

TBR 2015/18

Kroniek onteigeningsjurisprudentie 2014

– Mr. M.W. Scheltema, mr. M. Rus-van der Velde, mr. J.S. Procee, mr. R.T. Wiegerink en mr. K.E. Haan¹

1. Inleiding

Dit is alweer de vijfde kroniek onteigeningsjurisprudentie. Ook dit jaar hanteren wij dezelfde indeling als in voorgaande jaren. In 2014 zijn er veel uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op het onteigeningsprocesrecht. De jurisprudentie over het schadeloosstellingsrecht had voornamelijk betrekking op de waardebeoordeling van de onteigende onroerende zaak. Het eliminatievraagstuk is in de rechtspraak veel aan de orde geweest. Dit heeft interessante uitspraken opgeleverd. Ten slotte maken wij onder het kopje varia nog melding van de voortgang in de ‘onteigening’ van SNS Reaal en SNS Bank. In ieder geval komt de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de orde, maar ook een aantal interessante uitspraken van lagere rechters zal worden besproken.

2. Onteigeningsprocesrecht

2.1 Overschrijding redelijke termijn

In zijn arrest van 28 maart 2014² heeft de Hoge Raad in een onteigeningszaak beslist dat een vordering tot vergoeding van immateriële schade wegens een onredelijk lange duur van een civiele procedure moet worden ingesteld in een afzonderlijke procedure tegen de Staat. Met dit oordeel, dat niet alleen voor onteigeningsprocedures, maar voor alle civiele procedures geldt, wijkt de Hoge Raad uitdrukkelijk af van de gang van zaken in het bestuursrecht. In bestuursrechtelijke procedures is door de hoogste bestuursrechters een stelsel ontwikkeld (dat inmiddels vergaand is geüniformeerd³), waarbij de Staat in bestuursrechtelijke procedures op de voet van 8:88 e.v. Awb kan worden veroordeeld tot

vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn. Daarbij wordt de Minister van Veiligheid en Justitie in het geding opgeroepen. In een civiele procedure acht de Hoge Raad het echter niet nodig dat de beoordeling van de termijnoverschrijding in de lopende procedure plaatsvindt. De Hoge Raad acht het betrekken van de Staat in een lopende civiele procedure bovendien bezwaarlijk in te passen in het Nederlandse burgerlijk procesrecht, behoudens die gevallen waarin de Staat al procespartij is. Ook doet de Hoge Raad aan externe rechtsvergelijking door erop te wijzen dat in de ons omringende landen de beoordeling van een vordering tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures, plaatsvindt in een afzonderlijke procedure. De afzonderlijke civiele procedure over de vraag of de eerdere civiele procedure te lang heeft geduurd, kan in bijna alle gevallen worden gevoerd voor de kantonrechter, waar rechtsbijstand niet verplicht is. De Hoge Raad heeft beslist dat voor deze afzonderlijke procedure geen griffierecht mag worden geheven, omdat in de zaak waarin de redelijke termijn zou zijn overschreden in de regel reeds griffierecht is betaald. De behandeling van de vordering tot immateriële schadevergoeding moet worden aangehouden tot na de einduitspraak in het eigenlijke geschil, dus eventueel tot na het hoger beroep of cassatie, omdat de duur van de gehele procedure voor de beoordeling van belang kan zijn. Dit kan in sommige gevallen heel lang duren. Het is de vraag of de beslissing van de Hoge Raad in zoverre voldoet aan de eisen die het EHRM stelt, omdat volgens het EHRM onder omstandigheden ook tijdens een lopende procedure kan worden geklaagd over een overschrijding van de redelijke termijn.⁴ Aanspraak kan naar het oordeel van de Hoge Raad worden gemaakt op een vergoeding van € 500 voor ieder half jaar waarmee de redelijke termijn is overschreden, zoals ook in bestuursrechtelijke procedures het geval is. Anders dan in bestuursrechtelijke zaken kan op de vraag wanneer in civiele procedures van een termijnoverschrijding sprake is, volgens

¹ De auteurs zijn allen advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevoer Fortuijn te Den Haag

² HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser en O&A 2014/53 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (X/De Bilt).

³ Zie ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

⁴ EHRM 23 april 1987, serie A, vol. 117, nr. 51-54 en 60 (Poiss); zie ook de noot van Asser, NJ 2014/525, par. 5.

de Hoge Raad geen algemeen antwoord worden gegeven. Dat is afhankelijk van omstandigheden van het geval.

2.2 Vervanging rechter na mondelinge behandeling

Net als het geval was bij de schadevergoeding in verband met de overschrijding van de redelijke termijn, heeft de Hoge Raad ook een onteigeningszaak aangegrepen om algemene regels te geven voor het geval waarin een rechter wordt vervangen na de mondelinge behandeling. In zijn arrest van 31 oktober 2014⁵ heeft hij geoordeeld dat als in de periode tussen de mondelinge behandeling en de uitspraak van de rechter een of meer van de rechters van de zetel worden vervangen, partijen daarover moeten worden geïnformeerd onder opgaaf van redenen en de beoogde uitspraakdatum. Elke partij mag dan een nadere mondelinge behandeling verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen. Als er geen proces-verbaal is van de eerdere zitting mag een dergelijk verzoek niet worden afgewezen. Als er wel een proces-verbaal is, is een specifieke motivering vereist bij afwijzing van het verzoek. In zoverre komt de Hoge Raad terug van zijn eerdere rechtspraak.⁶ De Hoge Raad motiveert deze oordelen door erop te wijzen dat het (niet onbegrensde) recht van partijen hun standpunten mondeling ten overstaan van de rechter uiteen te zetten, een fundamenteel beginsel van burgerlijk procesrecht is, dat is neergelegd in artikel 134 Rv en ook voortvloeit uit artikel 6 EVRM.⁷ Een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling (daaronder begrepen een comparitie van partijen of pleidooi in dagvaardingszaken), behoort, behoudens bijzondere omstandigheden, te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, om te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing. Deze regel heeft volgens de Hoge Raad in de afgelopen decennia aan betekenis gewonnen door het toegenomen gewicht van de mondelinge behandeling in de civiele procedure. In verzoekschriftprocedures is de mondelinge behandeling hoofdregel (artikel 279 lid 1 Rv, artikel 362 Rv). In dagvaardingsprocedures is in eerste aanleg de comparitie na antwoord hoofdregel geworden (artikel 131 Rv), en in hoger beroep heeft de comparitie na aanbrengen ingang gevonden. Bovendien hebben partijen in een dagvaardingsprocedure in

beginsel recht op pleidooi. Mondelinge interactie tussen partijen en de rechter ter zitting kan van wezenlijke invloed zijn op de oordeelsvorming van de rechter, en kan niet altijd volledig in een proces-verbaal worden weergegeven, nog daargelaten dat het opmaken van een proces-verbaal niet in alle gevallen wettelijk is voorgeschreven. Aan het belang dat de op een mondelinge behandeling volgende uitspraak wordt gewezen door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, zal echter niet onder alle omstandigheden kunnen worden tegemoet gekomen. Zo kan een rechter in de loop van de behandeling van een zaak defungeren, overlijden of langdurig ziek worden.

De Hoge Raad ziet geen grond om voor onteigeningszaken anders te oordelen dan voor civiele procedures in het algemeen. Deze zaak speelt zich af in een wezenlijk ander onteigeningsrechtelijk stelsel dan dat waarin het arrest van 11 maart 1964⁸ is gewezen. In dat arrest in een onteigeningszaak had de Hoge Raad nog beslist dat na vervanging van een rechter altijd een nieuwe mondelinge behandeling moet volgen. In het huidige stelsel is er volgens de Hoge Raad geen grond om voor het pleidooi in onteigeningszaken specifieke maatstaven aan te leggen. De omstandigheid dat de pleitzitting in onteigeningszaken een belangrijke rol speelt, mede door de aanwezigheid van deskundigen, is daartoe onvoldoende. Immers, de mogelijkheid van partijen om hun standpunten, de reactie op het rapport van deskundigen daaronder begrepen, kenbaar te maken aan de rechters die de uitspraak zullen wijzen, is in het onteigeningsgeding niet minder gewaarborgd dan in civiele procedures in het algemeen. Ook voor onteigeningszaken gelden dus de nieuwe regels.

2.3 Opzegging erfpacht- of opstalrecht

In zijn arrest van 31 oktober 2014⁹ heeft de Hoge Raad beslist dat de mogelijkheid tot onteigening van een erfpacht- of opstalrecht op grond van artikel 4 Ow niet in de weg staat aan het creëren van de mogelijkheid van opzegging van dat recht door de overheid als grondeigenaar op grond van de artikelen 5:87 lid 3 en 5:104 lid 2 BW. In dit geding verzetten een groep houders van opstalrechten op ringdijkpercelen rondom de Haarlemmermeer zich tegen (onder meer) een wijziging van de opstalvoorwaarden, die het Hoogheemraadschap als eigenaar van de ringdijk in 2007 heeft doorgevoerd. Met die wijziging werd de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging van de opstalrechten om redenen van algemeen belang ingevoerd. De opstalhouders (deels

⁵ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, RvdW 2014/1205 (X c.s./Staat).

⁶ Vgl. HR 25 september 1941, NJ 1942/227, HR 5 april 1963, NJ 1963/338 en HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26.

⁷ Zie bijvoorbeeld HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2013, RvdW 1996/70.

⁸ HR 11 maart 1964, NJ 1964/182.

⁹ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, TBR 2015/32, m.gastnt. W.J.E. van der Werf, NJ 2015/13 (SBOH c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland).

verenigd in een stichting) stelden zich op het standpunt dat deze beëindigingsmogelijkheid een onaanvaardbare doorkruising van de onteigeningswet opleverde, omdat beëindiging langs privaatrechtelijke weg eenvoudiger is dan onteigening en leidt tot een minder hoog vergoedingsniveau. Dit standpunt werd door zowel Hof Den Haag¹⁰ als de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad wijst erop dat de artikelen 5:87 lid 3 en 5:104 lid 2 BW uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid van opzegging van erfpacht- en opstalrechten door de grondeigenaar. De bevoegdheid daartoe kan worden opgenomen in de akte van vestiging. Voor een opzegging van erfpacht of opstal in het algemeen belang of voor gebruik ten algemene nutte is geen bijzondere regeling getroffen. Dat de vergoeding die de opstalhouder bij onteigening krijgt in voorkomende gevallen hoger kan zijn dan de vergoeding die hij krijgt bij privaatrechtelijke beëindiging, maakt dat niet anders volgens de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt dat de artikelen 5:99 en 5:105 lid 3 BW bij het einde van het erfpacht- en opstalrecht aanspraak geven op volledige vergoeding van de waarde van de aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen. Ook (andere) schade komt onder omstandigheden voor vergoeding in aanmerking, met dien verstande dat niet altijd al het nadeel door de beëindiging wordt vergoed. Dat komt, zo licht de Hoge Raad toe, doordat de grondeigenaar zich op grond van de artikelen 5:87 lid 3 en 5:104 lid 2 BW de bevoegdheid tot opzegging mag voorbehouden en in verband daarmee 'sommige gevolgen van de uitoefening van die bevoegdheid soms voor eigen rekening van de erfpachter of de houder van het opstalrecht kunnen blijven'. Bij een onteigening is geen sprake van de uitoefening van deze bevoegdheid en is juist uitgangspunt dat het erfpacht- of opstalrecht zou hebben voortgeduurd, aldus de Hoge Raad. Al met al kon het Hoogheemraadschap als eigenaar van de ringdijk in dit geval dus de opstalvoorwaarden ten aanzien van een groep houders van opstalrechten wijzigen, waardoor in de toekomst tussentijdse opzegging van dat opstalrecht mogelijk wordt.

2.4 Hypotheekhouder derdebelanghebbende?

In artikel 3 Ow is geregeld wie derdebelanghebbenden zijn. Derdebelanghebbenden hebben in beginsel recht op schadeloosstelling. De Kroon hanteert in de administratieve onteigeningsprocedure een iets ander derdebelanghebbendenbegrip dan de onteigeningswet. Voor de Kroon lijkt doorslaggevend te zijn of iemand direct in zijn belang wordt geraakt door de onteigening. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest van 5 augustus 2014¹¹ in hoger beroep geoordeeld dat de hypotheekhouder

in de administratieve fase geen belanghebbende is aan wie op grond van artikel 3:13 Algemene wet bestuursrecht een kennisgeving moet worden gezonden van de terinzagelegging van het ontwerpbesluit tot aanwijzing ter onteigening en van de mogelijkheid voor belanghebbenden daartegen zienswijzen in te brengen. Aanleiding voor deze procedure was de administratieve procedure waarin het betreffende bestuursorgaan aan de Kroon had verzocht onroerende zaken ter onteigening aan te wijzen. De hypotheekhouder had geen persoonlijke kennisgeving ontvangen van de terinzagelegging. Het bevoegde van de hypotheekhouder dat de vordering tot onteigening moest worden afgewezen, werd door Rechtbank Midden-Nederland gehonoreerd. De onteigene gemeente wist dat oordeel in hoger beroep echter met succes te bestrijden. De kwestie heeft tot veel onzekerheid voor de onteigeningspraktijk geleid, omdat de Kroon het oneens was met de rechtbank en weigerde de hypotheekhouder als belanghebbende te beschouwen. In de notitie van de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat van 14 januari 2014 is vermeld dat de Corporate Dienst daartoe vooralsnog geen aanleiding zag, onder meer omdat de hypotheekhouder gelet op het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013¹² geen zelfstandig recht op schadevergoeding heeft. Met het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden zijn de Kroon en de onteigeningsrechter (vooralsnog) weer op één lijn gekomen. Thans is een cassatieberoep aanhangig tegen het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden. In de volgende kroniek hopen we het arrest van de Hoge Raad te kunnen bespreken.

2.5 Onteigening appartementsrechten

In de vorige kroniek bespraken wij het arrest van de Hoge Raad van 29 maart 2013¹³ over de onteigening van een deel van de onroerende zaken betrokken in een gemeenschap van appartementsrechten. Uit dit arrest volgt dat appartementsrechten niet (afzonderlijk) kunnen worden onteigend. De titelzuiverende werking van artikel 59 lid 3 Ow brengt echter wel met zich dat de inschrijving van het onteigeningsvonnis tot gevolg heeft dat de met betrekking tot de onteigende zaak bestaande appartementsrechten vervallen. In het hiervoor in een ander verband besproken arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁴ lijkt het hof de onteigening uit te spreken van appartementsrechten. Dat is echter niet mogelijk, zo volgt uit het voormelde arrest van de Hoge Raad.¹⁵ In een ander geval leidde de

¹⁰ Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519.

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6234, TBR 2014/115 m.nt. B.S. ten Kate (*Leusden/X* c.s.).

¹² HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6532, NJ 2014/86, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*X/Staat*).

¹³ HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8665, NJ 2013/474 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Staat/Kroon* c.s.).

¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6234, TBR 2014/115 m.nt. B.S. ten Kate (*Leusden/X* c.s.).

¹⁵ Zie in dit verband de noot van B.S. ten Kate bij het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in TBR 2014/155 (par. 4).

onteigening van appartementsrechten volgens de Rechtbank Overijssel, in haar vonnis van 19 maart 2014¹⁶, niet tot problemen, omdat de houders van de twee appartementsrechten tevens de enige twee leden van de Vereniging van Eigenaars vormden ten name waarvan de eigendom van het te onteigenen kadastrale perceel was geregistreerd.

2.6 Datum deponering deskundigenrapport

Als in een onteigeningsprocedure een vervroegde Adescente heeft plaatsgevonden, moet de rechtbank in haar onteigeningsvonnis de datum vaststellen waarop het deskundigenrapport zal worden gedeponerd (artikel 54j lid 2 Ow). Niet-inachtneming van dit voorschrift leidt echter niet tot nietigheid van het vonnis. Dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014.¹⁷ De Hoge Raad heeft met zijn beslissingen het standpunt van zijn waarnemend Advocaat-Generaal Van Oven gevolgd.¹⁸ De waarnemend A-G wees er overigens terecht op¹⁹ dat verwerping van het cassatieberoep tot gevolg heeft dat het onteigeningsvonnis een jaar later in kracht van gewijsde gaat en voor inschrijving vatbaar wordt. Dat brengt (ingevolge artikel 40a jo. artikel 80 Ow) mee dat ook de peildatum waarnaar de schadeloosstelling moet worden bepaald verschuift. Het verzuim van de rechtbank om een datum voor deponering van het rapport te bepalen, schaaft daarom niet, omdat die datum toch onhaalbaar zou zijn geweest als gevolg van het cassatieberoep.

2.7 Benoeming derde (artikel 20 Ow)

In zijn arrest van 27 juni 2014²⁰ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als in een onteigeningsprocedure de in het Koninklijk Besluit vermelde eigenaar is overleden, ingevolge artikel 20 Ow voorafgaand aan het uitbrengen van een dagvaarding een derde moet zijn benoemd tegen wie de procedure kan worden gevoerd. Hangende de procedure kan geen derde meer worden benoemd. Niet naleving van dit procedurele voorschrift leidt tot niet-ontvankelijkverklaring van de onteigenaar in zijn vordering. In dit geval had de Rechtbank Noord-Nederland volgens de Hoge Raad ten onrechte (1) na aanvang van het geding de mogelijkheid geopend tot benoeming van een derde, (2) de gemeente in de gelegenheid gesteld daartoe een verzoek te doen, en (3) de onteigening van het perceel uitgesproken tegen (de erfgenaam als) een derde in de zin van

artikel 20 Ow. De Hoge Raad volgt hiermee de (lezenswaardige) conclusie van zijn waarnemend Advocaat-Generaal Van Oven.²¹ Ten aanzien van de erfgenaam had de rechtbank in haar tussenvonnis geoordeeld dat hij in zijn hoedanigheid van erfgenaam ten onrechte is gedagvaard en zij is van dat oordeel in haar onteigeningsvonnis niet teruggekomen, zo oordeelt de Hoge Raad. Door dit laatste oordeel lijkt niet te kunnen worden uitgesloten dat ingeval de in het onteigeningsbesluit vermelde eigenaar is overleden, onder omstandigheden toch de mogelijkheid bestaat diens erfgenaam te dagvaarden, zonder dat dit leidt tot niet-ontvankelijkverklaring van de onteigenaar in diens vordering. In een eerder vergelijkbaar geval²² leidde het dagvaarden van de gezamenlijke erfgenamen tot niet-ontvankelijkverklaring, maar destijds was sprake van meerdere erfgenamen. De Hoge Raad dichtte (in r 3.7) aan die omstandigheid betekenis toe bij de niet-ontvankelijkverklaring van de onteigenaar, door te overwegen dat (mogelijk tot oponthoud leidende) complicaties kunnen rijzen voor het geval zij het onderling niet eens zijn. Onzeker lijkt al met al te zijn of dagvaarding van een erfgenaam in alle gevallen moet leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van de onteigenaar in zijn vordering.

3. Schadeloosstelling

3.1 Waarde van het onteigende

3.1.1 Eliminatie

Anders dan vorig jaar²³ beperkt de dit jaar te bespreken jurisprudentie over de waardering van het onteigende zich tot de eliminatiereguleer en het daarmee nauw verbonden fenomeen verwachtingswaarde. Begin 2014 vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 11 december 2012 en het daaraan ten grondslag liggende tussenarrest van 31 januari 2012.²⁴ Dit arrest van de Hoge Raad vormt een nieuwe stap in het onteigeningsgeding tussen de Provincie Zuid-Holland en de gebroeders Verburg, welk geding (mede) heeft geleid tot een van de 9 juli 2010 arresten inzake de eliminatie van planologie.²⁵

²¹ HR 27 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:346.

²² HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2656, NJ 2006/240, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*X/Sittard-Geleen*).

²³ Toen bespraken wij waarderingsmethoden, de eliminatiereguleer en de egaliseringsreguleer (complexen).

²⁴ HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:326, Hof 's-Gravenhage (tussenarrest) 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1909, TBR 2013/29, m.nt. Van der Schans en BR 2013/47, m.nt. E.W.J. de Groot. Het eindarrest van 11 december 2012 is niet gepubliceerd. Dit arrest van het hof is ook besproken in onze kroniek over 2012, zoals gepubliceerd in TBR 2013/22. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ons kantoor de provincie bijstaat in dezen.

²⁵ HR 9 juli 2010, RvdW 2010/851 (*Verburg c.s./PZH*) ECLI:NL:HR:2010:BN0761.

¹⁶ Rb. Overijssel 19 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1935 (*Ommeu/X c.s.*).

¹⁷ HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:897, NJ 2014/215 (*X c.s./Terneuzen*).

¹⁸ HR 11 april 2014, ECLI:NL:PHR:2014:29.

¹⁹ In par. 3.17 van zijn conclusie.

²⁰ HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1537, NJ 2014/348 (*X/Hoogveen*).

In het arrest van 14 februari 2014²⁶ stond alleen nog de waardering van het onteigende door het Hof ter discussie. Het Hof bepaalde die waarde op € 9,50/m², zijnde de agrarische waarde in het gebied met inachtneming van enige opwaartse druk op de prijzen vanwege een oprukkende verstedelijking.²⁷ Daarbij passeerde het Hof de aanspraak die Verburg maakte op verwachtingswaarde, omdat het onteigende, de onteigening (en het bestemmingsplan) weggedacht, gezamenlijk met de omliggende gronden tot woongebied zou worden ontwikkeld. Het Hof concludeerde namelijk dat in een eerdere fase van de procedure al was komen vast te staan dat het onteigende geen complex vormde met de omliggende gronden. Dat bracht ook mee dat het onteigende niet kon delen in de uit de mogelijke ontwikkeling van die gronden voortvloeiende hogere waarde.²⁸

De Hoge Raad gaat hierin niet mee. Het feit dat het onteigende geen deel uitmaakt van een complex laat onverlet dat een redelijk handelend koper en verkoper tot een hoger dan agrarische waarde kunnen komen wegens de verwachting dat het onteigende, de onteigening en (in dit geval) het bestemmingsplan weggedacht, tot ontwikkeling zou komen samen met de omliggende gronden. De vraag of dat zo is, beantwoordt de Hoge Raad niet, maar het Hof had dit ten onrechte niet onderzocht.

De Hoge Raad benadrukt hier dat artikel 40d Ow, alleen een positieve kant kent: als het onteigende behoort tot een complex met omliggende gronden dan behoort te worden geëgaliseerd overeenkomstig artikel 40d Ow. Behoort het onteigende evenwel niet tot dat complex, dan betekent dit niet dat bij de waardering geen rekening mag worden gehouden met dat complex. Dan geldt immers de hoofdregel. Als een redelijk handelend koper aan het naastgelegen complex, het te ontwikkelen woongebied, de verwachting mag ontnemen dat het onteigende op termijn zou worden ontwikkeld en hij daarom een hoger dan agrarische waarde zou betalen, dan behoort die hogere waarde te worden vergoed. Of hier in casu sprake van is, zal het Hof Amsterdam nu moeten beantwoorden. Het arrest wordt eind 2015 verwacht.

De belangrijkste jurisprudentie over de waarde van het onteigende komt dit jaar echter niet op conto van de Hoge Raad, maar op die van de Rechtbanken Rotterdam, Zeeland West-Brabant en Midden-Nederland aangaande de toepassing van de *Blindenbelangen/Verburg* maatstaf bij waardeermeerderende bestemmingen. Ter opfrissing:

uitgangspunt bij de waardebepaling is de prijs die tot stand komt tussen een redelijk handelend koper en verkoper (artikel 40b Ow). Daarbij mag geen rekening worden gehouden met het werk waarvoor wordt onteigend, de plannen daarvoor of aan het werk gerelateerde andere (plannen voor) overheidswerken (artikel 40c Ow). Tegelijkertijd is het onderliggende planologisch besluit, vaak het bestemmingsplan, niet aan te merken als het ‘plan voor het werk’.²⁹

Op dat laatste uitgangspunt bestaat echter een belangrijke uitzondering, zoals thans neergelegd in de ‘9 juli arresten’.³⁰ De uitzondering komt erop neer dat wanneer aan het bestemmingsplan een (concreet) plan ten grondslag heeft gelegen voor het werk waarvoor wordt onteigend en het bestemmingsplan alleen is vastgesteld ter juridisch-planologische onderbouwing van het (concreet) plan, het bestemmingsplan wel behoort te worden geëlimineerd bij de waardebepaling.

Deze maatstaf, ook wel *Blindenbelangen/Verburg* maatstaf genoemd, heeft vele pennen in beweging gezet³¹ en wordt geregeld toegepast in de jurisprudentie. Algemeen beeld is dat toepassing van de maatstaf tot voor kort altijd leidde tot eliminatie van het bestemmingsplan in kwestie en de maatstaf ook van toepassing was op zuiver gemeentelijke onteigeningen zonder hogere overheidsinvloed.³² Een andere, niet onverwachte, ontwikkeling was de bevestiging dat de maatstaf ook van toepassing is op waardeermeerderende bestemmingen.³³ Deze ontwikkelingen combinerend was het wachten op een geval waarin een woon- of kantoorbestemming zou worden geëlimineerd. Dat zou bepaald revolutionair zijn, daar bij dit soort onteigeningen de eigenaar altijd aanspraak kan maken op de waarde overeenkomstig het toekomstig gebruik van het

²⁹ Onder meer: HR 22 april 1998 ECLI:NL:HR:1998:ZD2956, NJ 1999/42 (*Zuid-Holland/Paul*), HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1684, NJ 2006/655, m.nt. Van Wijmen (*Staat/Vollering*) en (indirect) nog bevestigd in HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1634, NJ 2010/631, m.nt. Van Wijmen (*Van der Eijk/PZH*) r.o. 4.4.

³⁰ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1634, NJ 2010/631, m.nt. Van Wijmen (*Van der Eijk/PZH*), alsmede gepubliceerd in TBR 2010/204, m.nt. Van der Schans en BR 2011/11, m.nt. E.W.J. de Groot.

³¹ Zie onder meer: J.S. Procee, *De eliminatie van het bestemmingsplan bij de waardebepaling, in: het eliminatiebeginsel in Nederland en België, preadvies voor VvOR en CROW*, IBR 2013, J.R. Vermeulen en J.S. Procee, *Weg is weg*, O&A 2013/4, p. 177-189, J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken*, IBR 2011, p. 119-128 en de verschillende noten bij de jurisprudentie over dit onderwerp. Recent is ook een bijeenkomst van de Vereniging van Onteigeningsrecht aan deze materie gewijd. Zie: F.A. Mulder en S.G.A. de Boer, *Wel of niet het bestemmingsplan elimineren*, Een verslag van de van de Vereniging voor Onteigeningsrecht en de Vereniging van Onteigenings-Advocaten over het eliminatiebeginsel, TBR 2015/4.

³² Zoals ook beschreven in onze voorgaande kronieken gepubliceerd in: TBR 2014/20 (2013), TBR 2013/22 (2012), TBR 2012/26 (2011) en TBR 2011/21 (2010).

³³ HR 8 februari 2013, NJ 2013/318, m.nt. Van Wijmen, TBR 2013/44, m.nt. Van der Schans en BR 2013/110, m.nt. E.W.J. de Groot, ECLI:NL:HR:2013:BY4119.

²⁶ Gepubliceerd in JB 2014/60 (m.nt. Sluysmans) en NJ 2014/324 (m.nt. Van Wijmen) ECLI:NL:HR:2014:326.

²⁷ R.o. 3 van het eindarrest van het hof.

²⁸ R.o. 4.4 en 4.5 van het tussenarrest van 31 januari 2012 en r.o. 2 van het eindarrest van 11 december 2012.

onteigende, mits die waarde hoger is dan de waarde overeenkomstig het huidige gebruik.

De Rechtbanken Rotterdam en Zeeland West-Brabant hebben nu deze stap gezet. In beide gevallen ging het om de onteigening van agrarische gronden voor de realisatie van woningen. Bij de Rechtbank Rotterdam ging het om de realisatie van woonwijk Hoogdalem nabij Gorinchem, een project in drie fasen waarvan al twee waren gerealiseerd.³⁴ De andere procedure betrof de integrale herontwikkeling van een poldergebied in de gemeente Hulst met woningen, een jachthaven, infrastructuur, groenontwikkeling en een golfbaan.³⁵ Genoemde herontwikkeling vond plaats vanwege de beëindiging van de veerdienst Kruiningen-Perkpolder in verband met de ingebruikname van de Westerscheldetunnel. Beide ontwikkelingen betroffen een Publiek-Private samenwerking (PPS) waarbij de overheid gronden verwierf en bouwrijp uitgaf aan een PPS constructie die de bestemming zou realiseren.

De rechtbanken zagen zich geconfronteerd met de vraag of toepassing van de *Blindenbelangen/Verburg* maatstaf zou betekenen dat de betreffende woonbestemmingen moesten worden geëlimineerd. In Gorinchem concludeerde de rechtbank dat aan het bestemmingsplan een (concreet) plan ten grondslag had gelegen. Het ging daarbij voornamelijk om een stedenbouwkundig plan. Dat plan kwalificeerde volgens de rechtbank niet als 'plan voor het werk', maar dat was ook niet nodig daar de maatstaf het bestaan van een (concreet) plan voldoende acht.³⁶ Vervolgens was de vraag wat de waarde van het onteigende dan wel was. Volgens de rechtbank ontleende het onteigende een (hoge) verwachtingswaarde aan de inmiddels al gerealiseerde fase I en II van het project. Die feitelijke realisatie behoorde niet overeenkomstig artikel 40c Ow te worden geëlimineerd, omdat de woningen niet door de overheid zelf waren gerealiseerd, maar door de PPS.³⁷

Inzake *Perkpolder* concludeerde de rechtbank ook dat de vigerende bestemming moest worden geëlimineerd overeenkomstig de *Blindenbelangen/Verburg* maatstaf. De rechtbank lijkt evenwel te concluderen dat de voorliggende plannen (een schetsontwerp, bestuursovereenkomst en een ste-

denbouwkundig schetsontwerp) wel kwalificeren als 'plan voor het werk', zodat de discussie over de interpretatie van de term '(concreet) plan hier minder speelde. Ook was hier kennelijk sprake van een sterkere overheidsinvloed, zodat het gehele project bij de waardebepaling moest worden geëlimineerd en aan het onteigende, anders dan in Gorinchem, geen verwachtingswaarde toekwam vanwege de ontwikkeling op naastgelegen gronden.

Dat het ook anders kan, bewijst het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 17 december 2014.³⁸ De Gemeente Utrecht onteigende voor de realisatie van een stadspark in Leidsche Rijn. Deskundigen beschouwden het onteigende als deel van het complex samen met de gronden benodigd voor de realisatie van de woningbouw. Eliminatie van het bestemmingsplan lag niet in de rede, omdat geen sprake was van een concreet plan in de zin van de jurisprudentie van de Hoge Raad.³⁹

De rechtbank neemt dit oordeel over. De rechtbank past daarbij de door A-G Huydecoper in zijn conclusie bij *Ballast-Nedam/Staat* besproken schaal toe, waarbij aan de ene zijde bestemmingsplannen staan die volledig zijn gebaseerd op al bestaande werkplannen en aan de andere zijde bestemmingsplannen staan die zijn ingegeven door en/of aansluiten bij nog niet vergaand geconcretiseerde beleidsvoornemens die de overheid ten aanzien van het desbetreffende gebied heeft.⁴⁰ Daarvan uitgaande concludeert de rechtbank vervolgens dat de ontwikkeling van Leidsche Rijn zich kenmerkt door zich steeds concreterende beleidsvoornemens, waarin de gemeente een duidelijke eigen afweging maakt ook al is Leidsche Rijn een VINEX locatie geselecteerd door het Rijk. Op het moment van vaststelling van het bestemmingsplan waren die plannen evenwel, anders dan bij *Ballast Nedam/Staat*, onvoldoende concreet om te spreken van een '(concreet) plan'. Ware dat anders, zo overweegt de rechtbank, zou het bestemmingsplan in alle gevallen sneuvelen daar aan elk bestemmingsplan beleidsvoornemens vooraf gaan. Met een zo vergaande toepassing van artikel 40c Ow zou de rechter op de stoel van de wetgever gaan zitten, aldus de rechtbank. Een mooie principieel ingestoken overweging van de rechtbank die laat zien dat (kennelijk) toepassing van de *Blindenbelangen/Verburg* maatstaf niet per definitie hoeft te leiden tot eliminatie van het bestemmingsplan.

³⁴ Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4822, TBR 2014/137, m.nt. Procee (*Gorinchem/Keizer*).

³⁵ Rb. Zeeland West-Brabant 16 juli 2014, niet gepubliceerd.

³⁶ Gelijk ook het Hof 's-Gravenhage concludeerde in het tussenarrest van 31 januari 2012, gepubliceerd in TBR 2013/29, m.nt. Van der Schans en BR 2013/47, m.nt. E.W.J. de Groot, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1950.

³⁷ De rechtbank verwijst hier naar HR 21 november 1963, NJ 1963/56 (*Arnhem/d'Ancona*), HR 28 juni 1972, NJ 1972/501 (*Groningen/Slagter*), ECLI:NL:HR:1972:AB6242, HR 4 december 1975, NJ 1975/422 (*Almelo/Hemmink*), ECLI:NL:HR:1974:AB3774 en HR 5 september 2003, NJ 2004/385 (*Den Haag/Tanke*), ECLI:NL:HR:2003:AI0871.

³⁸ Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBM-NE:2014:6820.

³⁹ Overigens zou ook bij eliminatie van het bestemmingsplan de waarde, volgens deskundigen, gelijk zijn aan de complexwaarde. Die discussie laten wij hier rusten, gezien het oordeel van de rechtbank.

⁴⁰ Conclusie A-G Huydecoper bij HR 8 februari 2013, NJ 2013/318 (*Ballast Nedam/Staat*), punt 32.

De genoemde uitspraken tonen vooral aan dat de praktijk dringend toe is aan duidelijkheid. De vraag is immers gerechtvaardigd waar nu precies het verschil zit tussen *Hoogdalem/Perkpolder* enerzijds en *Leidsche Rijn* anderzijds. Waren de voorliggende plannen in het ene geval nu daadwerkelijk meer of minder concreet dan in het andere geval? En moet dat wellicht minieme verschil nu betekenen dat de eigenaar in Gorinchem recht heeft op de agrarische waarde met een plus, in Zeeland op de agrarische waarde en in Utrecht op de complexwaarde?

Wij vragen ons in ieder geval ten eerste af of de Hoge Raad met de arresten van 9 juli 2010 de kant op wilde die nu is gekozen inzake *Hoogdalem en Perkpolder*. Gelukkig zijn de zaken *Hoogdalem en Perkpolder* inmiddels voorgelegd aan de Hoge Raad.⁴¹ Het oordeel volgt waarschijnlijk in de loop van 2015. Hopelijk zorgen deze arresten voor de inmiddels toch wel broodnodige duidelijkheid.

Min of meer gelijktijdig zal de Hoge Raad overigens ook oordelen over een meer klassieke toepassing van de elimineringsregel, namelijk de eliminatie van een waardeverminderende bestemming. Het gaat om een drietal vonnissen van de Rechtbank Rotterdam⁴² over de realisatie van het natuur- en recreatiegebied Groenzone nabij Berkel-Rodenhuis. Bijzonder aan deze zaken is dat de rechtbank niet alleen het bestemmingsplan elimineerde dat de realisatie van het werk mogelijk maakte, maar ook een voorgaand bestemmingsplan dat bouw-mogelijkheden voor nieuwe glastuinbouw schrapt. Dit bestemmingsplan was weliswaar vastgesteld in verband met de gewenste realisatie van de Groenzone, maar het plan maakte niet de daadwerkelijke realisatie van het gebied mogelijk. Ook hier rust op de Hoge Raad de schone taak te beoordelen of de rechtbank de maatstaf niet te ruim heeft toepast.

3.1.2 Waardevermindering overblijvende

Als (slechts) een gedeelte van het aan de onteigende in eigendom toebehorende wordt onteigend, kan het overblijvende - als gevolg van het verbreken van de eenheid - minder waard worden. Op grond van artikel 41 Ow moet die waardevermindering worden vergoed als deze het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de onteigening. Niet alleen waardevermindering veroorzaakt door de eigendomsontneming alléén (bijvoorbeeld een verkleind oppervlakte of vormverslechtering) komt voor vergoeding in aanmerking maar ook waardevermindering als gevolg van de aanleg, uitvoering, aanwezigheid en exploitatie van het werk waarvoor

wordt onteigend. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient bij het bepalen van de gevolgen van de onteigening voor het overblijvende alleen rekening te worden gehouden met de nadelige invloeden van de aanleg en het gebruik van het werk waarvoor onteigend wordt op het onteigende.⁴³ Met eventuele nadelige invloeden van het werk buiten het onteigende mag alleen rekening worden gehouden indien het betreffende nadeel op en buiten het onteigende (bijvoorbeeld geluidsoverlast) redelijkerwijs niet te splitsen is.⁴⁴

In de lagere rechtspraak wordt deze jurisprudentie consequent toegepast, zo ook door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. In een procedure bij deze rechtbank werd onteigend ten behoeve van de aanleg van een Rijksweg. Op het onteigende zou geen deel van de Rijksweg zelf worden aangelegd, maar uitsluitend (een deel van) een watergang, bermen en een parallelweg. De onteigende had aangevoerd dat deskundigen ten onrechte een 'knip' hadden gemaakt tussen de onteigening in verband met de aanleg van de parallelweg en de onteigening in verband met de aanleg van de Rijksweg, en in het bijzonder het verschil in schadetechnische consequenties daarvan. Als de Rijksweg niet zou worden gerealiseerd, zou ook de parallelweg niet worden gerealiseerd, zodat de parallelweg noodzakelijk is om de Rijksweg ter plaatse te kunnen aanleggen, aldus de onteigende. Dit betekende volgens de onteigende dat tussen de onteigening ten behoeve van de parallelweg en de aanleg en de daaruit voortvloeiende hinder van de Rijksweg een direct verband bestaat.

De rechtbank oordeelde in haar uitspraak op 9 juli 2014⁴⁵ echter met een beroep op bovengenoemde jurisprudentie van de Hoge Raad dat voor zover de onteigende van het overblijvende nadeel/schade ondervindt van de aanleg en het gebruik van het werk (*de Rijksweg c.a.*) buiten het onteigende, dit nadeel/deze schade in het kader van de onteigeningprocedure niet voor vergoeding in aanmerking komt.

In een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van dezelfde datum⁴⁶ past de rechtbank beide hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad toe. In deze zaak ging het om de onteigening van een klein deel van een voortuin in verband met de aanleg van een fietspad. Niet alleen de hinder die op het overblijvende zal ontstaan als gevolg van de aanleg van het fietspad op het onteigende is onteigeningsgevolg maar ook de hinder als gevolg van het op-

⁴³ HR 21 november 2008, NJ 2009, 303 (*De Bruyn/Waterschap Rivierenland*), ECLI:NL:HR:2008:BF0415.

⁴⁴ HR 20 februari 2004, NJ 2004, 409 (*RIB/Sweeres*), ECLI:NL:HR:2004:AN7625.

⁴⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 9 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4655.

⁴⁶ Rb. Noord-Holland 9 juli 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8435.

⁴¹ Of inzake *Leidsche Rijn* ook cassatieberoep is ingesteld door de gemeente, is ons onbekend.

⁴² Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4914, 4915 en 4917.

trekken en remmen van het fiets- en bromfietsverkeer aldus de rechtbank. Deze hinder is naar haar aard immers niet te splitsen in hinder die op het onteigende en hinder die elders wordt veroorzaakt. Hinder en bijbehorende waardevermindering van het overblijvende als gevolg van de realisering en ingebruikname van het viaduct over de weg en de omlegging van de rijksweg A9 (beide gelegen buiten het onteigende), worden volgens de rechtbank niet veroorzaakt door het gebruik van het werk op het onteigende en kunnen dan ook niet worden aangemerkt als oorzaak van te vergoeden waardevermindering. Ook hier wordt een 'knip' gemaakt tussen schade die vergoed dient te worden als onteigeningsgevolg en schade ten aanzien waarvan de onteigende een beroep kan doen op planschadevergoeding.

In een van de hierboven reeds aangehaalde zaken bij de Rechtbank Rotterdam over de realisatie van het natuur- en recreatiegebied Groenzone nabij Berkel-Rodenrijs was eveneens waardevermindering van overblijvende agrarische gronden aan de orde. Bij de berekening van die waardevermindering van het overblijvende paste de rechtbank ook de eliminatieregule toe.⁴⁷ De rechtbank ging derhalve uit van de waarde van zowel het geheel voor onteigening als van het overblijvende na onteigening uitgaande van de mogelijkheid van glastuinbouw op de gronden.

De onteigening weggedacht zou, aldus de rechtbank, immers over de gehele grond glastuinbouw mogelijk zijn geweest.

3.2 Overige schade

3.2.1 Onrendabele top

Indien een onteigende een vervangend bedrijfspannd opricht of verbouwt, dan kan het zijn dat de waarde van de grond met opstal na voltooiing lager is dan de daarin geïnvesteerde kosten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als een gebouw moet voldoen aan specifieke vereisten. Dit verschil, de onrendabele top, is vermogensschade die voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁸

In de onteigeningszaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 21 november 2014⁴⁹ bevonden zich op de onteigende percelen een bedrijfsruimte en glasopstanden met bijbehorende installaties en erf, met behulp waarvan de onteigende een glastuinbouw exploiteerde (teelt van pot- en kuip-

planten). Ter bepaling van de vermogens- en inkomensschade ging de Rechtbank Den Haag ervan uit dat de onteigende in staat gesteld moet worden een vervangend glastuinbouwbedrijf te verwerven om haar bedrijf te kunnen voortzetten. Aangezien nieuwbouw aanzienlijk duurder zou uitpakken, werd de schadeloosstelling begroot op basis van aankoop van een bestaand glastuinbouwbedrijf en aanpassing daarvan. De onteigende maakte aanspraak op vergoeding van een onrendabele top van € 3.475.000,-. De rechtbank kende echter slechts een bedrag van € 75.000,- toe. De Rechtbank kwam uit op deze lagere vergoeding door het vervangende object niet tegen de marktwaarde, maar tegen de vervangingswaarde te waarderen.

De Hoge Raad kon zich niet in de beslissing van de Rechtbank vinden. Een onteigende wordt volgens de Hoge Raad pas dan volledig schadeloos gesteld, indien hij zowel wat vermogen als wat inkomen betreft in een gelijke of gelijkwaardige positie blijft. Een onteigende die door de onteigening redelijkerwijs een vervangende onroerende zaak moet kopen en deze moet aanpassen om een gebruiksgevoel te verkrijgen dat vergelijkbaar is met het genot dat hij van de onteigende zaak had, lijdt schade die als onteigeningsschade moet worden vergoed als hij daarin meer geld moet steken dan de vervangende onroerende zaak na de aanpassing waard is. Die schade bestaat uit hetgeen de vervangende onroerende zaak na de aanpassing minder waard is in het vrije commerciële verkeer dan het in totaal voor de aankoop en aanpassing bestede bedrag.⁵⁰

Anders dan de rechtbank oordeelde, bestaat volgens de Hoge Raad geen grond anders te oordelen als de onteigende zaak en de vervangende zaak bedrijfsmatig gebruikt worden en zo bijdragen aan het rendement (de winst) van de onderneming van de onteigende. Het rechtbankoordeel dat de stichtingskosten (de kosten van aanschaf en aanpassing) in dat geval moeten worden gezien als investering in een productiemiddel waarmee rendement wordt behaald en waarmee de stichtingskosten worden 'terugverdiend', is naar het oordeel van de Hoge Raad in strijd met art. 40 Onteigeningswet. Dat zou immers tot gevolg hebben dat de onteigende de onteigeningsschade ten laste van zijn eigen winst moet dragen. De kosten van aanpassing van het vervangend object, voor zover zij de marktwaarde daarvan niet verhogen en in die zin 'onrendabel' zijn, moeten dus als vermogensschade als gevolg van de onteigening worden vergoed door de onteigenaar. Verder brengt de omstandigheid dat de onteigende een gekapitaliseerde rentevergoeding als financieringsschade vergoed krijgt, niet mee dat hij in dezelfde economische positie wordt gebracht als

⁴⁷ Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4915.

⁴⁸ HR 16 maart 1988, NJ 1989/798; ECLI:NL:HR:1988:AD0220, HR 18 september 1996, NJ 1997/41 en HR 27 juni 2001, NJ 2002/528), ECLI:NL:HR:2001:ZD3012

⁴⁹ HR 21 november 2014, NJB 2014/2164, ECLI:NL:HR:2014:3351 (X/gemeente Westland).

⁵⁰ Vgl. het eerder vermelde arrest van 16 maart 1988, HR 30 oktober 1957, NJ 1957/639 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6267, NJ 2010/632.

vóór de onteigening. Een rentevergoeding herstelt immers niet de vermogenssituatie.⁵¹

Ook bij onteigening van bedrijfsmatig gebruikte onroerende zaken moet dus, voor beantwoording van de vraag of na aanschaf en aanpassing van een vervangend object sprake is van vermogensschade in de vorm van een onrendabele top, het vervangend object na aanpassing gewaardeerd worden tegen de waarde in het vrije commerciële verkeer (de marktwaarde). De Hoge Raad volgt met zijn beslissing integraal de lezenswaardige conclusie van zijn waarnemend Advocaat-Generaal Van Oven, die door middel van een cijfervoorbeeld (in par. 3.8-3.10) inzichtelijk maakt waarom een onteigende niet volledig schadeloos wordt gesteld als hij zelf de onrendabele top zou moeten 'terugverdienen'.

3.2.2 Schade ter zake van onteigening erf-dienstbaarheden

Bij de opheffing van een erfdienstbaarheid en de toekenning van een schadeloosstelling aan de eigenaar van het heersend erf spelen de belangen van de eigenaar van het dienend erf geen rol. Dat volgt uit het ook al eerder in een ander verband besproken arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014.⁵² De zaak betreft de onteigening door de gemeente De Bilt van twee percelen. Deze percelen waren in 1953 belast met een erfdienstbaarheid. Ingevolge deze erfdienstbaarheid mochten op het dienende erf slechts gebouwen met een militaire bestemming worden gebouwd. De erfdienstbaarheid was gevestigd ten behoeve van de landgoederen die destijds nog in de omgeving van het defensieterrein lagen. Toen in de jaren zestig van de vorige eeuw de landgoederen verdwenen en daar een woonwijk voor in de plaats kwam, is de erfdienstbaarheid uit het oog verloren. Pas in 2004, toen de gemeente het defensieterrein overnam van de Staat en daar een bedrijventerrein wenste te ontwikkelen, bleek dat de erfdienstbaarheid nog steeds bestond (en dat inmiddels de percelen in de woonwijk het heersend erf waren). Artikel 44 Ow schrijft voor dat de onteigeningsrechter bij de bepaling van een schadeloosstelling in verband met het vervallen van een erfdienstbaarheid rekening houdt met hetgeen te verwachten is omtrent de wijziging of de opheffing krachtens artikelen 5:78 en 5:79 BW. Deze laatste bepalingen bieden de eigenaar van het dienend erf de mogelijkheid de rechter te verzoeken de erfdienstbaarheid te wijzigen of op te heffen op de in die artikelen vermelde gronden zoals onvoorziene omstandigheden of onmogelijkheid het recht nog uit te oefenen. Ook bestaat deze mogelijkheid bij het ontbreken van een redelijk belang bij uitoefe-

ning door de eigenaar van het heersende erf, terwijl het niet aannemelijk is dat de mogelijkheid tot uitoefening respectievelijk het redelijk belang zullen terugkeren. De Rechtbank Utrecht⁵³ paste een belangenafweging toe en oordeelde dat de tussengekomen eigenaren van woningen in de woonwijk geen schadeloosstelling toekwam. Volgens de Hoge Raad volgt reeds uit de bewoordingen van artikel 5:79 BW dat alleen het belang van de gerechtigde - de eigenaar van het heersend erf - bij de uitoefening van zijn recht een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of een erfdienstbaarheid kan worden opgeheven. Dat betekent dat de belangen van de eigenaar van het dienende erf bij opheffing geen rol spelen (behoudens in het geval van misbruik van bevoegdheid). Dit volgt volgens de Hoge Raad ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 5:78 en 5:79 BW. De rechtbank heeft daarom ten onrechte een belangenafweging gemaakt.

3.2.3 Schadeloosstelling voor de huurder

De huurder van een onteigende zaak is derde-belanghebbende en heeft uit dien hoofde recht op schadeloosstelling. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 7 november 2014⁵⁴ werd in het onteigende, dat door huurder werd gehuurd, een restaurant geëxploiteerd door een vennootschap onder firma (vof). De vennoten waren de huurder en een ander. De Hoge Raad zet in zijn arrest eerst het juridisch kader uiteen dat geldt bij de bepaling van de schadeloosstelling die toekomt aan huurders van bedrijfsruimten. Aan de huurder van onteigende bedrijfsruimte komt volgens de Hoge Raad volledige vergoeding toe voor de schade die hij in de zin van de art. 40, 41 en 42 lid 1 Ow rechtstreeks en noodzakelijk lijdt door het verlies van het huurrecht.

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de beantwoording van de vraag of de schadeloosstelling voor de huurder ook de bedrijfsschade omvat indien de huurder niet zelf maar een vof (waarin de huurder ook deelneemt) een bedrijf exploiteert in het onteigende, zoals hier aan de orde was. Bij de begroting van de aan de huurder toekomende schadeloosstelling heeft de Rechtbank volgens de Hoge Raad terecht aansluiting gezocht bij de jurisprudentie over andere vergelijkbare gevallen waarin de schade feitelijk door een ander werd geleden. In die jurisprudentie is beslist dat indien een eigenaar een bedrijf heeft uitgeoefend in het verband van een vof of maatschap, of in een niet juridisch vormgegeven familieverband, en op hem een verplichting rust om de hem toe te kennen vergoeding ter zake van inkomensschade in dat verband in te brengen, de volle-

⁵¹ Vgl. het eerder vermelde arrest van 16 maart 1988.

⁵² HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*X/De Bilt*).

⁵³ Rb. Utrecht 19 september 2012 (niet gepubliceerd, maar de kernoverwegingen r.o. 2.14-2.17 zijn te raadplegen in de conclusie van waarnemend A-G Van Oven, ECLI:NL:PHR:2013:1102, par. 3.3).

⁵⁴ ECLI:NL:HR:2014:3125 (*gemeente Den Haag/X*), NJB 2014/2063.

dige bedrijfsschade van dat verband moet worden aangemerkt als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening.⁵⁵ Ook indien een huurder in het verband van een vof of maatschap, of in een niet juridisch vormgegeven familieverband, een bedrijf uitoefent in of op een onroerende zaak die wordt onteigend, en op de huurder een verplichting rust om de hem toe te kennen vergoeding ter zake van inkomensschade in dat verband in te brengen, moet volgens de Hoge Raad de volledige bedrijfsschade van dat verband worden aangemerkt als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening in de zin van art. 40 Ow.

Het arrest vormt een mooie illustratie van het beginsel dat onteigenden (en derdebelanghebbers) een volledige schadeloosstelling toekomt. Als de Hoge Raad zou hebben geoordeeld dat de bedrijfsschade in dit geval niet aan de huurder kon worden vergoed, zou dat betekenen dat deze schade voor rekening van de vof zou blijven in plaats van dat die voor rekening zou worden gebracht van de gemeenschap wier belang met de onteigening is gediend. In zijn conclusie (par. 4.6) wijst waarnemend A-G Van Oven op dit aspect, dat ook ten grondslag heeft gelegen aan het (in onze Kroniek van 2013 besproken) arrest van de Hoge Raad van 27 september 2013.

3.2.4 Vergoeding verschil voorschot en vastgestelde schadeloosstelling

De volledige schadeloosstelling dient ook een vergoeding te omvatten voor het gemis van het verschil over het voorschot op de schadeloosstelling en de uiteindelijk vastgestelde schadeloosstelling. In onze kroniek onteigeningsjurisprudentie 2011⁵⁶ hebben wij reeds aangegeven dat deze vergoeding concreet door de rechter moet worden berekend, maar dat dit in de praktijk vaak neerkomt op vergoeding van de wettelijke rente over het gemiste bedrag. De hoogte van die rente blijft een onderwerp van discussie, zeker nu de rente de laatste jaren blijft dalen. In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van vorig jaar, die eerst dit jaar werd gepubliceerd⁵⁷, adviseerden deskundigen de vergoeding te bepalen op een rente van 3% per jaar. In de hierboven genoemde uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 9 juli 2014 gaat de rechtbank uit van de wettelijke rente. In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 3 december 2014 acht de rechtbank een percentage van 2% redelijk.

⁵⁵ HR 22 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB5578, NJ 1972/294; HR 6 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB7224, NJ 1974/140; HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1731, CB 2013-160. Dit laatste arrest is besproken in onze Kroniek onteigeningsjurisprudentie 2013, TBR 2014/20.

⁵⁶ TBR 2012/26.

⁵⁷ Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19647.

3.2.5 Proceskosten

De hoofdregel ten aanzien van proceskosten is dat deze voor vergoeding in aanmerking komen voor zover het redelijk was die kosten te maken en voor zover die kosten binnen een redelijke omvang zijn gebleven.⁵⁸ Voorts geldt dat de rechter bij de beoordeling of de kosten van rechtsbijstand binnen redelijke grenzen zijn gebleven een grote mate van vrijheid toekomt. Op de rechter rust in dit verband slechts een beperkte motiveringsplicht.⁵⁹

Het valt op dat de laatste jaren steeds vaker wordt 'geklaagd' over de omvang van de door onteigenden geclaimde proceskosten. Rechtbanken gaan bovendien met dergelijke klachten heel verschillend om. Soms wordt zeer gedetailleerd gekeken naar de opgevoerde kosten, andere keren toetst de rechtbank slechts betrekkelijk globaal.⁶⁰

Een voorbeeld van een globale toets is te vinden in een van de eerder besproken vonnissen van de Rechtbank Rotterdam van 18 juni 2014. In dat vonnis volstond de rechtbank ondanks het uitgebreide en gedetailleerde verweer tegen de gevorderde proceskosten met een matiging van de gevorderde kosten van een adviesbureau, omdat de tussenkommende partij geen adequate reactie had gegeven op het verweer van de onteigende partij tegen de gevorderde vergoeding van twee niet-corresponderende bedragen en het ontbreken van een factuur.⁶¹ In een vonnis van gelijke datum van de Rechtbank Rotterdam werd door de onteigende partij - met succes - gesteld dat de gevorderde kosten dienden te worden gematigd, omdat in een andere zaak de partij die onteigend werd een lager bedrag vorderde terwijl die zaak duidelijk ingewikkelder was.⁶² De proceskosten voor het inwinnen van cassatieadvies vallen niet onder de in artikel 50 Ow bedoelde kosten, omdat dit artikel uitsluitend ziet op het geding bij de rechtbank.⁶³ De Rechtbank Den Haag lijkt uitgebreider te toetsen. Ten aanzien van gevorderde kosten van dubbele uren, overwoog de rechtbank haar uitspraak van 3 december 2014 dat een zekere werkverdeling waardoor meerdere advocaten bij de zaak betrokken zijn geweest, nog niet gelijk betekent dat onnodige uren zijn gemaakt.⁶⁴ In dit geval vond

⁵⁸ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC1357, NJ 1994/45 en BR 1993/544.

⁵⁹ HR 20 april 2012, NJB 2012/1041, ECLI:NL:HR:2012:BV6657.

⁶⁰ B.S. ten Kate, 'Zoete lieve Gerritje, gedachten over en ervaringen met kostenveroordelingen in het onteigeningsrecht', *Bijzonder geschikt voor het werk* (H.J.M. van Mierlo bundel), IBR 2012, p. 75 e.v.

⁶¹ Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBR0T:2014:4917.

⁶² Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBR0T:2014:4914. Het ging hier om drie onteigeningen in verband met de realisatie van het natuur- en recreatiegebied Groenzone nabij Berkel-Rodenrijs. Deze zaken zijn hierboven, onder het kopje eliminatie ook reeds besproken.

⁶³ Rb. Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9859. Zie ook HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4119, NJ 2013/318, zoals reeds is besproken in onze Kroniek onteigeningsjurisprudentie 2013.

⁶⁴ Rb. Den Haag 3 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15081.

de rechtbank dat de omvang van de gedeclareerde uren bovenmatig was, nu één van de twee advocaten op twee verschillende momenten ruim 20 uur aan dezelfde onderwerpen heeft besteed. Het resantbedrag voor juridische bijstand werd gematigd tot het door de provincie voorgestelde bedrag.

Actueel is op dit moment de vraag in welke gevallen de onteigende recht heeft op vergoeding van omzetbelasting (btw) over de kosten van deskundige en juridische bijstand. In dit verband is van belang of de onteigende prestaties verricht die zijn belast met btw. Ten aanzien van verleende bijstand die betrekking heeft op een onteigeningsprocedure, waarvan vaststaat dat deze zal leiden tot een voor omzetbelasting vrijgestelde levering, is gedaagde niet aftrekgerechtigd, zo meent Rechtbank Zeeland-West-Brabant.⁶⁵ Die omzetbelasting vormt derhalve een schadepost, die vergoed dient te worden, aldus de rechtbank. Dit oordeel is ter toetsing aan de Hoge Raad voorgelegd; in de volgende kroniek verwachten wij hierop terug te komen.

4. Varia

4.1 Onteigening SNS Reaal en SNS Bank

In de vorige kroniek stipten wij al kort de onteigening van de aandelen van SNS Reaal en SNS Bank aan. De Minister van Financiën heeft met deze onteigening op 1 februari 2013 toepassing gegeven aan de zogenaamde Interventiewet.⁶⁶ De onteigeningswet is niet van toepassing op onteigeningen ingevolge de Interventiewet (zie artikel 6:2 lid 7 Wet op het financieel toezicht (Wft), maar het ligt in de rede dat bij de toepassing van de Interventiewet soms parallellen worden getrokken met de onteigeningswet. Bij uitspraak van 25 februari 2013⁶⁷ heeft de Raad van State het onteigeningsbesluit van de Minister grotendeels in stand gelaten. Vervolgens is bij de Ondernemingskamer (OK) van Hof Amster-

dam een procedure gestart over de schadeloosstelling. Bij tussenarrest van 11 juli 2013 heeft de OK een deskundigenonderzoek bevolen om de waarde van de onteigende effecten te onderzoeken en de schadeloosstelling te kunnen bepalen.⁶⁸ De Staat heeft tegen dit tussenarrest cassatieberoep ingesteld en diverse onteigenden hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld.⁶⁹ A-G Timmerman heeft in zijn conclusie van 10 oktober 2014⁷⁰ geconcludeerd tot vernietiging van de uitspraak van de OK. Volgens de A-G kan, anders dan de OK heeft geoordeeld, niet op voorhand worden uitgesloten dat de schadeloosstelling op nihil moet worden vastgesteld. Verder zijn de door de Ondernemingskamer geformuleerde maatstaven op grond waarvan de hoogte van de schadeloosstelling moet worden vastgesteld op diverse onderdelen niet in overeenstemming met de in artikel 6:8 ev. Wft neergelegde maatstaven. De A-G is van mening dat de eerder in deze kroniek uitvoerig besproken eliminatieregule (artikel 40c Ow) niet van toepassing is op onteigeningen ingevolge de Wft.⁷¹ De uitspraak van de Hoge Raad wordt begin 2015 verwacht. Deze uitspraak zal worden besproken in de volgende kroniek.

5. Afsluiting

Tot zover onze kroniek over 2014. Geconcludeerd kan worden dat de meest in het oog springende ontwikkelingen zich voordeden op procedureel vlak, waarbij vooral opvalt dat de Hoge Raad twee keer een onteigeningszaak aangrijpt om regels te geven voor het gehele civiele recht. Bij de schadeloosstelling gaat het vooral om de vraag wanneer het BP nu wel en niet moet worden geëlimineerd.

Voor 2015 wordt vooral door de praktijk reikhalzend uitgekeken naar de arresten over de eliminatie. Wat de uitkomst daarvan ook zal zijn, het levert in ieder geval weer voldoende stof op voor een nieuwe kroniek. ●

⁶⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 9 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4655.

⁶⁶ Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 241; in werking getreden op 13 juni 2012.

⁶⁷ ABRvS 25 februari 2013, No. 201301173/1/A3, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, AB 2013/146 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*VEB e.a./Min. Fin.*).

⁶⁸ Hof Amsterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *JOR* 2013/50 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Min. Fin./VEB e.a.*).

⁶⁹ Het verzoekschrift in cassatie van de Staat kan worden geraadpleegd via de volgende internetlink: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/publicaties/2013/10/10/verzoekschrift-tot-cassatie-schadeloosstelling-sns-reaal.html>>.

⁷⁰ ECLI:NL:PHR:2014:1825.

⁷¹ Zie par. 9.4 van de conclusie.