

MINNELIJKE VERWERFING BIJ ONTEIGENING EN DE RECHTEN EN Plichten VAN DE KOPER EN VERKOPER

P. KLIK

*Onteigening is voor de overheid een belangrijk instrument om grond te verwerven.¹⁾ In de wet is een verplichting opgenomen voor de overheid om alvorens tot onteigening over te gaan een poging te doen de grond minnelijk te verwerven. Wanneer minnelijke verwerving plaats vindt 'koopt' de overheid de grond van de burger. Staat bij deze koop het publiekrechtelijk karakter van het handelen van de overheid centraal, of dient deze koop volgens de normale regels van het privaatrecht behandeld te worden? Deze problematiek speelt bij het voorkeursrecht van gemeenten. De vraag heeft praktisch belang, met name bij het vaststellen van de rechten van de koper en de verplichtingen van de verkoper. Geconcludeerd wordt dat een minnelijke verwerving zoveel mogelijk gelijk gesteld dient te worden aan een 'echte' onteigening.**

1. De Onteigeningswet

Krachten art. 14 van de Grondwet kan onteigening alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander volgens bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.²⁾ De in de Grondwet bedoelde wettelijke voorschriften zijn te vinden in de Onteigeningswet. Bij bestudering van deze wet blijkt dat de regeling van de onteigening publiekrechtelijk en procedureel van karakter is.³⁾ Dit blijkt in de eerste plaats uit de bepalingen omtrent het 'publieke belang'. De overheid kan slechts dan tot onteigening overgaan wanneer sprake is van een publiek belang. Bij het nemen van een besluit hiertoe moet aan een groot aantal procedurele voorschriften worden voldaan. Genoemd kunnen worden de eisen dat de plannen tevoren openbaar worden gemaakt (ter visie legging) en dat belanghebbenden gehoord worden zodat zij hun bezwaren naar voren kunnen brengen. De wet voorziet ook in verdere procedurele waarborgen, met name in goedkeuring door de Kroon; momenteel wordt deze bescherming uiteraard aangevuld door rechterlijke toetsing,⁴⁾ die echter – vreemd genoeg – pas aan de orde is in de procedure omtrent schadeloosstelling. Wanneer daadwerkelijk tot onteigening wordt overgegaan moet de rechthebbende schadeloos worden gesteld. De regeling op dit punt kent een aantal procedurele waarborgen die ervoor moeten zorgen dat de overheid de burger niets tekort doet. De overheid dient een gerechtelijke procedure te voeren en in deze procedure worden onafhankelijke deskundigen ingeschakeld die de schade begroten. In de wet, art. 40, is vastgelegd dat 'volledige vergoeding voor alle schade, die de eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn zaak lijdt' moet worden vergoed.

2. Minnelijke verwerving bij onteigening

Uiteraard kan de overheid ter vermijding van de in de wet geregelde gerechtelijke procedure ook het goed op normale wijze aankopen. Art. 17 van de Onteigeningswet legt de overheid de plicht op hiertoe een poging te doen: 'De onteigening partij tracht hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke

overeenkomst te verkrijgen.'⁵⁾ Wanneer men onteigening in ons recht als een procedure in twee fases ziet, namelijk eerst de bestuurlijke aanwijzing van zaken die moeten worden onteigend en vervolgens de formele eigendomsontneming gekoppeld aan de bepaling van de schadevergoeding door de rechter, dan valt het op dat de minnelijke verwerving, hoewel duidelijk verbonden met de gerechtelijke procedure, in het schemergebied tussen deze twee fasen in valt.⁶⁾ In feite geldt tijdens het hele besluitvormingsproces omtrent onteigening een onderhandelingsplicht, omdat op de overheid al een plicht rust door 'minnelijke verwerving' een bestuurlijke aanwijzing te voorkomen.⁷⁾ In het wettelijk stelsel echter is de verplichting voor de overheid een poging tot minnelijke verwerving te doen geplaatst in het hoofdstuk van de wet waarin de gerechtelijke procedure ter vaststelling van de schadeloosstelling is geregeld. Het genoemde art. 17 is het eerste wetsartikel van titel I hoofdstuk III dat als opschrift heeft 'Van het geding tot onteigening'. Men kan de plicht tot onderhandelen dus zien als een tussenstap die genomen moet worden alvorens er 'echt' onteigend kan worden. Zie in dit verband art. 18 lid 1: 'Is hetgeen onteigend moet worden niet

* Met dank aan mr C.M.E. Verhaegh, advocaat te Leiden.

1. Zie voor interessante beschouwingen op dit punt recent J.W. van Zundert, *De effectiviteit van het onteigeningsrecht*, BR 1996, p. 619.
2. De rol van het EVRM wordt hier verder niet specifiek belicht. Vergelijk over de rechterlijke toetsing aan het EVRM onder meer Van Zundert in *Onteigening en eigendomsbeperking*, Deventer (losbl.) Bijz. I A p. 49 v. en dezelfde a.w. (1996) p. 621 v.
3. Zie J.W. van Zundert, *De vitaliteit van het onteigeningsrecht*, in: P.C.E. van Wijnen e.a. (red.), *150 jaar Onteigeningswet*, Deventer 1991, p. 13 op p. 13, W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht*, (diss. Utrecht) Zwolle 1984 § I-B *Onteigening behoort tot het bestuursrecht en is toegespitst op de procedure bijvoorbeeld W. Schenk en J.E.F.M. den Drijver-Van Rijkevoorsel*, *Onteigening*, Deventer (2e druk 1986).
4. Zie hierover Van Zundert a.w. (1991) op p. 14 en dezelfde uitgebreider in a.w. (1996), onder 2.4 op p. 621 v.
5. Zie voor een analyse van het artikel en de terminologie Wijting a.w. p. 95 (en zijn voorstel voor een nieuw artikel 23 op p. 688). Zie ook (toetsing van de plicht tot serieus onderhandelen *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), J.W. van Zundert Bijz. I A - p. 48-49 en p. 56-56a en H.J.M. van Mierlo Bijz. I.B.II - p. 5 en § 7.
6. Hoewel de term 'koop op onteigeningsbasis' bij sommigen de voorkeur heeft, zie Wijting a.w. p. 96, wordt in het vervolg de term 'minnelijke verwerving' gebruikt. Over de te onderkennen fasen in de onteigening en de positie van minnelijke verwerving zie Van Wijnen in *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), Alg. I - p. 16-17, Van der Schans, in D.A. Lubach en P.C.E. van Wijnen (red.), *Bestuursrechtelijke schadevergoeding*, 's-Gravenhage: Yuga (losbl.), zie C-1 v. (onderscheidt drie fasen, minnelijke, administratieve en gerechtelijke fase, waarbij wordt aangetekend dat de gebeurtenissen in de ene fase van invloed kunnen zijn op het verloop van de gebeurtenissen in de andere fase), De Haan in P. de Haan e.a. (red.), *Bouwwrecht in kort bestek*, Deventer 1996, p. 171 en Van Zundert a.w. (1996) op p. 624. H.J.M. van Mierlo in *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), Bijz. I.B.II - p. 10-11, tekent aan dat, hoewel de poging om in der minne te verkrijgen aan de dagvaarding voorafgaat, de poging niettemin 'als deel uitmakend van de procedure moet worden aangemerkt'. Deze opvatting is zeker te blijken wanneer men in aanmerking neemt dat in de dagvaarding een aankoopsofsom genoemd moet worden, zie art. 22 *Onteigeningswet*. Het laatste bod kan in de dagvaarding als aankoopsofsom worden genoemd, zie Van Mierlo p. 12 v.
7. Zie ook Van der Schans a.w. C-2-2 en De Haan a.w. (1996) p. 161 en 175.

MINNELIJKE VERWERFING BIJ ONTEIGENING EN DE RECHTEN EN Plichten VAN DE KOPER EN VERKOPER

bij minnelijke overeenkomst verkregen, dan dagvaardt de onteigening partij ...'⁸⁾ Voor het overige bevat de wet geen bepalingen over de minnelijke verwerving. Wanneer de onderhandelingen niet succesvol verlopen, kan de overheid de dagvaarding uitbrengen en wordt met inachtneming van de regels van art. 18 v. *Onteigeningswet* de gerechtelijke procedure, 'het geding tot onteigening', gevoerd. Wanneer de onderhandelingen wél succesvol verlopen, dan komt een 'gewone' koop tot stand die ook als zodanig wordt afgewikkeld.⁹⁾ Dat betekent bijvoorbeeld, dat op normale wijze een akte wordt opgemaakt en levering door middel van inschrijving van de transportakte in de registers kan plaats vinden, dit in tegenstelling tot de 'echte' onteigening, die leidt tot een eindvonnis van de rechtbank, zie art. 37, dat door middel van inschrijving de eigendom op de onteigenaar doet overgaan, zie art. 59.¹⁰⁾ De vraag kan dus worden opgeworpen of een door middel van minnelijke verwerving tot stand gekomen koop wel op alle punten als een 'normale' koopovereenkomst kan worden beschouwd. Dit is met name van belang bij de vraag of sprake is van wanprestatie en, in het verlengde daarvan, bij de vraag naar de geldigheid van contractuele voorzieningen ter zake van aansprakelijkheid.¹¹⁾ Deze kwestie is inmiddels in een arrest van Hof 's-Hertogenbosch aan de orde geweest. Het ging hier om de minnelijke verwerving van een terrein dat later (ernstig) vervuld bleek te zijn. De gemeente als koper beriep zich op wanprestatie (en, gelet op toepasselijkheid van het oude recht, ook op een impliciete garantie om op die manier aan de werking van de verborgen-gebreken-regeling te ontkomen).¹²⁾ De vraag wat bij minnelijke verwerving de rechten en plichten van koper en verkoper zijn, komt in de literatuur of rechtspraak verrassend genoeg nauwelijks aan de orde, reden om de kwestie hier nader uit te werken.¹³⁾

3. Twee visies op onteigening

Bij de beantwoording van de vraag of bij een minnelijke verwerving de koper/overheid achteraf nog kan ageren op grond van wanprestatie, kan men vanuit twee verschillende gezichtspunten redeneren, voor het gemak in het volgende als twee 'visies' aangeduid. In de eerste visie wordt het publiekrechtelijk handelen van de overheid benadrukt. De overheid treedt op als overheid en de burger heeft recht op een maximale rechtsbescherming. De nadruk kan worden gelegd op het feit dat onteigening een machtsmiddel van de overheid is. De overheid neemt het initiatief tot onteigening en heeft de machtsmiddelen om het doel, waarvan in beginsel wordt aangenomen dat het tegen de wensen en verlangens van de burger ingaat, te bereiken. Simpel gezegd: de burger verdient bescherming tegen de overheid. Hoewel de wetgever juridisch-technisch gekozen heeft voor een privaatrechtelijke vormgeving van de uiteindelijk tot stand gekomen 'koop' (er moet nu eenmaal inschrijving in de registers plaats vinden en bij gebreke aan een vonnis wordt dit stand akte) moet hieraan geen betekenis worden toegekend. In deze visie past het niet om de burger in de 'onderhandelings'-fase (er is immers geen sprake van vrijwillig onderhandelen) verplichtingen op te leggen, zoals het doen van mededelingen of het 'instaan' voor een bepaalde kwaliteit.¹⁴⁾

In de tweede visie wordt het privaatrechtelijk karakter van de tot stand gekomen overeenkomst benadrukt. Wanneer de verkoper niet wil verkopen, moet hij het maar op een echte onteigeningsprocedure laten aankomen. Wanneer er wel een koop tot stand komt, dan geldt 'koop is koop' en is er geen reden om af te wijken van de normale regels van het kooprecht. Beide visies staan aan het eind van een spectrum van mogelijkheden. Sterk van belang is hoe men de positie van de onteigening partij ziet, als een burger die hoe dan ook van 'ontteigening' altijd (al is het alleen maar vanwege het onvrijwillige karakter) de dupe is, of als een partij die (in toenemende mate met behulp van zeer deskundige (rechts)bijstand) in staat is om de mogelijkheden die zijn machtspositie biedt (de overheid wil/moet immers aankopen en zal in beginsel een gerechtelijke procedure wensen te voorkomen) te benutten. Uiteraard kan dit oordeel weer per situatie verschillen.

4. Voorkeursrecht gemeenten

In het voorafgaande is steeds over onteigening gesproken. Alleen al met het oog op de aktualiteit, de recente aanpassing van de Wet voorkeursrecht gemeenten, mag niet onvermeld blijven dat de problematiek van rechten en plichten van koper en verkoper ook speelt bij het voorkeursrecht van gemeenten.¹⁵⁾ Formeel gezien heeft de gemeente slechts 'voorrang'. De burger wordt in eerste instantie niet gedwongen om te verkopen, slechts als de burger zelf het initiatief neemt om tot vervreemding over te gaan wordt hij in zijn mogelijkheden beperkt doordat de gemeente in de gelegenheid moet worden

8. Hieruit kan men bijvoorbeeld afleiden dat de overheid na het mislukken van de onderhandelingen in de dagvaarding melding moeten maken van de mislukte poging tot minnelijke verwerving, zie in deze zin H.J.M. van Mierlo in *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), Bijz. I.B.II - p. 1 v.
9. Zie voor een beschrijving van het onderhandelingsproces Wijting a.w. p. 96-97 en De Haan a.w. (1996) § 4.2.2.
10. Het vonnis heeft een titelzuiverende werking, zie Van Zundert a.w. (1991) op p. 16, zie ook Van Mierlo a.w. (1991) p. 121. De schadeloosstelling is definitief en totaal. Zie op dit punt bijvoorbeeld Klein in: W.M. Klein en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer 1985, p. 101 (ontteigening heeft geen vrijwaringsplicht) en ook op p. 98 (de verkoper kan het op onteigening laten aankomen gelet op de voordelen die dit kan bieden, zoals het ontbreken van een garantielijkt).
11. Gedacht kan worden aan exoneratieclausules of aan bepalingen waarin de gemeente haar rechten reserveert voor zover levering van het verkochte onrechtmatig is.
12. Zie Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 1996 (*Gemeente Halmond - Van Bree*), gepubliceerd elders in dit nummer.
13. Zie summier Klein a.w. (1985) p. 101. Zie ook W.J.I. van Wijnen, *Acceptatie van het aanbod bij onteigening*, (oratie) Deventer 1957, die echter de situatie bespreekt waarin partijen het eens worden en toch voor afwikkeling via de gerechtelijke procedure kiezen. Wijting a.w. § III-A bespreekt wel de verschillen tussen civielrechtelijke eigendomsverdracht en onteigeningsvonnis, maar gaat slechts in op de positie van derden en de titelzuiverende werking.
14. In oud BW-terminologie: 'instaan' voor afwezigheid van gebreken.
15. Zie de Wet voorkeursrecht gemeenten van 22 april 1981, *Stb.* 236, zoals nadien gewijzigd, recentelijk bij Wet van 4 juli 1996, *Stb.* 389. Zie over de achtergronden van de wijziging De Haan a.w. (1996) p. 165 met verwijzingen, W.G. Huijgen, *Wijziging van de Wet Voorkeursrecht Gemeenten*, WPNR 6206 (1995), D.W. Bruil en H.W. de Wolff, *Gemeenten en agrarische grond*, *Agrarisch recht* 1996, p. 282 op p. 283-285, J.C. Toorman, *Inwerkingtreding wijziging Wet Voorkeursrecht Gemeenten*, WPNR 6245 (1996).

MINNELIJKE VERWERVING BIJ ONTEIGENING EN DE RECHTEN EN Plichten VAN DE KOPER EN VERKOPER

P. Klik

*Onteigening is voor de overheid een belangrijk instrument om grond te verwerven.¹⁾ In de wet is een verplichting opgenomen voor de overheid om alvorens tot onteigening over te gaan een poging te doen de grond minnelijk te verwerven. Wanneer minnelijke verwerving plaats vindt 'koopt' de overheid de grond van de burger. Staat bij deze koop het publiekrechtelijk karakter van het handelen van de overheid centraal, of dient deze koop volgens de normale regels van het privaatrecht behandeld te worden? Dezelfde problematiek speelt bij het voorkeursrecht van gemeenten. De vraag heeft praktisch belang, met name bij het vaststellen van de rechten van de koper en de verplichtingen van de verkoper. Geconcludeerd wordt dat een minnelijke verwerving zoveel mogelijk gelijk gesteld dient te worden aan een 'echte' onteigening.**

1. De Onteigeningswet

Krachtens art. 14 van de Grondwet kan onteigening alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander volgens bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.²⁾ De in de Grondwet bedoelde wettelijke voorschriften zijn te vinden in de Onteigeningswet. Bij bestudering van deze wet blijkt dat de regeling van de onteigening publiekrechtelijk en procedureel van karakter is.³⁾ Dit blijkt in de eerste plaats uit de bepalingen omtrent het 'publieke belang'. De overheid kan slechts dan tot onteigening overgaan wanneer sprake is van een publiek belang. Bij het nemen van een besluit hiertoe moet aan een groot aantal procedurele voorschriften worden voldaan. Genoemd kunnen worden de eisen dat de plannen tevoren openbaar worden gemaakt (ter visie legging) en dat belanghebbenden gehoord worden zodat zij hun bezwaren naar voren kunnen brengen. De wet voorziet ook in verdere procedurele waarborgen, met name in goedkeuring door de Kroon; momenteel wordt deze bescherming uiteraard aangevuld door rechterlijke toetsing,⁴⁾ die echter – vreemd genoeg – pas aan de orde is in de procedure omtrent schadeloosstelling. Wanneer daadwerkelijk tot onteigening wordt overgegaan moet de rechtgebende schadeloos worden gesteld. De regeling op dit punt kent een aantal procedurele waarborgen die ervoor moeten zorgen dat de overheid de burger niets tekort doet. De overheid dient een gerechtelijke procedure te voeren en in deze procedure worden onafhankelijke deskundigen ingeschakeld die de schade begroten. In de wet, art. 40, is vastgelegd dat 'volledige vergoeding voor alle schade, die de eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn zaak lijdt' moet worden vergoed.

2. Minnelijke verwerving bij onteigening

Uiteraard kan de overheid ter vermijding van de in de wet geregelde gerechtelijke procedure ook het goed op normale wijze aankopen. Art. 17 van de Onteigeningswet legt de overheid de plicht op hiertoe een poging te doen: 'De onteigende partij tracht hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke

overeenkomst te verkrijgen.'⁵⁾ Wanneer men onteigening in ons recht als een procedure in twee fases ziet, namelijk eerst de bestuurlijke aanwijzing van zaken die moeten worden onteigend en vervolgens de formele eigendomsontneming gekoppeld aan de bepaling van de schadevergoeding door de rechter, dan valt het op dat de minnelijke verwerving, hoewel duidelijk verbonden met de gerechtelijke procedure, in het schemergebied tussen deze twee fasen in valt.⁶⁾ In feite geldt tijdens het hele besluitvormingsproces omtrent onteigening een onderhandelingsplicht, omdat op de overheid al een plicht rust door 'minnelijke verwerving' een bestuurlijke aanwijzing te voorkomen.⁷⁾ In het wettelijk stelsel echter is de verplichting voor de overheid een poging tot minnelijke verwerving te doen geplaatst in het hoofdstuk van de wet waarin de gerechtelijke procedure ter vaststelling van de schadeloosstelling is geregeld. Het genoemde art. 17 is het eerste wetsartikel van titel I hoofdstuk III dat als opschrift heeft 'Van het geding tot onteigening'. Men kan de plicht tot onderhandelen dus zien als een tussenstap die genomen moet worden alvorens er 'echt' onteigend kan worden. Zie in dit verband art. 18 lid 1: 'Is hetgeen onteigend moet worden niet

* Met dank aan mr C.M.E. Verhaegh, advocaat te Leiden.

1. Zie voor interessante beschouwingen op dit punt recent J.W. van Zundert, *De effectiviteit van het onteigeningsrecht*, BR 1996, p. 619.
2. De rol van het EVRM wordt hier verder niet specifiek belicht. Vergelijk over de rechterlijke toetsing aan het EVRM onder meer Van Zundert in *Onteigening en eigendomsbeperking*, Deventer (losbl.) Bijz. I.A. p. 49 v. en dezelfde a.w. (1996) p. 621 v.
3. Zie J.W. van Zundert, *De vitaliteit van het onteigeningsrecht*, in: P.C.E. van Wijmen e.a. (red.), *150 jaar Onteigeningswet*, Deventer 1991, p. 13 op p. 13. W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht*, (diss. Utrecht) Zwolle 1984 § I-B. Onteigening behoort tot het bestuursrecht en zie toegesplitst op de procedure bijvoorbeeld W. Schenk en J.E.F.M. den Drijver-Van Rijckevorsel, *Onteigening*, Deventer (2e druk 1986).
4. Zie hierover Van Zundert a.w. (1991) op p. 14 en dezelfde uitgebreider in a.w. (1996), onder 2.4 op p. 621 v.
5. Zie voor een analyse van het artikel en de terminologie Wijting a.w. p. 95 (en zijn voorstel voor een nieuw artikel 23 op p. 688). Zie over (toetsing van) de plicht tot serieus onderhandelen *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), J.W. van Zundert Bijz. I.A. p. 48-49 en p. 56-56a en H.J.M. van Mierlo Bijz. I.B.II - p. 16-17, Van der Schans, in D.A. Lubach en P.C.E. van Wijmen (red.), *Bestuursrechtelijke schadevergoeding*, 's-Gravenhage: Vuga (losbl.), zie C-1-1 v. (onderscheidt drie fasen, minnelijke, administratieve en gerechtelijke fase, waarbij wordt aangekend dat de gebeurtenissen in de ene fase van invloed kunnen zijn op het verloop van de gebeurtenissen in de andere fase). De Haan in P. de Haan e.a. (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, Deventer 1996, p. 171 en Van Zundert a.w. (1996) op p. 624. H.J.M. van Mierlo in *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), Bijz. I.B.II - p. 10-11, tekent aan dat, hoewel de poging om in der minne te verkrijgen aan de dagvaarding voorafgaat, de poging niettemin 'als deel uitmakend van de procedure moet worden aangemerkt'. Deze opvatting is zeker te billijken wanneer men in aanmerking neemt dat in de dagvaarding een aankoopsoffer genoemd moet worden, zie art. 22 Onteigeningswet. Het laatste bod kan in de dagvaarding als aankoopsoffer worden genoemd, zie Van Mierlo p. 12 v.
7. Zie ook Van der Schans a.w. C-2-2 en De Haan a.w. (1996) p. 161 en 175.

MINNELIJKE VERWERVING BIJ ONTEIGENING EN DE RECHTEN EN Plichten VAN DE KOPER EN VERKOPER

bij minnelijke overeenkomst verkregen, dan dagvaardt de onteigende partij ...'⁸⁾ Voor het overige bevat de wet geen bepalingen over de minnelijke verwerving. Wanneer de onderhandelingen niet succesvol verlopen, kan de overheid de dagvaarding uitbrengen en wordt met inachtneming van de regels van art. 18 v. Onteigeningswet de gerechtelijke procedure, 'het geding tot onteigening', gevoerd. Wanneer de onderhandelingen wel succesvol verlopen, dan komt een 'gewone' koop tot stand die ook als zodanig wordt afgewikkeld.⁹⁾ Dat betekent bijvoorbeeld, dat op normale wijze een akte wordt opgemaakt en levering door middel van inschrijving van de transportakte in de registers kan plaats vinden, dit in tegenstelling tot de 'echte' onteigening, die leidt tot een eindvonnis van de rechtbank, zie art. 37, dat door middel van inschrijving de eigenaar van de onteigenaar doet overgaan, zie art. 59.¹⁰⁾ De vraag kan dus worden opgeworpen of een door middel van minnelijke verwerving tot stand gekomen koop wel op alle punten als een 'normale' koopovereenkomst kan worden beschouwd. Dit is met name van belang bij de vraag of sprake is van wanprestatie en, in het verlengde daarvan, bij de vraag naar de geldigheid van contractuele voorzieningen ter zake van aansprakelijkheid.¹¹⁾ Deze kwestie is inmiddels in een arrest van Hof 's-Hertogenbosch aan de orde geweest. Het ging hier om de minnelijke verwerving van een terrein dat later (ernstig) vervuild bleek te zijn. De gemeente als koper beriep zich op wanprestatie (en, geleet op toepasselijkheid van het oude recht, ook op een impliciete garantie om op die manier aan de werking van de verborgen-gebreken-regeling te ontkomen).¹²⁾ De vraag wat bij minnelijke verwerving de rechten en plichten van koper en verkoper zijn, komt in de literatuur of rechtspraak verrassend genoeg nauwelijks aan de orde, reden om de kwestie hier nader uit te werken.¹³⁾

3. Twee visies op onteigening

Bij de beantwoording van de vraag of bij een minnelijke verwerving de koper/overheid achteraf nog kan ageren op grond van wanprestatie, kan men vanuit twee verschillende gezichtspunten redeneren, voor het gemak in het volgende als twee 'visies' aangeduid. In de eerste visie wordt het publiekrechtelijk handelen van de overheid benadrukt. De overheid treedt op als overheid en de burger heeft recht op een maximale rechtsbescherming. De nadruk kan worden gelegd op het feit dat onteigening een machtsmiddel van de overheid is. De overheid neemt het initiatief tot onteigening en heeft de machtsmiddelen om het doel, waarvan in beginsel wordt aangenomen dat het tegen de wensen en verlangens van de burger ingaat, te bereiken. Simpel gezegd: de burger verdient bescherming tegen de overheid. Hoewel de wetgever juridisch-technisch gekozen heeft voor een privaatrechtelijke vormgeving van de uiteindelijk tot stand gekomen 'koop' (er moet nu eenmaal inschrijving in de registers plaats vinden en bij gebreke aan een vonnis wordt dit een akte) moet hieraan geen betekenis worden toegekend. In deze visie past het niet om de burger in de 'onderhandelings'-fase (er is immers geen sprake van vrijwillig onderhandelen) verplichtingen op te leggen, zoals het doen van mededelingen of het 'instaan' voor een bepaalde kwaliteit.¹⁴⁾

In de tweede visie wordt het privaatrechtelijk karakter van de tot stand gekomen overeenkomst benadrukt. Wanneer de verkoper niet wil verkopen, moet hij het maar op een echte onteigeningsprocedure laten aankomen. Wanneer er wel een koop tot stand komt, dan geldt 'koop is koop' en is er geen reden om af te wijken van de normale regels van het kooprecht. Beide visies staan aan het eind van een spectrum van mogelijkheden. Sterk van belang is hoe men de positie van de onteigende partij ziet, als een burger die hoe dan ook van 'ontteigening' altijd (al is het alleen maar vanwege het onvrijwillige karakter) de dupe is, of als een partij die (in toenemende mate met behulp van zeer deskundige (rechts)bijstand) in staat is om de mogelijkheden die zijn machtspositie biedt (de overheid wil/moet immers aankopen en zal in beginsel een gerechtelijke procedure wensen te voorkomen) te benutten. Uiteraard kan dit oordeel weer per situatie verschillen.

4. Voorkeursrecht gemeenten

In het voorafgaande is steeds over onteigening gesproken. Alleen al met het oog op de aktualiteit, de recente aanpassing van de Wet voorkeursrecht gemeenten, mag niet onvermeld blijven dat de problematiek van rechten en plichten van koper en verkoper ook speelt bij het voorkeursrecht van gemeenten.¹⁵⁾ Formeel gezien heeft de gemeente slechts 'voorrang'. De burger wordt in eerste instantie niet gedwongen om te verkopen, slechts als de burger zelf het initiatief neemt om tot vervreemding over te gaan wordt hij in zijn mogelijkheden beperkt doordat de gemeente in de gelegenheid moet worden

8. Hieruit kan men bijvoorbeeld afleiden dat de overheid na het mislukken van de onderhandelingen in de dagvaarding melding moeten maken van de mislukte poging tot minnelijke verwerving, zie in deze zin H.J.M. van Mierlo in *Onteigening en eigendomsbeperking* (losbl.), Bijz. I.B.II - p. 1 v.
9. Zie voor een beschrijving van het onderhandelingsproces Wijting a.w. p. 96-97 en De Haan a.w. (1996) § 4.2.2.
10. Het vonnis heeft een titelzuiverende werking, zie Van Zundert a.w. (1991) op p. 16, zie ook Van Mierlo a.w. (1991) p. 121. De schadeloosstelling is definitief en totaal. Zie op dit punt bijvoorbeeld Kleijn in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, *Preadvisen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985*, Deventer 1985, p. 101 (ontteigening heeft geen vrijwaringsplicht) en ook op p. 98 (de verkoper kan het op onteigening laten aankomen geleet op de voordelen die dit kan bieden, zoals het ontbreken van een garantielijp).
11. Gedacht kan worden aan exoneratieclausules of aan bepalingen waarin de gemeente haar recht reserveert voor zover levering van het verkochte onrechtmatig is.
12. Zie Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 1996 (*Gemeente Helmond - Van Bree*), gepubliceerd elders in dit nummer.
13. Zie summier Kleijn a.w. (1985) p. 101. Zie ook W.J.I. van Wijmen, *Acceptatie van het aanbod bij onteigening*, (oratie) Deventer 1957, die echter de situatie bespreekt waarin partijen het eens worden en toch voor afwikkeling via de gerechtelijke procedure kiezen. Wijting a.w. § III-A bespreekt wel de verschillen tussen civielrechtelijke eigendomsverdracht en onteigeningsvonnis, maar gaat slechts in op de positie van derden en de titelzuiverende werking.
14. In oud BW-terminologie: 'instaan' voor afwezigheid van gebreken.
15. Zie de Wet voorkeursrecht gemeenten van 22 april 1981, *Stb.* 236, zoals nadien gewijzigd, recentelijk bij Wet van 4 juli 1996, *Stb.* 389. Zie over de achtergrond van de wijziging De Haan a.w. (1996) p. 165 met verwijzingen, W.G. Huijgen, *Wijziging van de Wet Voorkeursrecht Gemeenten*, WPNR 6206 (1995), D.W. Bruil en H.W. de Wolff, *Gemeenten en agrarische grond*, *Agrarisch recht* 1996, p. 282 op p. 283-285, J.C. Toorman, *Inwerkingtrading wijziging Wet Voorkeursrecht Gemeenten*, WPNR 6245 (1996).

dacht gericht geweest op situaties waarin de overheid verkoper was. Met name kan worden gedacht aan de bekende arresten van de Hoge Raad inzake de *Haagse gasfabriek* en de *Maas-sluis-zaken*.³⁶ Rechtspraak waarin de gemeente als koper optrad is schaars. In dit verband kan worden gewezen op een vonnis van de rechtbank Amsterdam uit 1987,³⁷ waarin de rechtbank een strenge onderzoeksplicht oplegde aan de koper-gemeente. In deze zaak was tijdens de onderhandelingen beperkt onderzoek gedaan naar verontreinigingen; de rapporten waren niet ongunstig maar gaven aan dat nader onderzoek gewenst was. De koop kwam tot stand zonder dat nader onderzoek was verricht. De rechtbank was van oordeel dat de verkoper aan zijn mededelingsplicht had voldaan en dat de gevolgen van het niet nader onderzoeken voor risico van de gemeente kwamen, waarbij de rechtbank overwoog: 'De rechtbank neemt hierbij in aanmerking, dat, gelet op de onderlinge verhouding van partijen, de Gemeente ook op dit terrein bij uitstek deskundig is. Zij heeft immers een ambtelijk apparaat te harer beschikking, dat volledig in staat geacht moet worden, het hier bedoeld onderzoek uit te voeren en vervolgens deskundig te evalueren.'³⁸

De deskundigheid van partijen is ook van belang bij de bepaling van de spreekplicht. Ook hier zijn er mogelijkheden om rekening te houden met de deskundigheid van de overheid. In dit verband kan weer worden gewezen naar het *Hoog Catharijne-complex*-arrest,³⁹ waarin de reikwijdte van de verplichting van de verkoper alle informatie te verschaffen mede werd bepaald door hetgeen aan onderzoeksinspanningen van de kant van de koper mag worden verwacht. Hoewel het in deze zaak om een zeer specifieke feitenconstellatie ging (zeer complexe onroerend goed transactie; 'due diligence') zou men de in algemene termen vervatte overwegingen kunnen toepassen op 'onteigenings'zaken, in de zin dat bij minnelijke verwerving van de overheid een maximale onderzoeksinspanning kan worden verwacht met een daarmee corresponderende minimale spreekplicht van de verkoper.

7. Samenhang binnen het onteigeningsrecht

Hoewel zoals uit bovenstaande blijkt binnen het kader van het moderne privaatrecht allerlei mogelijkheden bestaan om recht te doen aan de speciale positie van koper en verkoper bij minnelijke verwerving in het kader van onteigening, is een meer principiële stellingname gewenst. Kiest men er voor bij minnelijke verwerving de verantwoordelijkheden vanuit het perspectief van 'koop' te benaderen, of kiest men voor een benadering waarin de verkoper zoveel mogelijk wordt geplaatst in de positie alsof er onteigend is? Bij de beantwoording van deze vraag ontkomt men er mijns inziens niet aan rekening te houden met de gerichtheid van onderhandelingen in het kader van minnelijke verwerving op de 'echte' onteigening. In de praktijk zijn de in het kader van een minnelijke verwerving gevoerde onderhandelingen zeer sterk gericht op de 'echte' onteigeningsprocedure. De minnelijke verwerving gebeurt op basis van de uitgangspunten van onteigening. Doordat via de 'echte' onteigeningsprocedure in de rechtspraak een uitgewerkt systeem voor de waardebeoordeling is ontstaan, richten partijen bij onderhandelingen zich op deze jurisprudentie.⁴⁰ De prijs

en vergoeding van bijkomende kosten die uiteindelijk in een onteigeningsprocedure vastgesteld zouden worden is het richtsnoer voor partijen.⁴¹ Bij de vraag hoe een minnelijke verwerving benaderd moet worden kan deze praktijk niet worden genegeerd. Uiteindelijk moet mijns inziens de samenhang binnen het onteigeningsrecht zelf het zwaarste wegen. Een minnelijke verwerving is in het belang van alle partijen, en voorkomen moet worden dat de burger/verkoper voor de gerechtelijke procedure kiest wegens duidelijke voordelen die dit biedt. Een meer principiële punt is, zie de eerder besproken visies, dat nu de overheid de eigendomsverwerving initieert en uiteindelijk ook kan doorzetten, de burger een optimale bescherming verdient. Een minnelijke verwerving dient gelet op de samenhang binnen het onteigeningsrecht zoveel mogelijk gelijk gesteld te worden aan een 'echte' onteigening. De 'echte' onteigening waaraan de minnelijke verwerving zoveel mogelijk gelijk gesteld moet worden bestaat uit een dagvaardingsprocedure. In de fase van de waardevaststelling, in de fase van de afwikkeling van de onteigening, wordt vreemd genoeg de bescherming van de burger gezocht in een civiele dagvaardingsprocedure. Waar men normaal gesproken de bescherming zou zoeken in een met voldoende waarborgen omklede administratieve procedure, is het bij onteigening zo dat de burger zich 'mag' laten dagvaarden. Dit slechts historisch te verklaren verschijnsel roept een aantal problemen op. In dit verband kan worden gewezen op de mededelingsplicht van de verkoper en op de mogelijkheid om ten behoeve van de koper garanties of exoneraties op te nemen. De mededelingsplicht van een partij is in het materiële recht minder ontwikkeld dan in het procesrecht.⁴² Zo zal bijvoorbeeld een mededelingsplicht van de burger/verkoper voor gebreken als bodemverontreiniging⁴³ in de gerechtelijke procedure moeilijk tot uiting komen. Een overeenkomst biedt de mogelijkheden

om achteraf nog te procederen over wanprestatie, dwaling, prijsaanpassing en schadevergoeding. Bij een gerechtelijk vonnis is men aangewezen op de beperkte mogelijkheden van het request civiel.⁴⁴ Bij een koop kunnen partijen door middel van garanties en exoneraties zelf de reikwijdte van de verplichtingen vaststellen. Bij een onteigeningsprocedure staan slechts de beslissing tot onteigening en de waardebeoordeling ter discussie. Het gekozen standpunt dat een minnelijke verwerving zoveel mogelijk gelijk gesteld moet worden met een 'echte' onteigening leidt hier tot een zekere spanning. Uiteraard kan men de oplossing zoeken in wijziging van de procedure, die inderdaad aan herziening toe is, alleen al op het punt van de combinatie van toetsing van het onteigeningsbesluit en waardebeoordeling door de rechter in dezelfde procedure.⁴⁵ Zolang men echter vasthoudt, en wijzigingen op dit punt lijken niet te verwachten, aan de waardebeoordeling via de contentieuze civiele procedure, blijft deze spanning tussen de mogelijkheden van het materiële recht en het procesrecht bestaan. De rechter zal hier zorgvuldig mee moeten omgaan in het besef dat zoveel mogelijk recht dient te worden gedaan aan de samenhang in het onteigeningsrecht.

SUMMARY

Eminent domain, obtaining by agreement and the rights and duties of buyer and seller

In The Netherlands, the exercise of the right of eminent domain by the government is an important instrument for acquiring land. The statute pertinent to eminent domain provides for a duty to negotiate prior to the exercise of the right. In case the (local) government buys the land after such negotiations, the question arises whether the resulting 'sale' should be treated as any other sale or whether it should be viewed as an act within the sphere of public law. The question is especially important when determining the rights and duties of buyer and seller. The author argues that unity should be established between 'voluntary' sales under threat of exercise of eminent domain and actual taking of property by way of eminent domain.

44. Zie art. 382 v. Rv. Zie echter in dit verband HR 4 oktober 1996, *RvdW* 1996, 197C, waarin het begrip 'bedrog' in art. 382 Rv. ruim werd uitgelegd.

45. Het lijkt bevredigender eerst de rechtmatigheid van de onteigening vast te stellen zodat de beslissing dus onontkoombaar is, en dan in een vervolgetraject de waarde te bepalen. Zie over wijziging van de procedure Van Mierlo a.w. (1991) p. 122 v., zie ook F.J.M. de Kousmaeker, *Praktijkaspecten vastgoed*, Alphen a/d Rijn (4e druk 1994) p. 448. Van diverse kanten is al op revisie van de wet aangedrongen, zie bijvoorbeeld ook Van Zundert a.w. (1991) p. 20 en a.w. (1996) p. 620.

NAZORG IN EN AAN HET WETSVOORSTEL 'NAZORG STORTPLAATSEN'

P.G.J. van den Berg

1. Inleiding

De zogenaamde 'nazorg' voor stortplaatsen van afval vormt het onderwerp van het wetsvoorstel 'Aanvulling van de Wet milieubeheer met een regeling ter waarborging dat gesloten stortplaatsen geen of zo min mogelijk nadelige gevolgen voor het milieu hebben, alsmede wijziging van de Wet bodembescherming'.¹ De essentie van het wetsvoorstel kan in enkele zinnen worden weergegeven. Provinciale staten stellen een heffing in ter bestrijding van de kosten van nazorg, welke heffing geheven zal worden van degenen die stortplaatsen drijven. Gedeputeerde staten richten een fonds op waarin de opbrengsten van deze heffing worden gestort en waaruit de kosten in verband met de nazorg worden bestreden. Deze feitelijke nazorg bestaat kortweg in het aanbrengen of herstellen van voorzieningen ter bescherming van de bodem, de regelmatige inspectie daarvan en het regelmatige onderzoek van de bodem.² Het wetsvoorstel vormt een concretisering van de algemene gedachte - de zorgplicht - die is neergelegd in art. 1.1a van de

Wet Milieubeheer: 'Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht. (Deze zorg) houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.' Tegelijkertijd wordt met het wetsvoorstel een bestaande praktijk gereguleerd en uitgebreid: voor een aantal stortplaatsen zijn reeds omvangrijke middelen gereserveerd, hetzij op eigen initiatief, hetzij vanwege een in de vergunningvoor-

36. Zie HR 13 nov. 1987, *NJ* 1988, 139; *M&R* 1988, p. 113, nt Grosheide; *TMA* 1988, p. 83, nt Van Dunne; *BR* 1988, p. 206; *Gem.stem* 1988, 6852; *AB* 1988, 338, nt Van Ballebooi en HR 9 okt. 1992, *NJ* 1994, 286-289, nt C.J.H.B.; *M&R* 1994, nrs 16a-16d, nt Klik onder nr 20; *TMA* 1993, p. 59, nt Kottenhagen; *BR* 1993, p. 366, nt Broekema-Engelen; *AA* 1993, p. 644, nt Hijma; zie ook Hoge Raad 19 febr. 1993, *NJ* 1994, 290, nt C.J.H.B.; *M&R* 1994, nr 17, nt Klik onder nr. 20; *BR* 1993, p. 384; *NTBR* 1993, p. 214, nt Van Rossum (Gemeente Groningen - Erven Zuidema) en ook Hof Amsterdam 21 april 1994, *TMA* 1994, p. 136, nt Klik, *M&R Jurisprudentie* 1994, 85K (Gemeente Ouder-Amstel - Van Walree).

37. Rb. Amsterdam 4 maart 1987, *TMA* 1988, p. 60; *BR* 1988, p. 677 (Tiemstra - Gemeente Amsterdam).

38. Het vonnis ging in feite over het beroep op dwaling van de gemeente en de door de gemeente zonder overleg met de verkoper opgenomen vrijwaringsclausule. Het beroep op dwaling werd afgewezen; de gemeente kon zich ook niet op de vrijwaringsclausule beroepen.

39. HR 22 dec. 1995, *NJ* 1996, 300.

40. Zie Van Zundert a.w. (1996) p. 14-18, zie ook expliciet De Haan a.w. (1996) p. 162-163, die over 'aankoop op onteigeningsbasis' spreekt en nadrukkelijk het gelijkheidsbeginsel noemt.

41. Zie bijvoorbeeld de feiten van de zaak Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 1996 (Gem. Helmond - Van Bree), gepubliceerd elders in dit nummer: in de kooprijzen waren alle schadeopstellingen en/of vergoedingen, die in geval van onteigening verschuldigd zouden zijn, begrepen.

42. Zie voor een overzicht Asser-Vranken *Algemeen Deel* (1995), met name nr. 19 v. Zie in het onteigeningsrecht overigens art. 30 Onteigeningswet.

43. Vergelijk de casus van Gemeente Helmond - Van Bree, Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 1996, elders in dit nummer. In deze zaak ging het om in de grond opgeslagen tonnen met chemisch afval (bestrijdingsmiddelen) en olie.

1. TK 1994-1995, 24 321, nr 2.

2. Zie art. 8.49 van het wetsvoorstel.