onteigening, het zelfrealisatiebeginsel en enige andere beleidsinstrumenten inzake ruimtelijke ontwikkeling in Nederland gekenschetst. Met deze informatie in het achterhoofd, komt nu de kernvraag van dit advies aan bod: staat artikel 1 EP in de weg aan mogelijke afschaffing van artikel 79 van de Onteigeningswet en dus van het zelfrealisatiebeginsel? Voor beantwoording van deze vraag moet de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 1 EP worden bestudeerd.³⁰ Hierna zal dan ook de reikwijdte van artikel 1 EP, de criteria waaraan het EHRM toetst ter beoordeling of artikel 1 EP is geschonden, en de door het EHRM aan de bij het EVRM aangesloten nationale verdragsstaten gelaten beoordelingsvrijheid dienaangaande centraal staan. Deze paragraaf sluit af met een recente ontwikkeling die invloed kan hebben op het zelfrealisatiebeginsel: het Europese aanbestedingsrecht en de daaruit voortvloeiende beginselen van concurrentie en marktwerking binnen de Europese Unie (paragraaf 4.6).

²⁵ TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 4, p. 2.

²⁶ Voor de vraag welke kosten verhaald kunnen worden, zie TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 3, p. 14 en TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 3, pp. 54 – 55 (Bijlage 3). Het is de bedoeling dat de lijst met mogelijk te verhalen kosten worden vastgelegd in een Algemene maatregel van bestuur.

²⁷ TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 4, p. 2.

²⁸ TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 4, p. 2.

²⁹ TK vergaderjaar 2004 – 2005, 30 218, nr. 3, pp. 54 – 55 (Bijlage 3).

³⁰ De volledige teksten van de uitspraken waarnaar in dit advies wordt verwezen zijn allen te vinden via de website van het EHRM (HUDOC), www.whcr.coe.int. De uitspraken worden door het EHRM schriftelijk in het Engels of Frans (soms in een Engelse én Franse versie) weergegeven.

4.1 Het begrip ‘possessions’ in artikel 1 EP

Het begrip ‘possessions’ in artikel 1 EP (Engelse tekst)³¹ heeft een andere – bredere – betekenis dan het Nederlandse begrip ‘eigendom’.³² Het EHRM hanteert het begrip possession(s) autonoom (dat wil zeggen onafhankelijk van het nationale recht van de aangesloten verdragsstaten) en in ruime zin. Zo valt onder possessions niet alleen eigendom zoals gedefinieerd naar Nederlands recht (zie artikel 5:1 lid 1 BW) maar ook ‘*certain other rights and interests constituting assets*’.³³ Een possession kan derhalve ook betrekking hebben op een vermogensrecht. Hoewel het begrip possession nog niet geheel is uitgekristalliseerd in de Straatsburgse jurisprudentie, zijn er wel een aantal belangrijke hoofdlijnen aan te wijzen.³⁴ Voor de vraag of er sprake is van een possession is ten eerste van belang de economische waarde: alleen op geld waardeerbare rechten en belangen worden door artikel 1 EP beschermd.³⁵ Daarnaast moet het recht of belang met voldoende zekerheid vaststaan; er moet sprake zijn van legitieme verwachtingen (*legitimate expectations*).³⁶ Ook vorderingen kunnen een possession in de zin van artikel 1 EP zijn. Dit geldt als de vordering bij onherroepelijke (nationaal) rechterlijke uitspraak is erkend,³⁷ maar onder omstandigheden ook met betrekking tot nog niet finaal vaststaande gerechtelijke of arbitrale uitspraken.³⁸ Een uitspraak waarin het EHRM duidelijk ingaat op de *legitimate expectations* betreft die inzake *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*³⁹ waarin het EHRM in paragraaf 83 stelt:

³¹ In de Franse tekst: ‘biens’.

³² Artikel 5:1 lid 1 BW: “Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.”

³³ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 maart 1999 (*Iatridis v. Greece*), paragraaf 54: “The Court reiterates that the concept of “possessions” in Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision.” Zie ook EHRM 5 januari 2000 (*Beyeler v. Italië*), paragraaf 100: “The Government and the Commission were of the opinion that the applicant had never become the owner of the painting. In that connection the Court points out that the concept of “possessions” in the first part of Article 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision (see *Iatridis* cited above, § 54).”

³⁴ Zie dienaangaande ook de duidelijke uiteenzetting van advocaat-generaal Mok bij HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25, onder 7.1.5.

³⁵ A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *Rechtspraak en Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1998, aanvulling 33, 3-2002, pp. 4.1(3) en 4.1(4). Vergelijk EHRM 16 juni 1986 (*Van Marle and others v. the Netherlands*), paragraaf 41: “The Court agrees with the Commission that the right relied upon by the applicants may be likened to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their own work, the applicants had built up a clientèle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1). This provision was accordingly applicable in the present case.” Ook het hebben van een clientèle kan derhalve een possession in de zin van artikel 1 EP zijn.

³⁶ Zie EHRM 13 juni 1979 (*Marckx v. Belgium*), paragraaf 50, ten aanzien van artikel 1 EP: “(...) it does not guarantee the right to acquire possessions whether on intestacy or through voluntary dispositions.” Zie ook EHRM 29 november 1991 (*Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland*), paragraaf 51 “(...) Until it was rendered, the applicants had at least a legitimate expectation of being able to carry out their proposed development and this has to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), as a component part of the property in question.”

³⁷ EHRM 28 oktober 1999 (*Brumarescu v. Romania*), paragraaf 70.

³⁸ Vergelijk EHRM 9 december 1994 (*Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*), paragrafen 59 – 62 en EHRM 14 december 1999 (*Antonakopoulos, Vortsela and Antonakopoulou v. Greece*), paragrafen 30 en 31.

³⁹ EHRM 12 juli 2001, paragrafen 83 – 87.

“The Court notes that, according to the established case-law of the Convention organs, “possessions” can be “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of the survival of an old property right which it has long been impossible to exercise effectively cannot be considered as a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (...).”

Bij de legitieme verwachtingen speelt het nationale recht overigens wel een rol. Indien het nationale recht voorziet in een aanspraak op schadevergoeding, kan die schadevergoeding immers een possession zijn in de zin van artikel 1 EP.⁴⁰

Echter, de enkele hoop op, of verwachting van, toekomstig inkomen is onvoldoende voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP. Het gaat er om of de possession is verdiend of dat er een afdwingbare vordering bestaat en er daarom legitieme verwachtingen ten aanzien van dit recht of belang zijn ontstaan.⁴¹ Aan deze vereisten is volgens het EHRM redelijk snel voldaan. Loonvorderingen op de voormalig werkgever,⁴² vergoeding van direct door de rechter toegekende advocaatkosten na beëindiging van het rechtsgeding⁴³ en het intrekken van een horecaverunning terwijl de vergunninghouder de legitieme verwachting had dat de vergunning zou blijven gelden,⁴⁴ kunnen bijvoorbeeld allen situaties zijn waarin de verwachtingen een possession in de zin van artikel 1 EP scheppen.

Aan de hand van de hiervoor genoemde beginselen zijn ingevolge de jurisprudentie van het EHRM en zijn inmiddels opgeheven voorportaal, de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, onder andere de volgende rechten en belangen aangeduid als possessions in de zin van artikel 1 EP:⁴⁵

- de op basis van een in een publiek register opgenomen vergunning gerechtvaardigde verwachtingen dat een aangekocht stuk land zou mogen worden ontwikkeld voor industriële doeleinden,⁴⁶

⁴⁰ EHRM 13 december 2000 (Malhous v. Czech Republic), p. 18.

⁴¹ EHRM 29 januari 2001 (Ambruosi v. Italy), paragraaf 20: “The Court recalls that future income constitutes a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 only if it has been earned or where an enforceable claim to it exists (...).”

⁴² EHRM 25 oktober 2001 (Saggio v. Italy), paragraaf 25.

⁴³ EHRM 29 januari 2001 (Ambruosi v. Italy), paragraaf 21.

⁴⁴ EHRM 7 juli 1989 (Tre Traktörer Aktiefbolag v. Sweden), paragraaf 55: “(...) The Court finds, however, that the withdrawal of TTA's licence to serve alcoholic beverages in Le Cardinal constituted a measure of control of the use of property, which falls to be considered under the second paragraph of Article 1 of the Protocol (P1-1).”

⁴⁵ Zie voor een uitgebreide opsomming dienaangaande ook: T.Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Analyse op hoofdlijnen van artikel 1 EP en de Straatsburgse jurisprudentie, in: De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijke recht, Preadviezen 2004 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer, 2005, pp. 56 – 57, A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, Rechtspraak en Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1998, aanvulling 33, 3-2002, pp. 4.1(3) tot en met 4.1(8) en P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Den Haag: Kluwer Law International, 1998, pp. 619 – 625.

⁴⁶ EHRM 29 november 1991 (Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland), paragraaf 51: “(...) Like the Commission, the Court considers that this question must be answered in the affirmative. When Pine Valley purchased the site, it did so in reliance on the permission which had been duly recorded in a public register kept for the purpose and which it was perfectly entitled to assume was valid (see paragraphs 9 and 31 above). That permission amounted to a favourable decision as to the principle of the proposed development, which could not be reopened by the planning authority (see paragraph 29 above). In these circumstances it would be unduly

- een vergunning tot het schenken van alcoholische dranken,⁴⁷
- de (waarde van) aandelen in een vennootschap,⁴⁸ de verwatering van het bij aandelen behorende stemrecht is een aantasting van het eigendomsrecht,⁴⁹
- door (verplichte) bijdragen opgebouwde pensioenrechten, met dien verstande dat deze possession geen recht geeft op een pensioen van een bepaalde (onveranderlijke) omvang,⁵⁰
- een opgebouwde cliëntèle (goodwill),⁵¹
- een zekerheidsrecht,⁵²
- uit een pachtovereenkomst met de Staat voortvloeiende visrechten,⁵³
- een recht van erfpacht,⁵⁴
- een erfdiensbaarheid.⁵⁵

4.2 Toetsingscriteria van het EHRM in verband met artikel 1 EP

Dan volgt nu een beschrijving van de criteria aan de hand waarvan het EHRM toetst of er sprake is van een onteigening in strijd met het bepaalde in artikel 1 EP. Daarbij zijn drie criteria te onderscheiden: (i) de rechtmatigheid van de onteigening, (ii) het algemene belang van de onteigening (legitiem doel) en (iii) de proportionaliteit ('fair balance') tussen enerzijds het (algemene) belang van de onteigening en anderzijds de bescherming van het fundamentele recht op eigendom. Het EHRM gebruikt overigens ditzelfde toetsingskader ook bij de beoordeling of regulering van eigendom (dus niet onteigening) in strijd is te noemen met artikel 1 EP. Ook de regulering van eigendom komt aan bod in de hiernavolgende paragrafen. Opmerking verdient uiteraard dat de uitkomst van een, nog niet aan het EHRM voorgelegde, juridische vraag nooit met honderd procent zekerheid kan worden voorspeld. Wél kunnen de algemene beginselen uit de jurisprudentie van het EHRM worden weergegeven, en daaruit voorlopige conclusies worden getrokken.

4.3 Criterium 1: De rechtmatigheid van de onteigening

formalistic to hold that the Supreme Court's decision did not constitute an interference. Until it was rendered, the applicants had at least a legitimate expectation of being able to carry out their proposed development and this has to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), as a component part of the property in question (see, mutatis mutandis, the Fredin judgment of 18 February 1991, Series A no. 192, p. 14, para. 40)." EHRM 18 februari 1991 (Fredin v. Sweden), paragraaf 40: "The Court finds – and this point was not contested before it – that the revocation of the permit interfered with the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions, including the economic interests connected with the exploitation of the gravel pit (see, mutatis mutandis, the Tre Traktörer AB judgment of 7 July 1989, Series A no. 159, p. 21, § 53)."

⁴⁷ EHRM 7 juli 1989 (Tre Traktörer), paragraaf 53. Vergelijk ook de intrekking van een exploitatie-vergunning met betrekking tot een grindgroeve, EHRM 18 februari 1991 (Fredin v. Sweden), paragraaf 40.

⁴⁸ EHRM 7 november 2002 (Olczak v. Poland), paragraaf 60.

⁴⁹ EHRM 6 november 2002 (Sovtransavto Holding v. Oekraïne), paragraaf 98.

⁵⁰ EHRM 1 juni 1999 (Skorkiewicz v. Polen), p. 7.

⁵¹ EHRM 26 juni 1986 (Van Marle and others v. The Netherlands), paragraaf 41. Vergelijk ook EHRM 25 maart 1999 (Iatradis v. Greece), paragraaf 54.

⁵² EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dossier- und Fördertechnik v. The Netherlands), paragraaf 53.

⁵³ EHRM 21 mei 2003 (Posti and Rahko v. Finland), paragraaf 76.

⁵⁴ EHRM 21 februari 1986 (James and others v. United Kingdom).

⁵⁵ Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 13 december 1984 (S. v. United Kingdom), Decisions and Reports no. 41, p. 232.

Ten eerste moet een inbreuk op een possession (hierna gebruiken we voor het gemak ook de Nederlandse term eigendom(srecht)) ‘lawful’ zijn, hetgeen betekent dat de onteigening naar nationaal recht rechtmatig moet zijn en dat er geen sprake mag zijn van willekeur (‘not arbitrary’). Indien er geen nationale rechtsgrondslag is voor de onteigening, is de desbetreffende onteigening illegaal te noemen.⁵⁶ Zie bijvoorbeeld het EHRM in zijn uitspraak inzake *Iatridis v. Greece* (paragrafen 58 en 62):⁵⁷

“58. The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful: the second sentence of the first paragraph authorises a deprivation of possessions only “subject to the conditions provided for by law” and the second paragraph recognises that the States have the right to control the use of property by enforcing “laws”. (...) It follows that the issue of whether a fair balance has been struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights (see the *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 26, § 69) becomes relevant only once it has been established that the interference in question satisfied the requirement of lawfulness and was not arbitrary. (...)

62. The Court considers, like the Commission, that the interference in question is manifestly in breach of Greek law and accordingly incompatible with the applicant’s right to the peaceful enjoyment of his possessions. (...) There has therefore been a violation of Article 1 of Protocol No. 1.”

De nationale rechtsgrondslag tot onteigening moet wel voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar zijn. Zie het EHRM in zijn uitspraak inzake *Spacek s.r.o. v. The Czech Republic* (paragrafen 54, 57 en 60):⁵⁸

“54. The Court considers that when speaking of “law”, Article 1 of Protocol No. 1 alludes to the same concept to be found elsewhere in the Convention, a concept which comprises statutory law as well as case-law. It implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (...).

57. The Court further observes that, although intended for the public, neither the Rules nor the Regulations were published in full or announced in the Official Gazette in the form of a “decree” or “ruling”. They could not, therefore, constitute legislative or regulatory instruments binding on citizens and legal entities in general under the Official Gazette Act. The Court recalls, however, that the term “law” is to be understood in its substantive sense and not in its formal one (...).

60. The Court finds that the Regulations were adequately accessible and foreseeable, and concludes that the interference complained of had a sufficient legal basis in Czech law to comply with the requirements of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1.”

De nationale rechtsgrondslag hoeft derhalve niet altijd een formele wet te zijn, maar mag ook ‘lagere’ wetgeving of jurisprudentie zijn. Van belang is wel dat de nationale rechtsgrondslag voor onteigening toegankelijk, precies en voorzienbaar is voor de burgers. Zie bijvoorbeeld de

⁵⁶ Zie EHRM 17 mei 2005 (*Scordino v. Italy*), paragrafen 87 – 94 en 99 en de daar vermelde jurisprudentie van het EHRM.

⁵⁷ EHRM 25 maart 1999 (*Iatridis v. Greece*). Zie tevens EHRM 30 mei 2000 (*Carbonara and Ventura v. Italy*), paragrafen 62 en 72 en EHRM 23 november 2000 (*Former King of Greece v. Greece*), paragraaf 82: “The Court observes that it is in the first place for the domestic authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law and to decide on issues of constitutionality. Having regard to the judgment of the Special Supreme Court, the Court cannot find that Law no. 2215/1994 was unconstitutional. To sum up, the deprivation was provided for by law, as required by Article 1 of Protocol No. 1.”

⁵⁸ EHRM 9 november 1999 (*Spacek v. The Czech Republic*). Zie ook EHRM 30 augustus 2000 (*Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italy*), paragraaf 57.

uitspraak van het EHRM inzake *Beyeler v. Italy* (paragraaf 109), waarin het gebrek aan helderheid van een Italiaanse wet ter discussie stond.⁵⁹

“109. However, the principle of lawfulness also presupposes that the applicable provisions of domestic law be sufficiently accessible, precise and foreseeable (...). The Court observes that in certain respects the statute lacks clarity, particularly in that it leaves open the time-limit for the exercise of a right of pre-emption in the event of an incomplete declaration without, however, indicating how such an omission can subsequently be rectified. Indeed, this seems to have been implicitly acknowledged by the Court of Cassation in its judgment of 16 November 1995 (see paragraph 63 above). That factor alone cannot, however, lead to the conclusion that the interference in question was unforeseeable or arbitrary and therefore incompatible with the principle of lawfulness.”

Onduidelijkheid van de nationale rechtsgrondslag voor onteigening kan ook een element zijn ter beoordeling of de desbetreffende onteigening disproportioneel is te noemen, zie paragraaf 4.5 hierna. De interpretatie en toepassing van het nationale (onteigings)recht en de beslissing ten aanzien van de vraag of een dergelijke wet of regeling in overeenstemming is met de nationale constitutie, wordt primair overgelaten aan de nationale instanties (de nationale rechter).⁶⁰

De eis in artikel 1 EP ten aanzien van ‘voorwaarden voorzien in de algemene beginselen van internationaal recht’ heeft in de rechtspraak van het EHRM overigens nog geen zelfstandige rol gespeeld.⁶¹ Dit waarschijnlijk in verband met het feit dat deze beginselen alleen relevant en van toepassing zijn op onteigeningen ten aanzien van niet-onderdanen van de onteigende verdragsstaat.⁶² De tendens is in ieder geval om de verschillen tussen onderdanen en niet-onderdanen van de onteigende verdragsstaat te minimaliseren.⁶³ Onder omstandigheden is het gerechtvaardigd om een dergelijk onderscheid wel te maken, waarbij de niet-onderdaan verdergaand wordt beschermd dan de onderdaan van de onteigende verdragsstaat.

Indien de nationale wet (bijvoorbeeld de Nederlandse Onteigeningwet) voorziet in de afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel zal in ieder geval aan het eerste hier besproken criterium van artikel 1 EP zijn voldaan. Dit brengt ons bij het tweede criterium van artikel 1 EP, te weten de vraag of de inbreuk van het eigendomsrecht een legitiem oogmerk van algemeen belang heeft.

4.4 Criterium 2: Het algemeen belang van de onteigening

⁵⁹ EHRM 5 januari 2000 (*Beyeler v. Italy*).

⁶⁰ Zie EHRM 30 juni 2005 (*Jahn and others v. Germany*), paragraaf 86: “The Court does not consider this interpretation to have been arbitrary. It reiterates in that connection that it is in the first place for the domestic authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law and to decide on issues of constitutionality (...).”

⁶¹ Vergelijk P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International, 1998, pp. 636 – 638.

⁶² A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *Rechtspraak en Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1998, aanvulling 33, 3-2002, p. 4.1(16).

⁶³ Vergelijk P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International, 1998, p. 636. Zie ook EHRM 21 februari 1986 (*James and others v. United Kingdom*), paragraaf 62 en EHRM 8 juli 1986 (*Lithgow and others v. United Kingdom*), paragrafen 115 – 116).

De onteigening dient ingevolge de tekst van artikel 1 EP een algemeen belang te dienen. In de jurisprudentie van het EHRM is dit beginsel verder uitgewerkt. Daaruit blijkt dat de belangenafweging van de onteigenende overheid vrij ruim is, en dat het EHRM niet snel deze belangenafweging zal doorkruisen. De overheid heeft dienaangaande een – in de Engelse terminologie – ruime *margin of appreciation*. Het EHRM gaat met name na of er geen sprake is van onteigening voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid tot onteigening is verleend (het verbod van *détournement de pouvoir*, vergelijk artikel 3:3 van de Algemene Wet Bestuursrecht)⁶⁴ dan wel of er sprake is van een onteigening waarvoor duidelijk geen redelijke grond is te geven. Dat de (locale) overheid een ruime beoordelingsvrijheid heeft bij de vraag of er sprake is van een algemeen belang voor de onteigening, blijkt wel uit de uitspraak van het EHRM inzake *James and others v. United Kingdom*. In deze zaak stond een Engelse wet (de Leasehold Reform Act 1967) centraal die een long residential leaseholder (huurder/erfpachter van een woonhuis) die langdurig huurt (21 jaar of langer) onder omstandigheden het recht gaf om de zogenaamde “freehold” van de verhuurder/eigenaar te kopen.⁶⁵ Ingevolge deze wet werd de verhuurder/eigenaar onder omstandigheden verplicht om aan de verkoop van de freehold aan de long residential leaseholder medewerking te verlenen. Volgens de Britse regering was de omstandigheid dat een long residential leaseholder na afloop van de long lease periode zijn huis zonder vergoeding van de verhuurder/eigenaar aan de verhuurder/eigenaar moest afstaan maatschappelijk oneerlijk (zie de paragrafen 12 en 13 van *James and others v. United Kingdom*):

“12. Two principal forms of long lease of residential property exist. The first is a building lease, typically for 99 years, under which the tenant pays a “ground rent” – a low rent fixed by reference to the value of the bare site – and undertakes to erect a house on the site and in general also to deliver it up in a good repair at the end of the lease. The second is a premium lease where the tenant pays the landlord a capital sum of “premium” for a house provided by the landlord, and thereafter a rent. The duration of the lease is variable, as are the relevant proportions of premium and rent. According to evidence submitted to the Court, the premium charged will typically take into account the building cost and a appropriate profit element. (...) 13. (...) The lease, however, is a wasting asset. As a lease progresses, the value of the tenant’s interest in the property diminishes, whilst the value of the landlord’s interest increases. At the end of the lease, the tenant’s interest ceases to exist and the buildings, including improvements and repairs made, revert to the landlord without any compensation to the tenant. (...)”

De vraag was of deze verplichte vorm van verkoop van eigendom/freehold (verhuurde huizen) in strijd was met artikel 1 EP. Het EHRM achtte deze Leasehold Reform Act niet in strijd met artikel 1 EP. Het EHRM oordeelde dat de overheid een ruime vrijheid heeft ter beoordeling van hetgeen in het algemeen belang is, aangezien zij beter inzicht heeft in de nationale politieke, sociale en economische belangen dan het EHRM. In de paragrafen 46 – 48 van deze uitspraak leest men het volgende:⁶⁶

“46. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment both of the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property and of the remedial action to be taken (see, *mutatis mutandis*, the *Handyside* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, para. 48). Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national

⁶⁴ Vergelijk EHRM 9 december 1994 (Holy Monasteries), paragraaf 69.

⁶⁵ Engeland kent een geheel eigen systeem van ‘eigendom’ van grond, sterk afwijkend van het continentale begrip ‘eigendom’. Het gaat te ver om dit onderscheid in dit advies nader aan te duiden.

⁶⁶ EHRM 21 februari 1986.

authorities accordingly enjoy a certain margin of appreciation. Furthermore, the notion of "public interest" is necessarily extensive. In particular, as the Commission noted, the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgment as to what is "in the public interest" unless that judgment be manifestly without reasonable foundation. (...)

47. The aim of the 1967 Act, as spelt out in the 1966 White Paper, was to right the injustice which was felt to be caused to occupying tenants by the operation of the long leasehold system of tenure (...). The Act was designed to reform the existing law, said to be "inequitable to the leaseholder", and to give effect to what was described as the occupying tenant's "moral entitlement" to ownership of the house (ibid.). Eliminating what are judged to be social injustices is an example of the functions of a democratic legislature. More especially, modern societies consider housing of the population to be a prime social need, the regulation of which cannot entirely be left to the play of market forces. The margin of appreciation is wide enough to cover legislation aimed at securing greater social justice in the sphere of people's homes, even where such legislation interferes with existing contractual relations between private parties and confers no direct benefit on the State or the community at large. In principle, therefore, the aim pursued by the leasehold reform legislation is a legitimate one.

48. The applicants suggested that the 1967 Act was not enacted for purposes of public benefit but was in reality motivated by purely political considerations as a vote-seeking measure by the Labour Government then in office. The Court notes, however, that leasehold reform in England and Wales had been a matter of public concern for almost a century and that, when the 1967 Act was passed, enfranchisement was accepted as a principle by all the major political parties, although they expressed different views as to how it should be implemented (...). It was not disputed by the applicants that the main criticisms now made by them of the substantive provisions of the legislation were voiced at the time and fully debated in Parliament before being rejected (...). The Court does not find that such political considerations as may have influenced the legislative process, socio-economic legislation being bound to reflect political attitudes to a greater or lesser degree, precluded the objective pursued by the 1967 Act from being a legitimate one "in the public interest."

Daarbij overwoog het EHRM wel dat (zie paragraaf 40):

"a deprivation of property effected for no reason other than to confer a private benefit on a private party cannot be "in the public interest". Nonetheless, the compulsory transfer of property from one individual to another may, depending upon the circumstances, constitute a legitimate means for promoting the public interest."

Onteigening enkel ten behoeve van het tot stand brengen van een voordeel van een private persoon kan niet worden aangeduid als een onteigening in het publieke belang. Dat is op zich geen opvallende stelling name van het EHRM. Echter, de overdracht van eigendom van de ene private persoon naar de ander, kan onder omstandigheden een publiek belang hebben, afhankelijk van de onderliggende sociale, politieke en economische belangen van de onteigening. Interessant is wel dat het EHRM in gaat op de omstandigheid dat de grondslag voor de Leasehold Reform Act, te weten verbetering van de nadelige positie van de huurder (long leaseholder) door alle grote politieke partijen in Engeland (ook de oppositionele conservatieve partij) werd erkend en dat zij allen een oplossing voor dit probleem wilden. De oppositie was het overigens niet met de regering eens dat de Leasehold Reform Act de juiste oplossing bood (zie paragraaf 19):

"19. (...) During the Parliamentary proceedings, the (Conservative) Opposition accepted the principle, enunciating in their 1966 Election Manifesto, that there should be legislation "to allow ground leaseholders to buy or rent their houses on fair terms except where the property is to be developed", but they opposed the terms in the Bill as being confiscatory. They argued that the case for basing the price of enfranchisement solely on the site value rested on a wholly false argument that the house belonged to the leaseholder. In fact, he had only purchased a right to live in it for a specified period. Market prices should be paid for what belonged to the landlords."

Het EHRM zal derhalve niet snel oordelen dat een bepaalde inbreuk op eigendom (waaronder onteigening) geen legitieme doelstelling van algemeen belang nastreeft, ook al heeft het EHRM twijfels over deze doelstellingen.⁶⁷ Een duidelijk voorbeeld waarin het EHRM twijfels had over de legitieme doelstelling van het algemene belang ('*in the public interest*') dat tot onteigening leidde, maar toch oordeelde dat er sprake was van een toegestane nationale belangenafweging (van de Griekse Staat), was zijn uitspraak inzake de *Holy Monasteries v. Greece*.⁶⁸ Opmerking verdient wel dat dit een zeer specifieke zaak betrof, waarbij de nauwe relaties tussen de Griekse orthodoxe kerk en de Griekse staat en de historische ontwikkelingen in Griekenland een belangrijke rol speelden. Het betrof een Griekse wet die bewerkstelligde dat land in eigendom van Griekse kloosters onteigend werd ten behoeve van de Griekse Staat. De desbetreffende kloosters hadden vóór het ontstaan van de Griekse Staat in 1829 via giften in de loop der tijd de eigendom van deze grond gekregen. De doelstellingen van de onteigening waren onder andere het beëindigen van illegale verkoop van deze gronden, de ongecontroleerde ontwikkeling van deze gronden en het in gebruik geven van deze onteigende gronden aan boeren. Het EHRM overwoog ten aanzien van de doelstellingen van de onteigening het volgende (zie paragraaf 69):

"69. The Court notes that the explanatory memorandum to the bill, submitted to Parliament, sets out the reasons for the impugned measure: to end illegal sales of the relevant land, encroachments on it and the abandonment or uncontrolled development of it (...). The optional nature of the transfer of the use of the land to farmers or agricultural co-operatives (...) and the inclusion of public bodies among the beneficiaries of such transfers (section 2(1) of the Law) might inspire some doubt as to the reasons for the measures, but they cannot suffice to deprive the overall objective of Law no. 1700/1987 of its legitimacy as being "in the public interest"."

Naast de in deze uitspraak genoemde belangen heeft het EHRM zeer vele en uiteenlopende belangen en doelstellingen acceptabel geacht met betrekking tot het inbreuk maken of het ontnemen van iemands eigendom(srecht).⁶⁹ In een recente Duitse zaak met betrekking tot grondeigendom in voormalig Oost-Duitsland, waarbij de huidige bezitters van bepaalde percelen grond ook juridisch eigenaar werden, werd opnieuw geoordeeld dat de nationale overheden een heel ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot de 'algemeen belangafweging' hebben.⁷⁰ De Duitse regering had overigens wel een algemeen belang aan de door

⁶⁷ Vergelijk A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *Rechtspraak en Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1998, aanvulling 33, 3-2002, p. 4.1(17).

⁶⁸ EHRM 9 december 1994 (Holy Monasteries).

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 5 januari 2000 (Beyeler v. Italy) met betrekking tot het belang van toegang voor het publiek tot kunstwerken (paragrafen 111 en 112), EHRM 19 december 1989 (Mellacher and others v. Austria), betreffende de vaststelling van huurprijzen (paragraaf 47) en EHRM 7 augustus 1996 (Zubani v. Italy), inzake onteigening vanwege de bouw van sociale (goedkope) woningen (paragrafen 8 en 45).

⁷⁰ EHRM 30 juni 2005 (Jahn and others v. Germany), paragrafen 91 en 92: "The Court is of the opinion that, because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is "in the public interest". Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property. Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities, accordingly, enjoy a certain margin of appreciation. Furthermore, the notion of "public interest" is necessarily extensive. In particular, the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues. The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgment as to what is "in the public

haar uitgevaardigde wetgeving ten grondslag gelegd. In casu ging het om de ongedaanmaking en correctie van Oost-Duitse wetgeving.⁷¹

In het kader van *regulering* (geen onteigening) van eigendom is interessant de uitspraak inzake *Allan Jacobsson v. Sweden*. Uit deze uitspraak blijkt dat de overheid een ruime beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van de regulering van gedetailleerd ruimtelijke ordeningsbeleid.⁷²

“Like the Commission, the Court considers that the applicant cannot reasonably have been unaware of the state of the law when he bought the property. Furthermore, he has at all times been able to continue to live on the property on the same conditions as when he bought it. His allegation that the building prohibitions have prevented him from repairing his home has not been substantiated: minor repairs were permitted (...) and no application seems to have been made for any exemption to carry out major ones. In addition, prohibitions were only valid for one year with the possibility of renewal for periods of two years each. The need to maintain them was thus examined at regular intervals. Again, exemptions could be granted where the planning procedure would not be obstructed (...). These procedures provided a possibility for weighing the public interest against that of the individual. It has not been in dispute that the planning situation in the area where the applicant's property is located has been very complex (...). Having regard to what has been set out above (...) and to the margin of appreciation enjoyed by the State under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), the Court concludes, albeit concerned like the Commission by the long duration of the impugned prohibitions, that they cannot be considered disproportionate to the requirements of the municipality's legitimate aim of planning the area.”

Wat betreft de regulering van eigendom kan overigens worden opgemerkt dat bij de beoordeling of de regulering in strijd is met artikel 1 EP grotendeels gelijk is met die van de beoordeling of de onteigening in strijd is met artikel 1 EP.⁷³ Ook in geval van regulering moet sprake zijn van een wettelijke basis, een algemeen belang en de proportionaliteit van het te bereiken doel van de regulering en de inperking van de gebruiksmogelijkheden van de eigendom (*fair balance*). In het algemeen zal het EHRM de beoordeling van de vraag of de regulering van eigendom in het publieke belang is door de regulerende overheidsinstantie respecteren, tenzij deze beoordeling volstrekt zonder redelijke onderbouwing is.⁷⁴ Regulering

interest” unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *James and Others*, cited above, p. 32, § 46; *The Former King of Greece*, cited above, § 87; and *Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic*, no. 46129/99, § 67 *in fine*, ECHR 2002-XI). The same applies necessarily, if not *a fortiori*, to such radical changes as those occurring at the time of German reunification, when the system changed to a market economy. 92. Agreeing as it does with the Chamber's opinion on that point (§§ 80-81), the Court has no reason to doubt that the German legislature's determination to liquidate the property matters arising from the land reform and correct the – in its view unfair – effects of the Modrow Law was “in the public interest”.”

⁷¹ EHRM 30 juni 2005 (*Jahn and others v. Germany*), paragraaf 90: “The Government contended that the interference in question pursued an aim in the public interest, which was to clarify the position regarding ownership of land that had been acquired under the land reform. To that end the German legislature had had to remedy the loopholes and correct the injustices of the Modrow Law, which had failed to take account of the fact that very often the GDR authorities had not applied their own rules correctly.”

⁷² EHRM 25 oktober 1989, paragrafen 61 – 63.

⁷³ Vergelijk A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *Rechtspraak en Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1998, aanvulling 33, 3-2002, p. 4.1(11).

⁷⁴ EHRM 19 december 1989 (*Mellacher and others v. Austria*), paragraaf 45, EHRM 28 september 1995 (*Spadea and Scalabrino v. Italy*), paragraaf 29 en EHRM 28 september 1995 (*Scollo v. Italy*), paragraaf 28. Zie in de uitspraak *Scollo v. Italy* paragraaf 28: “(...) The Court will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (...).” In casu werd een Italiaanse wet die tijdelijk uitzetting van huurders verbood door het EHRM in het algemeen belang geacht (zie

van eigendom in verband met het ruimtelijke ordeningsbeleid of het huisvestingsbeleid zal door het EHRM al snel als ‘in het algemene (publieke) belang’ worden beoordeeld.⁷⁵ Dit betekent niet dat er nooit sprake kan zijn van een inbreuk van artikel 1 EP:⁷⁶ de onteigening of maatregel kan immers disproportioneel zijn, zie paragraaf 4.5 hierna.

In uitzonderlijke gevallen, waarin inbreuk op eigendom evident onredelijk was, oordeelde het EHRM dat de inbreuk op het eigendomsrecht geen doelstelling in het algemeen belang diende. Bijvoorbeeld: (i) een nationale rechter had een inbreuk van eigendom (illegale bezetting van een terrein) als illegaal beoordeeld en zag geen algemeen publiek belang voor deze inbreuk⁷⁷ en (ii) de overheid had een onroerende zaak volstrekt onrechtmatig als politiebureau in gebruik genomen.⁷⁸ In deze laatste zaak oordeelde het EHRM dat er geen werkelijk (‘*genuine*’) algemeen belang was voor de desbetreffende onteigening.⁷⁹

Gezien de ruime beoordelingsvrijheid van de overheid ten aanzien van het onderliggende algemene (publieke) belang van de onteigening, zal afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel door het EHRM niet heel snel in strijd met artikel 1 EP worden geacht. Aangezien onteigening in het kader van het ruimtelijke ordeningsbeleid van de overheid zonder al te veel moeite onder de noemer van politieke, economische of sociale (wenselijke) belangen is te brengen, zal het EHRM niet snel oordelen dat een onteigening in het kader van het realiseren van een nieuwbouwproject niet in het algemeen belang heeft plaatsgevonden. De onteigening hoeft niet noodzakelijk te zijn. Ook een door de overheid wenselijk geachte belang van onteigening valt onder de door het EHRM gegeven ruime beoordelingsvrijheid van de (nationale) overheidsinstanties. De beoordeling dienaangaande ligt primair bij de nationale

paragraaf 30): “Like the Commission, the Court observes that the legislative provisions suspending evictions during the period from 1984 to 1988 were prompted by the need to deal with the large number of leases which expired in 1982 and 1983 and by the concern to enable tenants affected to find acceptable new homes or obtain subsidised housing. To have enforced all evictions simultaneously would undoubtedly have led to considerable social tension and jeopardised public order.” Vanwege andere omstandigheden werd in casu overigens wel geoordeeld dat er sprake was van disproportionaliteit tussen het te bereiken doel van de wet en de belangen van verhuurder Scollo.

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 december 1989 (Mellacher and others v. Austria). Zie ook EHRM 2 juli 2002 (Motais De Narbonne v. France). In deze zaak werd vastgesteld dat de onteigening vanwege ontwikkeling van het perceel grond en ter uitvoering van sociaal beleid (paragraaf 18: “(...) en vue de la constitution de réserves foncières destinées a l’habitat tres social (...)”) in het algemeen belang was. Er was in casu overigens wel sprake van een schending van artikel 1 EP aangezien de autoriteiten na 19 jaar de grond nog niet had bebouwd, de grond gedurende die tijd in waarde was gestegen en de oorspronkelijk betaalde vergoeding thans niet meer afdoende was (disproportionaliteit).

⁷⁶ Zoals bijvoorbeeld in EHRM 28 september 1995 (Scollo v. Italy), paragraaf 40: “The Court concludes that, by adopting emergency measures and providing for certain exceptions to their application (...), the Italian legislature was reasonably entitled to consider, having regard to the need to strike a fair balance between the interests of the community and the right of landlords, and of the applicant in particular, that the means chosen were appropriate to achieve the legitimate aim. However, the restricting of Mr Scollo’s use of his flat resulting from the competent authorities’ failure to apply those provisions was contrary to the requirements of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1). It follows that there has been a breach of that Article (P1-1).”

⁷⁷ EHRM 30 augustus 2000 (Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italy), paragrafen 61 en 62. De regionale Toscaanse bestuursrechter had in casu geconstateerd dat het door de overheid uitgevoerde werk op de onteigende grond gevaarlijk was en niet in het publieke belang. Daarnaast had de Toscaanse bestuursrechter het onteigeningsbesluit vanwege procedurele fouten als onwettig beoordeeld.

⁷⁸ EHRM 19 september 2001 (Zwierzynski v. Poland), paragrafen 72 en 73. In casu werd een pand als politiebureau gebruikt, ondanks het feit dat een administratieve beslissing met terugwerkende kracht de eigendomstitel van de appellant ten aanzien van dit pand had hersteld (het pand was in de jaren ’50 door de Poolse overheid onteigend).

⁷⁹ EHRM 19 september 2001 (Zwierzynski v. Poland), paragraaf 72: “(...) It cannot discern in the present case any genuine “public interest” that would justify a deprivation of possessions.”

overheidsinstanties, en niet zozeer bij het EHRM. Daar komt bij dat in een klein en druk bevolkt land als Nederland juist de lokale overheid, en niet het EHRM, de instantie bij uitstek is die kan beoordelen of onteigening in het kader van het ruimtelijke ordeningsbeleid noodzakelijk is op grond van economische, sociale en politieke belangen. Evidente onredelijke gevallen van eigendomsinbreuk of onteigening worden door het EHRM wél in strijd geacht met artikel 1 EP. De overheid zal echter in het concrete geval van onteigening wel enig algemeen belang voor de onteigening moeten kunnen aantonen. Dit mede in verband met het hierna te bespreken criterium: de afweging van het algemeen belang van de onteigening ten opzichte van de last die de onteigening voor de onteigende met zich meebrengt. Onteigening *sec*, zonder enig publiek belang, is in strijd met artikel 1 EP. In de analyse hierna in paragraaf 4.5 wordt nader ingegaan op de vraag welke algemene belangen aan de onteigening ten grondslag zouden kunnen liggen indien de eigenaar het project zelf kan realiseren.

4.5 Criterium 3: De proportionaliteit van de onteigening ten opzichte van de inbreuk op het recht op eigendom ('*fair balance*')

Het derde en laatste criterium waaraan onteigening (en regulering van eigendom) moet voldoen, wil zij niet in strijd komen met artikel 1 EP is: de onteigening moet proportioneel zijn ten opzichte van de door de onteigening tot stand gekomen inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar. Met andere woorden, er dient een behoorlijk evenwicht (*fair balance*) tussen enerzijds het algemene gemeenschapsbelang dat ten grondslag ligt aan de onteigening en anderzijds de schending van het fundamentele recht op eigendom van het individu te zijn. Uit de jurisprudentie van het EHRM komt naar voren dat dit vereiste vaak de belangrijkste toets is ter beoordeling of het eigendomsrecht van een eigenaar op grond van artikel 1 EP is geschonden. Aan de voorafgaande voorwaarden 'bij nationale wet voorzien' en 'in het algemeen belang' is immers volgens de rechtspraak van het EHRM al redelijk snel voldaan. De onduidelijkheid van de wet (of lagere wetgeving of jurisprudentie) kan overigens wel een rol spelen bij proportionaliteitsafweging, zie paragraaf 110 van de uitspraak inzake *Beyeler v. Italy*.⁸⁰

"110. The Court is, nonetheless, required to verify that the manner in which domestic law is interpreted and applied – even where the requirements have been complied with – does not entail consequences at variance with the Convention standards. From that stance, the element of uncertainty in the statute and the considerable latitude it affords the authorities are material considerations to be taken into account in determining whether the measure complained of struck a fair balance."

De onduidelijkheid van de wet dan wel de onduidelijkheid over de reikwijdte van de wet die voorziet in onteigening, kan één van de elementen zijn waardoor wordt geoordeeld dat de belangenafweging disproportioneel is en daarom de onteigening in strijd is met artikel 1 EP.

In *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁸¹ stelde het EHRM dat (paragraaf 69):

"the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general

⁸⁰ EHRM 5 januari 2000 (*Beyeler v. Italy*).

⁸¹ EHRM 23 september 1982.

interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (...). The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1)."

De fair balance toets wordt als standaard zowel toegepast op gevallen van onteigening als van regulering van eigendom. Zie in geval van onteigening bijvoorbeeld de uitspraak inzake *Holy Monasteries v. Greece* van het EHRM (paragraaf 70).⁸² De *margin of appreciation* ter beoordeling of er sprake is van een *fair balance* tussen enerzijds de maatschappelijke doeleinden van de eigendomsontneming en anderzijds de *individual and excessive burdens* (individuele en buitensporige last) die de onteigende vanwege de onteigening draagt, varieert. In het algemeen kan worden gezegd dat het EHRM indringender toetst indien daadwerkelijk sprake is van onteigening dan wanneer de uitoefening van het eigendom(srecht) slechts wordt gereguleerd.⁸³

Het EHRM heeft de fair balance toets in geval van onteigening verder uitgewerkt. In de literatuur is ten aanzien van de fair balance toets door het EHRM een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende beginselen. Ten eerste dient er een *formele bescherming* te zijn van het eigendomsrecht, hetgeen betekent dat er een nationale procedurele waarborg moet zijn met betrekking tot de onteigening. Ten tweede biedt de fair balance toets ook een *materiële bescherming*. Deze materiële bescherming betreft bij onteigeningen vooral ook het recht op schadevergoeding.

De *formele bescherming* van de fair balance toets ziet met name op de omstandigheden dat (i) de onteigende geen of onvoldoende procedurele waarborgen omtrent de onteigening heeft gehad en (ii) de onteigende overheid procedureel onbehoorlijk heeft gehandeld. In de *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁸⁴ zaak bijvoorbeeld, konden de eigenaren geen rechtsmiddelen aanwenden om de looptijd van de machtiging tot onteigening waarover de gemeente beschikte te verkorten. Daardoor bleven de eigenaren lange tijd in het ongewis over (het tijdstip van) de mogelijke onteigening. Daarnaast konden de eigenaren geen vergoeding in rechte afdwingen ten aanzien van de waardedaling van de desbetreffende eigendom vanwege het bestaan van de machtiging tot onteigening. Het EHRM oordeelde dat sprake was van een '*individual and excessive burdens*' voor deze eigenaren.

In de zaak *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao and others v. Portugal*⁸⁵ stonden vorderingen tot schadevergoeding als gevolg van onteigeningen en nationalisaties die de Portugese staat had verricht in het kader van een hervormingspolitiek voor landbouwgrond in Portugal centraal (zie paragraaf 8 van deze uitspraak). Aangezien er na 24 jaar nog steeds geen definitieve schadevergoeding aan de onteigende was betaald en de onteigende naar

⁸² Paragraaf 70 luidt: "An interference with peaceful enjoyment of possessions must strike a "fair balance" between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see, among other authorities, the *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 26, para. 69). The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 (P1-1) as a whole (*ibid.*), including therefore the second sentence, which is to be read in the light of the general principle enunciated in the first sentence (...). In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions (...)."

⁸³ A.W. Heringa, 'Artikel 1 Eerste Protocol EVRM', in: A.W. Heringa, J.E. Hoitink, F.J. van Ommeren en R. Teuben (red.), *Eigendom in het milieurecht*, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht, 2001, pp. 23 – 27.

⁸⁴ EHRM 23 september 1982.

⁸⁵ EHRM 11 januari 2000, paragrafen 49 tot en met 55.

nationaal recht niet effectief daartegen op kon treden, was er sprake van een *special and excessive burden* voor de onteigende en daardoor van een *unfair balance*.⁸⁶ De laatste jaren zijn er vele soortgelijke (met name Turkse zaken) bij het EHRM aanhangig gemaakt, waarbij het uitstel van de (definitieve) schadevergoeding en de hoogte van de schadevergoeding ter discussie stonden.⁸⁷ Overigens, indien de onteigende heeft nagelaten om via het nationale rechtssysteem een inbreuk op zijn eigendomsrecht ongedaan te maken of schadevergoeding te vorderen, is er volgens het EHRM geen verstoring van het behoorlijke evenwicht (*fair balance*). Het EHRM is op dit punt vrij strikt.⁸⁸

De *materiële bescherming* van de fair balance toets betreft maatregelen die gezien hun aard of inhoud als strijdig met artikel 1 EP zijn te beschouwen.⁸⁹ Dit zijn vaak maatregelen die het eigendomsrecht beperken. Als voorbeeld kan worden genoemd een Franse wet die op eigenaars van kleine percelen grond de verplichting legde te dulden dat het recht om te jagen op hun percelen grond werd overgedragen aan een lokale jachtvereniging, waarvan de landeigenaren van rechtswege, dus gedwongen, lid werden.⁹⁰ In de *James and others v. United Kingdom*⁹¹ uitspraak oordeelde het EVRM dat de fair balance toets een evenredigheidstoets met zich brengt. In paragraaf 50 van deze uitspraak leest men:

“(…) Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized (see, amongst others, and mutatis mutandis, the above-mentioned Ashingdane judgment, Series A no. 93, pp. 24-25, para. 57). This latter requirement was expressed in other terms in the Sporrang and Lönnroth judgment by the notion of the "fair balance" that must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (Series A no. 52, p. 26, para. 69).⁹² The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear "an individual and excessive burden" (...).”

De onteigende mag derhalve geen ‘*individual and excessive burden*’ dragen vanwege de onteigening. In *James and others v. United Kingdom* ging het om een ‘Leasehold Reform

⁸⁶ Paragraaf 54 van deze uitspraak luidt: “(…) In any event, even though provisional compensation has been paid, the fact remains that the applicants continue to be faced with uncertainty. It is that uncertainty, coupled with the lack of any effective domestic remedy for rectifying the situation, that leads the Court to find that the applicants have already had to bear a special and excessive burden which has upset the fair balance which has to be struck between the demands of the public interest and the protection of the right to peaceful enjoyment of possessions.”

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 mei 2005 (*Eksinozlugil v. Turkey*), EHRM 14 april 2005 (*Emrullah Hattatoglu v. Turkey*) en EHRM 29 maart 2005 (*Kokol and others v. Turkey*).

⁸⁸ Zie EHRM 23 april 1996 (*Phocas v. France*), paragraaf 60.

⁸⁹ Vergelijk A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *Rechtspraak en Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1998, aanvulling 33, 3-2002, pp. 4.1(20-21).

⁹⁰ EHRM 29 april 1999 (*Chassagnou and others v. France*), paragraaf 85: “(…) Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision.”

⁹¹ EHRM 21 februari 1986.

⁹² Vergelijk ook paragraaf 73 van de *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* uitspraak van het EHRM van 23 september 1982: “Being combined in this way, the two series of measures created a situation which upset the fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest: the Sporrang Estate and Mrs. Lönnroth bore an individual and excessive burden which could have been tendered legitimate only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation. Yet at the relevant time Swedish law excluded these possibilities and it still excludes the second of them.”

Act' die, zoals eerder vermeld, bepaalde dat een langdurig huurder (erfpachter) onder omstandigheden het gehuurde mocht kopen tegen de getaxeerde waarde. Het EHRM achtte dergelijk regelgeving niet in strijd met artikel 1 EP. De omstandigheid dat er andere oplossingen mogelijk zijn, staat op zichzelf niet aan onteigening in de weg, maar is slechts één van de factoren ter bepaling of de onteigening in strijd is met artikel 1 EP. Met andere woorden, ook al is het doel van de onteigening ook op andere wijze(n) te bereiken – derhalve zonder onteigening – dan is die constatering alleen niet voldoende om te stellen dat de onteigening in strijd is met artikel 1 EP. Het EHRM verwoordde dit in *James and others v. United Kingdom* als volgt (paragraaf 51):

“(…) It is, so the applicants argued, only if there was no other less drastic remedy for the perceived injustice that the extreme remedy of expropriation could satisfy the requirement of Article 1 (P1-1). This amounts to reading a test of strict necessity into the Article, an interpretation which the Court does not find warranted. The availability of alternative solutions⁹³ does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a "fair balance". Provided the legislature remained within these bounds, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way (...). The occupying leaseholder was considered by Parliament to have a "moral entitlement" to ownership of the house, of which inadequate account was taken under the existing law (see the extracts from the 1966 White Paper quoted above at paragraph 18). The concern of the legislature was not simply to regulate more fairly the relationship of landlord and tenant but to right a perceived injustice that went to the very issue of ownership. Allowing a mechanism for the compulsory transfer of the freehold interest in the house and the land to the tenant, with financial compensation to the landlord, cannot in itself be qualified in the circumstances as an inappropriate or disproportionate method for readjusting the law so as to meet that concern.”

Voor een belangrijk deel ziet de materiële bescherming van de fair balance toets op het recht op, en de omvang van, de vergoeding van de schade geleden door de onteigening.⁹⁴ Hieromtrent zijn zeer veel zaken aangespannen bij het EHRM. Als er geen sprake is van schadevergoeding, is een onteigening normaliter in strijd met artikel 1 EP.⁹⁵ Alleen in zeer uitzonderlijke situaties behoeft onder artikel 1 EP geen vergoeding te worden gegeven vanwege de onteigening.⁹⁶ Artikel 1 EP garandeert niet een recht op volledige schadevergoeding in alle gevallen, aangezien legitieme doelen in het algemeen belang met zich mee kunnen brengen dat er geen volledige schadevergoeding plaatsvindt.⁹⁷ Ook ten

⁹³ Deze alternatieve oplossingen waren bijvoorbeeld het geven van zekerheid betreffende de huur/erfpacht. Zie bijvoorbeeld paragraaf 16 van de uitspraak: “(…) They did, however, recommend that occupying tenants of houses under a certain retable value should have security of tenure under the Rent Acts.”

⁹⁴ EHRM 30 juni 2005 (*Jahn and others v. Germany*), paragraaf 111: “As the Court has stated above (...), a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances.”

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 23 november 2000 (*Former King of Greece v. Greece*), paragraaf 89: “(…) In this connection, the Court has already found that the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances (see the *Holy Monasteries v. Greece* judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A, p. 35, § 71).”

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 30 juni 2005 (*Jahn and others v. Germany*), paragraaf 117: “Having regard to all the foregoing considerations and taking account, in particular, of the uncertainty of the legal position of heirs and the grounds of social justice relied on by the German authorities, the Court concludes that in the unique context of German reunification, the lack of any compensation does not upset the “fair balance” which has to be struck between the protection of property and the requirements of the general interest. There has therefore been no violation of Article 1 of Protocol No. 1.”

⁹⁷ Vergelijk EHRM 9 december 1994 (*Holy Monasteries v. Greece*), paragraaf 71, waar het EHRM stelt: “(…) In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will

aanzien van de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding hebben de verdragsstaten een bepaalde *margin of appreciation*.⁹⁸ Maar indien inderdaad kan worden vastgesteld dat de uitgekeerde vergoeding niet overeenkomt met de werkelijke waarde van het onteigende (het perceel grond), maakt een klacht van de onteigende bij het EHRM een goede kans.⁹⁹

Analyse

Na weergave van de door het EHRM naar aanleiding van artikel 1 EP ontwikkelde hiervoor beschreven (drie) criteria, is de kernvraag uiteindelijk: is het mogelijk om tot onteigening over te gaan indien de huidige eigenaar volledig in staat en bereid is precies datgene tegen een redelijke prijs te realiseren wat de onteigende overheid voor ogen staat? Juist in situaties waarin de eigenaar voldoet aan alle hierboven in paragraaf 3 vermelde vereisten, is het de vraag welk publiek (algemeen gemeenschaps) belang de onteigening dient en of de onteigening niet een onredelijke (disproportionele) last ten opzichte van de onteigende veroorzaakt.

Onteigening die door geen enkel publiek belang wordt gedragen, is strijdig met art. 1 EP, waarin dat algemeen belang als voorwaarde is gesteld. Er is dan bovendien geen sprake van een 'fair balance' tussen enerzijds de onteigening en anderzijds de inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar. Met andere woorden, de eigenaar wordt door de onteigening benadeeld terwijl voor deze benadeling geen enkel gemeenschappelijk belang aanwezig is. Ook in de (vergaande) uitspraak van het EHRM inzake *Holy Monasteries v. Greece* was er sprake van gemeenschappelijke (publieke) belangen voor de onteigening: het eindigen van illegale verkoop, het voorkomen van ongecontroleerde ontwikkeling van de gronden of juist het verlaten zijn van de gronden en de overdracht van de onteigende gronden aan boeren.¹⁰⁰ In de zaak *James and Others v. United Kingdom* bleek dat een wet die onder omstandigheden voorzag in onteigening van eigendom van verhuurders in Engeland en Wales door het EHRM

normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 (P1-1) only in exceptional circumstances. Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of "public interest" may call for less than reimbursement of the full market value (see the *Lithgow and Others v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, pp. 50-51, para. 121)."

⁹⁸ Naast de hiervoor vermelde zaak inzake *Holy Monasteries v. Greece* kan worden vermeld de uitspraak EHRM 8 juli 1986 (*Lithgow and others v. United Kingdom*), paragraaf 121.

⁹⁹ Vergelijk EHRM 5 september 2001 (*Platkou v. Greece*), paragrafen 56 en 57: "56. In the instant case, the Court notes that the compensation for the expropriation was assessed in the sum of GRD 30,000,000, the Greek State having argued before the domestic courts that the building was in very poor condition and a "ruin". However, the applicant produced to the Court an expert report dated 24 February 1993 from the Ministry of Culture describing her building as "a typical example of turn-of-the-century bourgeois architecture" and certifying it to be in very good condition. She also produced a report by a valuer dated 2 April 1993 in which the property (the land and the building) was valued at GRD 117,088,000 and a certificate from the Sparta Town Council, which, in 1990 had decided to purchase the building with a view to installing part of its services there. The mayor noted that "despite its high cost, the building in question had been chosen because of its central location and its special architectural and aesthetic interest". That purchase did not take place as the expropriation was ordered shortly afterwards. The final document produced by the applicant was a valuer's report dated 25 June 1999 in which the valuer certified under oath before the Sparta District Court that the then current value of the property was GRD 147,522,400. 57. In the light of that evidence, the Court considers that the applicant has discharged the burden of showing that the compensation for expropriation assessed by the domestic courts did not bear a reasonable relationship to the value of her property. Consequently, there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1."

¹⁰⁰ Zie paragraaf 69 van deze uitspraak.

niet in strijd met artikel 1 EP werd geacht. De nationale politieke, sociale en economische motieven die aan deze wet ten grondslag lagen, maakten dat deze wet niet in strijd was met artikel 1 EP. Kortom, enige rechtvaardiging van de onteigening moet worden gegeven. De regel dat in Nederland ‘altijd’ door (locale) overheden mag worden onteigend ‘in het kader van ruimtelijke ordening,’ zou te algemeen gesteld zijn. In sommige gevallen kan het algemeen belang immers ontbreken. Ook zal per geval moeten worden beoordeeld of de inbreuk op het eigendomsrecht niet disproportioneel is ten opzicht van de onteigende in vergelijking met het nagestreefde algemeen belang dat met de onteigening is gediend. De vraag of de onteigening in het algemeen belang geschiedt, wordt primair aan de overheid overgelaten. Het EHRM laat haar daarin een ruime beoordelingsmarge. Het algemeen belang zou bijvoorbeeld gevonden kunnen worden in de *regiefunctie* die de overheid voor zichzelf weggelegd ziet en die geacht kan worden het belang van de ruimtelijke ordening, economische en sociale ontwikkeling te dienen. Het verwerven van grond in eigendom kan de overheid helpen die regiefunctie optimaal waar te maken. Onder de regiefunctie vallen meerdere aspecten, welke aspecten treffend zijn weergegeven in de kamerstukken met betrekking tot de Wet Voorkeursrecht Gemeenten. Toen werd door de regering opgemerkt:

“Om de regie bij de samenwerking met de particuliere sector vlot te doen verlopen blijft het echter noodzakelijk dat gemeenten zich ook actief kunnen opstellen op de grondmarkt. Garanties dat de uitvoering door derden tijdig en kwalitatief voldoende tot stand zal komen zijn in de praktijk lastig te bedingen. Door een gericht verwervings- en uitgiftebeleid zijn gemeenten beter in staat de noodzakelijke woningbouwlocaties tijdig te (doen) realiseren. De gemeente kan immers als eigenaar van de gronden zelf bepalen welke planonderdelen, onder welke condities, op welk tijdstip en door welke marktpartijen kunnen worden uitgevoerd. Door tijdige verwerving kan de gemeente ook voorkomen dat grond in handen komt van particulieren die niet tot zelfuitvoering willen overgaan, maar de grond bijvoorbeeld uit speculatiemotieven in bezit willen nemen.”¹⁰¹

In deze regiefunctie van de overheid bij ruimtelijke ontwikkeling kan een algemeen belang worden gevonden, zelfs als er ook andere manieren zijn om deze regiefunctie te vervullen. Als een politieke keuze is gemaakt om de regiefunctie op een bepaalde, wellicht in de ogen van velen, (te) ver gaande wijze in te vullen, dan is het waarschijnlijk dat het EHRM deze politieke keuze in beginsel respecteert. De waardering van publieke belangen en de beoordeling van de noodzaak van een overheidsingreep zijn immers primair politieke beslissingen, die door het EHRM met grote terughoudendheid worden getoetst. Ook andere bijkomende motieven kunnen een rol spelen bij de beoordeling of onteigening in het publieke belang is, zoals het voorkomen van grondspeculatie¹⁰² (vergelijk ook de zaak *Holy Monasteries v. Greece*) en het versterken van marktwerking waardoor de huizenprijzen voor nieuwbouw omlaag zouden kunnen gaan. Mocht uit onderzoek (zie deelopdracht 4) blijken dat er geen verschil is ten aanzien van de prijs (en kwaliteit) van de gebouwde huizen tussen gevallen waarin sprake is van zelfrealisatie en gevallen waarin geen sprake is van zelfrealisatie, dan kan een klagende partij dat uiteraard naar voren brengen bij een eventuele procedure bij het EHRM. Ook het argument dat onteigening de machtspositie van de grootgrondbezitters/ontwikkelaars kan doorbreken, waardoor de overheid haar regiefunctie gemakkelijker en/of beter kan uitoefenen zodat daardoor de huizenprijzen van nieuw te bouwen woningen lager worden, lijkt dus een bijkomend argument van algemeen belang te zijn.

¹⁰¹ TK vergaderjaar 1994 – 1995, 24 235, nr. 3, p. 4.

¹⁰² Zie ook de argumentatie ten grondslag liggend aan de invoering van de Wvg, TK vergaderjaar 1994 – 1995, 24 235, nr. 3, pp. 4 en 5.

De vraag of er andere mogelijkheden zijn waarmee de overheid het gewenste ruimtelijke ordeningsbeleid kan realiseren, waarbij niet hoeft te worden onteigend, kan wel een rol van betekenis spelen bij de beoordeling of de onteigening disproportioneel is te noemen in de zin van artikel 1 EP. Dit betekent niet dat er altijd sprake is van disproportionaliteit indien er andere mogelijkheden zijn. Het is één van de omstandigheden die, afhankelijk van de overige betrokken algemene en individuele belangen, tot het oordeel kunnen leiden dat de onteigening niet beantwoordt aan het vereiste van een ‘fair balance’.

Het komt erop neer dat het EHRM niet alleen marginaal toetst of de overheid aan het aangevoerde publieke belang veel gewicht mag toekennen.¹⁰³ Het EHRM is ook terughoudend bij de toetsing aan wat wel eens het subsidiariteitsvereiste wordt genoemd. Dit vereiste is afkomstig uit theorieën (!) over proportionaliteit.¹⁰⁴ In die theorieën worden in de proportionaliteitstoetsing drie fasen onderscheiden. In de eerste fase toetst de rechter of de overheidsingreep *geschikt* is om het beoogde doel te bereiken. In de tweede fase toetst de rechter of de overheidsingreep noodzakelijk is om het doel te bereiken, of dat er minder ingrijpende middelen zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt (*subsidiariteit*). En in de derde fase toetst de rechter of de verhouding tussen doel en middelen evenwichtig is (*billijkheid*). Zou men deze driedeling consequent toepassen, dan zou een overheidsmaatregel al disproportioneel zijn indien zij niet geschikt is, of wanneer er minder ingrijpende manieren zijn om het doel te bereiken. Dat zou in het kader van de onteigening kunnen impliceren dat de mogelijkheid van zelfrealisatie, op een wijze die beantwoordt aan het doel dat de overheid in dat geval voor ogen staat, zich tegen onteigening verzet. Maar de jurisprudentie mag niet worden vereenzelvigd met een theorie. Uit de hierboven weergegeven jurisprudentie over artikel 1 EP menen wij te moeten afleiden dat het EHRM de genoemde driedeling van de proportionaliteitstoetsing misschien wel als beoordelingskader in gedachten houdt, maar er een invulling aan geeft die zeer veel ruimte laat aan de onteigende overheid. Het enkele feit dat er minder ingrijpende manieren zijn die in het concrete geval tot hetzelfde resultaat kunnen leiden, maakt de onteigening nog niet disproportioneel. De overheid wordt de ruimte gegeven om bijkomende redenen, ontleend aan het algemeen belang, aan de noodzaak tot onteigening ten grondslag te leggen. Als die bijkomende redenen een marginale redelijkheidstoets kunnen doorstaan, is het EHRM geneigd ze te respecteren.

Er zijn natuurlijk gevallen denkbaar waarin de overheid in redelijkheid niet aannemelijk kan maken dat er enig algemeen belang is gediend met een regiefunctie van de overheid. Wij denken daarbij met name aan zeer kleinschalige bestemmingen zonder noemenswaardige

¹⁰³ Vergelijk ook bijvoorbeeld EHRM 30 juni 2005 (Jahn and others v. Germany), paragraaf 93: “(...) In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 75, ECHR 1999-III). Nevertheless, the Court cannot abdicate its power of review and must determine whether the requisite balance was maintained in a manner consonant with the applicants' right to “the peaceful enjoyment of [their] possessions”, within the meaning of the first sentence of Article 1 of Protocol No. 1.” Ook uit deze recente uitspraak blijkt dus dat het EHRM wel in enige mate toetst of er sprake is van disproportionaliteit. Zie met name ook de paragrafen 114 tot en met 116 van deze uitspraak, waaruit blijkt dat het EHRM zelf de factoren op een rijtje zet waarom er in casu geen sprake is van doorbreking van de ‘fair balance’, ondanks de omstandigheid dat er geen schadevergoeding aan de eisers is uitbetaald.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld J.H. Jans, ‘Evenredigheid Revisited’, *SEW* 7/8 (2000), pp. 270 – 281; Evelyn Ellis (Ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, 1999, waarin W. van Gerven, ‘The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe’ (pp. 33 – 63); A.J.C. de Moor-Van Vugt, *Maten en gewichten Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.

uitstraling naar het overheidsbeleid, waarvan de eigenaar heeft aangetoond dat hij ze zelf kan realiseren conform de daarvoor ontwikkelde criteria. In dergelijke gevallen kan men zich voorstellen dat de overheid in redelijkheid niet meer kan volhouden dat er een algemeen belang met de onteigening is gediend. Maar dat neemt niet weg dat in normale gevallen kan worden aangenomen dat de sturing van het ontwikkelproces en de regie over de ruimtelijke ontwikkeling gediend kunnen zijn met de verwerving van eigendom door de overheid. Of dat ook economisch de verstandigste, politiek de meest wenselijke en sociaal de meest aanvaardbare methode is, zijn vragen die het EHRM in beginsel ter beoordeling van de nationale overheid laat. Het feit dat over die vragen een politieke discussie op wetgevingsniveau heeft plaatsgevonden, zal voor het EHRM een extra reden zijn om de gemaakte politieke keuzes in beginsel te respecteren.

Aan het vereiste van een fair balance zal in normale gevallen worden voldaan indien een publiek belang kan worden aangewezen en de onteigende een vergoeding ontvangt voor de werkelijke waarde van het perceel grond (zie over de schadevergoeding uitgebreid deelopdracht 2). De onteigende komt dan immers niet (financieel) in een slechtere situatie te verkeren in vergelijking met de situatie waarin niet zou worden onteigend. Toch zal er altijd (enig) algemeen belang aan de onteigening ten grondslag moeten liggen. Dit blijft, hoewel zeer marginaal getoetst door het EHRM, een apart vereiste bij de beoordeling of de desbetreffende onteigening in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 1 EP. Dit is niet heel verassend aangezien het 'algemeen belang'-vereiste immers ook is opgenomen in de tekst van artikel 1 EP zelf.

Daarnaast is er de vraag hoe de afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in zijn huidige vorm zou kunnen worden vastgelegd in een wettelijke bepaling. De algemene bepaling dat er altijd door de overheid mag worden onteigend ongeacht of er een publiek belang met de onteigening is gemoeid, zou in strijd zijn met het bepaalde in artikel 1 EP. Aangezien er toch enige mate van publiek belang bij de onteigening aannemelijk zal moeten zijn en de onteigening niet (geheel) disproportioneel mag zijn ten opzichte van de belangen van de eigenaar, zou ook een wettelijke bepaling dat onteigening *altijd* mogelijk is in het kader van het ruimtelijk orderingsbeleid, zonder rekening te houden met de mogelijkheid van zelfrealisatie in het concrete geval, in strijd zijn met artikel 1 EP. Artikel 1 EP lijkt toe te laten dat in de wet een bepaling wordt opgenomen volgens welke de noodzaak tot onteigening in het belang van de ruimtelijke ordening niet wordt weggenomen door het enkele feit dat de eigenaar aantoonde de beoogde bestemming zelf te kunnen realiseren, tenzij de overheid onder die omstandigheid geen enkel redelijk belang bij onteigening zou hebben.

4.6 De invloed van het Europese recht

In deze paragraaf staat de volgende vraag centraal: legt het Europese recht een zelfstandige verplichting op de Lidstaten van de Europese Unie waardoor de onteigenende overheid met verwijzing naar deze verplichting voortvloeiende uit het Europese recht over mag gaan tot onteigening? Oftewel, kan binnen de margin of appreciation die artikel 1 EP aan de onteigenende overheid geeft, als (aanvullend) argument gelden dat er onteigend mag worden juist om een opdracht – de bouw van een 'werk' – openbaar aan te kunnen besteden zodat meerdere partijen kunnen meedingen naar deze (overheids)opdracht?

Vooropgesteld moet worden dat de Europese regels bij het bouwen alleen gelden ingeval van een overheidsopdracht voor de uitvoering van een werk in de zin van de Richtlijn 2004/18/EG (de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken).¹⁰⁵ Ingevolge de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken zal elke overheidsopdracht voor werken¹⁰⁶ boven de drempel (thans 5.278.000 euro)¹⁰⁷ in concurrentie door de aanbestedende dienst, zoals een gemeente,¹⁰⁸ moeten worden aanbesteed. Bij het realiseren van een nieuwe woonwijk valt dan bijvoorbeeld te denken aan de aanleg van openbare werken zoals wegen (infrastructurele voorzieningen) en openbare gebouwen.

Indien een grondeigenaar een nieuwbouwproject, inclusief infrastructurale voorzieningen en/of openbare gebouwen, zelf als eigenaar wil realiseren kan er een probleem ontstaan indien de bouw van deze infrastructurale voorzieningen of openbare gebouwen op grond van de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken openbaar moeten worden aanbesteed (omdat de drempelwaarde wordt overschreden). Een belangrijke uitspraak met betrekking tot deze problematiek is die van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in een zaak met betrekking tot werkzaamheden aan het Scala theater in Milaan (de zogenaamde Scala-uitspraak).¹⁰⁹ In de Scala-uitspraak werd kort gezegd bepaald dat de Richtlijn Werken¹¹⁰ betreffende de coördinatie van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten met betrekking tot de uitvoering van werken waarop de Richtlijn Werken van toepassing is, zich verzet tegen nationaal wettelijke bepalingen op het gebied van stedenbouw volgens welke een infrastructurale voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan zonder inachtneming van de procedures van de Richtlijn Werken in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van het bedrag dat is verschuldigd uit hoofde van de bijdrage in de exploitatiekosten, waarvan de betaling is gekoppeld aan de verlening van de vergunning overeenkomstig die nationale wet. Uiteraard geldt dit alleen indien de waarde van de infrastructurale voorziening de drempel van 5.278.000 euro overschrijdt. Overheidsopdrachten voor werken met een waarde lager dan 5.278.000 euro vallen niet onder het bereik van de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken. Voor

¹⁰⁵ Richtlijn 2004/18/EG (*Pb* nr. L 134, p. 114) van 30 april 2004 van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken. Deze richtlijn en Richtlijn 2004/17/EG (*Pb* L 134, p. 1) van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de nutssectoren water, energie, transport en posten zijn thans in Nederland geïmplementeerd via het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen special sectoren.

¹⁰⁶ Artikel 1 lid 2 onder b van de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken definieert overheidsopdrachten voor werken als volgt: “overheidsopdrachten voor werken zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het onderwerp als de uitvoering van werken in het kader van één van de in Bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een “werk” is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.”

¹⁰⁷ Uit de Richtlijn 2004/18/EG (tweede considerans) en jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie kan de conclusie worden getrokken dat ook overheidsopdrachten voor werken met een waarde van onder de 5.278.000 euro, van enige omvang, op een passende wijze van openbaarheid onder de aandacht van potentiële opdrachtnemers moet worden gebracht. Zie de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 21 juli 2005, C-231/03 (Coname). Uit dit arrest blijkt dat bij toewijzing van de overheidsopdracht moet worden voldaan aan de eisen van transparantie (openbaarheid), zonder dat daar overigens de verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure uit volgt, zie het dictum van voormeld arrest. Maar dit terzijde.

¹⁰⁸ Zie artikel 1 onder b Richtlijn Werken en E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, 1999, tweede druk, p. 34.

¹⁰⁹ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 12 juli 2001, C-399/98.

¹¹⁰ Richtlijn 93/37/EEG, (*Pb* L. 199, p. 54). Thans vervangen door de Richtlijn 2004/18/EG (Leveringen, Diensten en Werken).

overheidsopdrachten onder voormelde drempel geldt echter, ingevolge de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, wel de zogenaamde transparantieplicht (openbaarheid). Uit deze transparantieplicht volgt overigens niet de verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure.¹¹¹ Ingevolge de Scala-uitspraak zou kunnen worden geconcludeerd dat, indien er sprake is van de bouw van een werk met een openbaar karakter ter waarde van 5.278.000 euro of meer en er overigens is voldaan aan de vereisten zoals vermeld in de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken (er is sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel enzovoorts), de plicht van de overheid tot openbare aanbesteding een noodzaak tot onteigening kan bewerkstelligen, zodat een grondeigenaar zich met betrekking tot de ontwikkeling van de infrastructurele voorzieningen en openbare gebouwen niet meer op het zelfrealisatiebeginsel kan beroepen.¹¹² Dat de onteigenende Nederlandse overheid de Europese aanbestedingsregels als algemeen belang voor de onteigening *mag* aanvoeren (zodat er een noodzaak is tot onteigening), lijkt gezien de marginale toetsing van het EHRM voor de hand liggend. De vraag of een aanbestedende overheid ook *verplicht* is om, boven de drempelwaarde, op grond van de openbare aanbestedingsregels van de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken over te gaan tot onteigening, ook indien de huidige eigenaar het project zelf kan realiseren, is een ander. Deze vraag is niet geheel met zekerheid te beantwoorden.¹¹³ Het is immers niet zeker of de Europese regels het recht op eigendom zoals vastgelegd in artikel 1 EP kunnen doorkruisen, dat wil zeggen dat er onteigend *moet* worden om aan de Europese regels te kunnen voldoen.¹¹⁴ Het uitgangspunt van ‘nuttig effect van het EG-recht’, brengt wel met zich mee dat de Lidstaten van de Europese Unie alles moeten doen om het EG-recht effectief te laten doorwerken in de rechtsorde van de nationale EU lidstaten.¹¹⁵

Uit de *Hauer-zaak* van het Europese Hof van Justitie blijkt overigens dat ook het Europese recht kan worden getoetst aan artikel 1 EP. Ook beperkingen van het eigendomsrecht door Europese regelgeving dienen overeen te komen met de doeleinden van algemeen belang die de Europese Gemeenschap nastreeft en mogen, het nagestreefde doel in aanmerking nemend, niet te ver gaande en onaanvaardbaar ingrijpend in het eigendomsrecht zijn.¹¹⁶ Het betrof in de *Hauer-zaak* slechts een beperking van het eigendomsrecht, en niet een onteigening. Kortom, als interne markttrichtlijnen tot grondonteigening nopen, zal zeker de toets van artikel 1 EP gelden. De Scala-uitspraak laat overigens wel de mogelijkheid open dat de aanbestedende dienst de ontwikkelende eigenaar dwingt de aanbestedingsregels na te leven ten aanzien van de te bouwen werken in de zin van de Richtlijn Leveringen, Diensten en

¹¹¹ Dit is dus niet helemaal met zekerheid te zeggen, zie noot 107 hiervoor.

¹¹² Vergelijk bijvoorbeeld M.A. Moolhuizen en S.C. Brackmann, ‘Publiek-private samenwerking en aanbestedingsrecht’, *BR* 2002, nr. 9, pp. 775 – 787 en A.G. Bregman, ‘Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest’, *BR* 2002, nr. 1, pp. 10 – 20 en A.G. Bregman, ‘Naschrift’, *BR* 2002, nr. 10, pp. 864 – 865.

¹¹³ Vergelijk M.O. Meulenbelt, ‘Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft?’, *BR* 2002, nr. 10, pp. 857 – 863 en H.D. van Roomburgh, ‘Realisatie van werken van openbare infrastructuur door grondeigenaren’, *BR* 2004, nr. 6, pp. 497 – 502.

¹¹⁴ Vergelijk bijvoorbeeld de algemene bepalingen van het EG-verdrag, waar in artikel 295 wordt bepaald: “Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Statens onverlet.” Dit verdragsartikel moet overigens wel beperkt worden uitgelegd, zie zaak C-503/99 (Commissie/België) van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 4 juni 2002. Artikel 295 EG-Verdrag heeft derhalve niet tot gevolg dat de nationale eigendomsregelingen buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen.

¹¹⁵ Zie over dit algemene uitgangspunt van het Europese recht bijvoorbeeld Kapteyn – VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer, 2003, zesde druk, pp. 59 – 61.

¹¹⁶ Zaak 44/79 (Hauer) en P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer, 2003 (6^{de} druk), p. 956.

Werken.¹¹⁷ Er is dan sprake van een soort van ‘private openbare aanbesteding’ door de grondeigenaar.

Maar het lijkt onwaarschijnlijk dat artikel 1 EP in deze gevallen in de weg staat aan onteigening – en dus doorbreking van het zelfrealisatiebeginsel – omdat het uit te voeren werk openbaar moet worden aanbesteed op grond van de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken. Met name gezien de door het EHRM aan de nationale overheidsinstellingen gelaten vrijheid ten aanzien van de afweging van het openbare belang dat ten grondslag ligt aan de onteigening, zal onteigening op deze grond niet snel in strijd worden geacht met het bepaalde in artikel 1 EP. Uiteraard moet dan wel aan de overige vereisten van artikel 1 EP zijn voldaan: de onteigening moet bij nationale wet zijn voorzien, er moeten voldoende procedurele waarborgen voor de onteigening tegen het onteigeningsbesluit zijn, de overheid moet procedureel behoorlijk handelen en de financiële vergoeding vanwege de onteigening moet afdoende zijn. De vraag of de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken nationale overheden (de aanbestedende dienst), in gevallen waarin de eigenaar van de grond niet meewerkt aan de aanbesteding, ook verplicht tot grondonteigening, is thans niet met zekerheid te beantwoorden.

5. Mogelijkheid van gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel naar tijd en/of plaats

Is gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel naar tijd en/of plaats mogelijk en welke *margin of appreciation* hebben de nationale verdragsstaten om te bepalen dat in sommige gevallen zelfrealisatie niet is toegestaan, en in andere gevallen juist wél? Het antwoord op deze vraag ligt in het verlengde van hetgeen hiervoor over de belangenafweging en de margin of appreciation is opgemerkt: de betrokken overheid zal aannemelijk moeten kunnen maken dat op dat moment onder die specifieke omstandigheden een algemeen belang aanwezig is dat onteigening rechtvaardigt. De lokale overheid heeft dienaangaande uiteraard wél weer een ruime margin of appreciation.

Het bij algemene maatregel afschaffen van het zelfrealisatiebeginsel, gedifferentieerd naar tijd en/of plaats, verdraagt zich moeilijk met het uitgangspunt dat een algemeen belang in elk afzonderlijk geval van onteigening aannemelijk moet kunnen worden gemaakt. Het lijkt moeilijk om op een verantwoorde wijze bij voorbaat uit te sluiten dat in een bepaald gebied en tijdvak zelfrealisatie relevant zal zijn bij de beoordeling van de vraag of het algemeen belang onteigening rechtvaardigt.

Wel achten wij het – in het licht van art. 1 EP – mogelijk dat voor bepaalde nader aan te wijzen gebieden of periodes wordt bepaald dat niet onteigend zal worden indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Tot die voorwaarden zou ook zelfrealisatie kunnen behoren. In de ogen van eigenaren in andere gebieden of periodes zal dit de indruk van ‘ongelijke behandeling’ kunnen maken. Maar dat hoeft niet strijdig te zijn met het gelijkheidsbeginsel, als de overheid maar objectieve gronden kan aanvoeren die de ongelijke behandeling rechtvaardigen. Economische, sociale en bestuurlijke verschillen tussen gebieden kunnen zo’n rechtvaardiging opleveren.

¹¹⁷ Zie paragraaf 100 van de Scala-uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 12 juli 2001, zaaknummer C-399/98. Vergelijk H.D. van Romburgh, ‘Realisatie van werken van openbare infrastructuur door grondeigenaren’, *BR* 2004, nr. 6, pp. 497 – 502.

6. Conclusies

Welke conclusies kunnen uit het voorgaande juridische onderzoek precies worden getrokken? In deze afsluitende paragraaf zetten wij nog eens op een rijtje welke mogelijkheden er denkbaar zijn, zónder in strijd te komen met het bepaalde in artikel 1 EP.

Het begrip 'possessions' in artikel 1 EP

Ten eerste de term 'possessions' in artikel 1 EP. Dit begrip heeft volgens het EHRM een geheel eigen betekenis naast de betekenis van 'eigendom' in de verscheidene nationale wetgevingen van de bij het EVRM aangesloten verdragsstaten. Het omvat ook 'certain other rights and interests constituting assets', zodat een possession ook betrekking kan hebben op vermogensrechten. Van belang is dat alleen op geld waardeerbare rechten en belangen door artikel 1 EP worden beschermd en dat het recht of belang met voldoende zekerheid vaststaat. Er moet sprake zijn van legitieme verwachtingen ten aanzien van de possession ('legitimate expectations'), hetgeen wil zeggen dat de eigenaar de legitieme verwachting moet hebben dat zijn possession een bepaalde op geld waardeerbare waarde heeft.

Afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in Nederland

Afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in de zin dat zelfrealisatie niet een algemeen beginsel is waarop een eigenaar zich kan beroepen is mogelijk indien voldaan wordt aan een aantal criteria. Ten eerste moet de onteigening volgens artikel 1 EP 'lawful' zijn. Dit betekent dat de onteigening naar nationaal recht rechtmatig moet zijn. Deze nationale rechtsgrondslag behoeft niet altijd een formele wet te zijn, maar moet wel voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar zijn. Daarnaast moet er een algemeen belang ten grondslag liggen aan de onteigening. Ter beoordeling of de onteigening in het algemeen belang is geeft het EHRM de onteigene overheid ruime beoordelingsvrijheid (een ruime 'margin of appreciation'). In evident onredelijke gevallen, zoals bijvoorbeeld de genoemde (onrechtmatige) ingebruikneming van een onroerende zaak als politiebureau, zal het EHRM oordelen dat de onteigening geen doelstelling in het algemeen belang dient. Er dient wel enig algemeen belang aan de onteigening ten grondslag te liggen. Onteigening *sec*, dat wil zeggen zonder enige rechtvaardiging van algemeen (politiek, sociaal of economisch) belang, is in strijd met artikel 1 EP. Indien de Nederlandse wetgever echter na een politieke belangenafweging tot de conclusie komt dat er gemakkelijk onteigend moet kunnen worden door gemeenten vanwege bijvoorbeeld de gewenste regiefunctie bij ruimtelijke ontwikkeling, zal een dergelijke politieke afweging niet door het EHRM in strijd worden geacht met artikel 1 EP. Tenslotte toetst het EHRM of er een redelijk evenwicht ('fair balance') is tussen enerzijds het algemene belang dat bij de onteigening is gediend en anderzijds de inbreuk op het recht op eigendom. Er wordt door het EHRM dienaangaande een proportionaliteitstoets gehanteerd. De onteigende mag geen individuele en buitensporige last ('individual and excessive burdens') dragen vanwege de onteigening. Deze toets betreft enerzijds een formele bescherming, waarbij wordt getoetst of de onteigende geen of onvoldoende procedurele waarborgen omtrent de onteigening heeft gehad en of de onteigene overheid procedureel onbehoorlijk heeft gehandeld. Anderzijds betreft het een materiële toets, die in geval van onteigening ook betrekking heeft op het recht op, en de omvang van, schadevergoeding. Ook ten aanzien van de hoogte van de schadevergoeding hebben de verdragsstaten een bepaalde margin of

appreciation, maar indien vast komt te staan dat de waarde van de vergoeding niet overeenkomt met de werkelijke waarde van het onteigende, maakt een klacht dienaangaande bij het EHRM een goede kans van slagen.

Indien een eigenaar precies datgene kan realiseren wat de potentiële onteigenaar voor ogen heeft voor een commercieel gezien redelijke prijs en met een goede kwalitatieve waarborg, zal het algemeen belang van de onteigening dus in iets anders moeten zijn gelegen. De ‘wide margin of appreciation’ biedt daarvoor ruimte. Het algemeen belang kan bijvoorbeeld gevonden worden in de regiefunctie die de overheid voor zichzelf ziet weggelegd en die geacht kan worden het belang van de ruimtelijke ordening, economische en sociale ontwikkeling te dienen. Het verwerven van grond in eigendom kan de overheid helpen die regiefunctie optimaal te kunnen waarmaken. Daarin kan een algemeen belang gevonden worden, zelfs als er ook andere manieren zijn om de regiefunctie te vervullen. Als een politieke keuze wordt gemaakt om de regiefunctie op een bepaalde wijze in te vullen, dan is het waarschijnlijk dat het EHRM deze politieke keuze respecteert. De waardering van publieke belangen en de beoordeling van de noodzaak van een overheidsingreep zijn immers primair politieke beslissingen, die door het EHRM met grote terughoudendheid worden getoetst. Er zijn natuurlijk gevallen denkbaar waarin de overheid in redelijkheid niet aannemelijk kan maken dat er enig algemeen belang is gediend met een regiefunctie van de overheid. Wij denken daarbij met name aan zeer kleinschalige bestemmingen zonder noemenswaardige uitstraling naar het overheidsbeleid, waarvan de eigenaar heeft aangetoond dat hij ze zelf kan realiseren conform de daarvoor ontwikkelde criteria. In dergelijke gevallen kan men zich voorstellen dat de overheid in redelijkheid niet meer kan volhouden dat er een algemeen belang met de onteigening is gediend. Maar dat neemt niet weg dat in normale gevallen kan worden aangenomen dat de sturing van het ontwikkelproces en de regie over de ruimtelijke ontwikkeling gediend kunnen zijn met de verwerving van eigendom door de overheid. Of dat ook economisch de verstandigste, politiek de meest wenselijke en sociaal de meest aanvaardbare methode is, zijn vragen die het EHRM in beginsel ter beoordeling van de overheid laat. Het feit dat over die vragen een politieke discussie op wetgevingsniveau heeft plaatsgevonden, zal voor het EHRM een extra reden zijn om de gemaakte politieke keuzes in beginsel te respecteren. In gevallen waarin de overheid kan aantonen dat andere partijen het beoogde project goedkoper of kwalitatief beter kunnen realiseren dan de eigenaar, is dat een *bijkomend* argument om in het algemeen belang tot onteigening over te gaan. Datzelfde kan worden gezegd van het argument dat de overheid door middel van gemakkelijkere wijze van onteigening prijsopdrijvende grondspeculatie wil voorkomen.

Artikel 1 EP lijkt toe te laten dat in de wet een bepaling wordt opgenomen volgens welke de noodzaak tot onteigening in het belang van de ruimtelijke ordening niet wordt weggenomen door het enkele feit dat de eigenaar aantoont de beoogde bestemming zelf te kunnen realiseren, tenzij de overheid onder die omstandigheid geen enkel redelijk belang bij onteigening zou hebben. Wij gebruiken hier het woord ‘lijkt’, omdat het gaat om een inschatting van rechterlijke oordelen op basis van jurisprudentie die zich over een aantal decennia uitstrekt.

Schadevergoeding (zie ook deelopdracht 2)

De onteigening zou in de hier besproken situaties disproportioneel zijn, indien de onteigende geen volledige schadevergoeding zou ontvangen. In Nederland is bij de Grondwet en de Onteigeningswet een volledige en voorafgaande schadeloosstelling gewaarborgd. Zou evenwel de wetgever gaan knabbelen aan de schadeloosstelling, dan zou het gevaar bestaan

dat het EHRM de onteigening disproportioneel verklaart. Gezien de legitieme verwachtingen bij de eigenaar, kan daarbij nog een rol spelen of de vergoeding ook de misgelopen ontwikkelingswinst omvat. Wij verwijzen verder naar deelopdracht 2.

Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken

Ingeval bepaalde te ontwikkelen werken zoals omschreven in de Richtlijn Leveringen, Diensten en Werken ingevolge die richtlijn openbaar moeten worden aanbesteed, kan dit een argument zijn voor de overheid om (met betrekking tot de grond waarop die werken worden gebouwd) tot onteigening over te gaan. Het algemeen belang is dan gelegen in het naleven van een Europese Richtlijn ter bevordering van de interne markt. Hoewel daarover niet met zekerheid een conclusie kan worden getrokken, ligt een dergelijke afweging waarschijnlijk binnen de 'margin of appreciation' die het EHRM aan de onteigenende overheid laat.

Naar tijd of plaats gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel

Een gedeeltelijke, naar tijd of plaats gedifferentieerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel is niet bij voorbaat uitgesloten. Er moet evenwel rekening mee worden gehouden dat in gevallen waarin tot onteigening wordt overgegaan, het gediende algemeen belang in het concrete geval aannemelijk moet worden gemaakt. Omdat de wetgever niet kan uitsluiten dat zich uitzonderlijke situaties zullen voordoen, is het moeilijk voor te stellen dat zij zou kunnen bepalen dat in een bepaald gebied of tijdvak het *in alle gevallen* irrelevant is of de eigenaar zelf tot realisatie in staat is. 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 lokaal op een bepaald tijdstip zonder rechtvaardiging en belangenafweging terzijde kan worden geschoven, is in strijd met het bepaalde in artikel 1 EP.

Ander instrumenten voor de overheid

Zoals uiteengezet in dit advies staat er in Nederland reeds instrumentarium aan de (locale) overheden ter beschikking ter realisering van het door deze overheden gewenste ruimtelijk ordeningsbeleid. Niet alleen is het zelfrealisatiebeginsel in Nederland onderworpen aan allerlei restricties, ook kan een gemeente een voorkeursrecht vestigen op bepaalde percelen grond, bieden de mogelijk in te voeren regels ten aanzien van de grondexploitatie nieuwe opties voor gemeenten en staan de gemeente naar huidig recht specifieke financiële verhaalsinstrumenten ter beschikking (baatbelasting en exploitatieverordening). De omstandigheid dat het doel van de onteigening ook via andere, minder vergaande, instrumenten kan worden bereikt is in het kader van artikel 1 EP wel van belang bij de proportionaliteitsafweging maar kan niet als enig argument tegen de onteigening worden gebruikt. Het is één van de omstandigheden aan de hand waarvan het EHRM toetst of de onteigening al dan niet disproportioneel is ten opzichte van de eigenaar. Daar staan tegenover omstandigheden zoals de gewenste regiefunctie van de lokale overheid en de door de overheid aan de onteigende aangeboden volledige schadevergoeding.