

## TBR 2018/104

### Kroniek onteigeningsjurisprudentie 2017

prof. mr. M.W. Scheltema, mr. J.S. Procee, mr. M. Rus-van der Velde, mr. M.K.L. Berkvens, mr. S.J.M. Bouwman, mr. T.E.F. Reijnders, mr. M.G. Nielen <sup>1</sup>

#### 1. Inleiding

In deze kroniek bespreken wij de belangrijkste onteigeningsjurisprudentie uit het jaar 2017. Daarbij nemen wij ook de rechtspraak mee tot 1 mei 2018. In zoverre lopen wij vooruit op onze volgende kroniek.

Wij maken gebruik van dezelfde indeling als in de voorgaande kronieken. Het onteigeningsprocesrecht komt eerst aan de orde. Daarna bespreken wij de rechtspraak die betrekking heeft op de schadeloosstelling. Daarbij komen aan de orde de waarderingsmethodiek, eliminatie, inkomensschade en bijkomende schade, bijzondere geschiktheid en waardevermindering van het overblijvende. Alvorens wij afsluiten vermelden wij nog een korte selectie aan 'varia'.

#### 2. Onteigeningsprocesrecht

##### 2.1 Terugbetaling na te hoog voorschot

In de procedure die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 2017 <sup>2</sup> had de rechtbank de schadeloosstelling op een lager bedrag vastgesteld dan het voorschot dat de onteigenaar had betaald nadat het vervroegde onteigeningsvonnis was uitgesproken. De rechtbank veroordeelde de onteigende niet alleen tot terugbetaling van het teveel betaalde voorschot maar ook tot betaling van de wettelijke rente over het teveel betaalde. In cassatie klaagde de onteigende erover dat de rechtbank ten onrechte een voor hem uit de onteigening voortvloeiend voordeel (wegens het genot van een te hoog voorschot) heeft verrekend met de hem toekomende vergoeding van de werkelijke waarde van het onteigende.

Op grond van een arrest uit 1984 <sup>3</sup> mocht het voordeel van genoten rente over het teveel betaalde voorschot worden verrekend met de schadeloosstelling, met dien verstande dat de voordelen niet in mindering mochten komen op de vergoeding wegens het verlies van de werkelijke waarde. Uit een arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2011 <sup>4</sup> volgt echter dat dit voordeel óók met de werkelijke waarde kan worden verrekend'. <sup>5</sup> Van dit standpunt komt de Hoge Raad in het arrest van 27 januari 2017 uitdrukkelijk terug. De Hoge Raad overweegt met verwijzing naar eerdere jurisprudentie dat de regel is dat bij de berekening van de aan de onteigende toekomende schadeloosstelling uit de onteigening voortvloeiende voor- en nadelen met elkaar mogen worden

verrekenend, met dien verstande dat die voordelen niet in mindering mogen worden gebracht op de werkelijke waarde. De Hoge Raad overweegt daarbij nadrukkelijk dat die regel in het arrest van 24 juni 2011 is miskend.<sup>6</sup>

Nu in deze zaak de aan de oteigende toekomstige schadeloosstelling uitsluitend bestond uit het verlies van de werkelijke waarde van het oteigende, heeft de rechtbank, aldus de Hoge Raad, in strijd met voornoemde regel een (kennelijk door de rechtbank aanwezig geacht) voordeel op die schadeloosstelling in mindering gebracht. De Hoge Raad voert een aantal redenen voor zijn oordeel aan. In de eerste plaats is de Hoge Raad van oordeel dat het toekennen van een te hoog voorschot in de risicosfeer van de oteigenaar ligt en een verrekening van een voordeel in die verhouding dus onredelijk is. Hoewel de Hoge Raad dit standpunt niet (verder) onderbouwt, is bepaald niet ondenkbaar dat de Hoge Raad zich heeft laten leiden door het gestelde onder 4.22 in de conclusie van A-G J.C. van Oven voor dit arrest. In de tweede plaats stelt de Hoge Raad dat een onderzoek naar de vraag of - en zo ja, in hoeverre - de oteigende daadwerkelijk voordeel heeft genoten van het feit dat het voorschot (achteraf bezien) te hoog was, zich zou moeten richten op 'de aanwending die een redelijk handelende oteigende aan het voorschot zal geven met inachtneming van de kans dat dit voor een deel zal moeten worden terugbetaald' en dat deze kwestie pas zinnig aan de orde kan komen nadat de totale schadeloosstelling voor het overige definitief is vastgesteld op een lager bedrag dan het bedrag van het voorschot. Dat levert volgens de Hoge Raad een complicatie op voor de desbetreffende procedure die dan, afgezien van deze kwestie, juist voor afdoening gereed ligt. De oteigende kan dus volstaan met terugbetaling van het teveel betaalde voorschot. Een uitzonderlijk arrest, omdat de Hoge Raad uitdrukkelijk erkent dat in een eerder arrest een rechtsregel is miskend.

## 2.2 Mag rechtbank afzien van bepalen zekerheid?

In een oteigeningsprocedure bij de rechtbank Den Haag, waarin de gemeente Den Haag de oteigening vorderde van een perceel ten behoeve van de aanleg van de Rotterdamsebaan, sprak de rechtbank de vervroegde oteigening uit, stelde het voorschot vast op 90% van de aangeboden schadeloosstelling en bepaalde dat zekerheidstelling als bedoeld in artikel 54i lid 4 oteigeningswet achterwege kon blijven. Daarover werd in cassatie geklaagd. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 22 december 2017<sup>7</sup> dat artikel 54i lid 4 oteigeningswet ongeclausuleerd imperatief is geformuleerd en dat de rechtbank dat heeft miskend. De Hoge Raad wijst op de wetsgeschiedenis van deze bepaling, waarin wordt vermeld dat zekerheidstelling om redenen van constitutionele aard niet kan worden beperkt tot de gevallen waarin de oteigende partij daarom verzoekt<sup>8</sup>. Ook verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 23 december 2011<sup>9</sup>, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de oteigende partij weliswaar afstand kan doen van het wettelijke toekomstige recht op zekerheidstelling, maar daarvoor is een ondubbelzinnige wilsverklaring van de rechthebbende vereist. Van een zodanige afstand was in deze zaak geen sprake geweest en de rechtbank had dus een som als zekerheid moeten bepalen. Dat doet de Hoge Raad nu zelf.

## 2.3 Niet-ontvankelijkheid tweede cassatieberoep

In één van de zeven arresten van 15 december 2017<sup>10</sup> betreffende de oteigeningen ten behoeve van de omlegging van de A9 bij Badhoevedorp sprak de Hoge Raad zich uit over de ontvankelijkheid van het cassatieberoep van X. Wat was er aan de hand? X had zijn gronden in 1991 verkocht en in 1993 in economische eigendom overgedragen aan Landvision Property B.V. tegen betaling van de koopsom en onder toekenning van een voortgezet gebruiksrecht. Overeengekomen was dat het gebruiksrecht eindigt zodra de bestemming van het perceel in een andere dan agrarische bestemming wijzigt en de economische eigenaar het gekochte daadwerkelijk conform de nieuwe, gewijzigde bestemming wil (doen) gebruiken. In haar uitspraak van 6 april 2016<sup>11</sup> heeft de rechtbank uitspraak gedaan over de schadeloosstelling. X heeft tegen deze uitspraak twee keer cassatieberoep ingesteld, op 1 juni 2016 (in dit arrest aan de orde) en op 31 mei 2016<sup>12</sup> tegen verschillende overwegingen uit het vonnis van de rechtbank. De Staat betoogde dat X daarom niet-ontvankelijk is in het onderhavige cassatieberoep, nu een partij gelet op artikel 407 lid 2 Rv tegen hetzelfde vonnis niet tweemaal cassatieberoep kan instellen. De Hoge Raad gaat daarin echter niet mee. Daartoe overweegt de Hoge Raad dat een eiser (ambtshalve) niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn tweede cassatieberoep als het instellen daarvan in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de eisen van een goede procesorde of als de behandeling van dat beroep niet valt te verenigen met een beslissing die inmiddels is gegeven in het eerder ingestelde cassatieberoep.<sup>13</sup>

Voor toepassing van (één van) deze gronden voor niet-ontvankelijkheid bestaat in deze zaak volgens de Hoge Raad geen aanleiding. De middelen in beide cassatiedagvaardingen stellen geen geschilpunten aan de orde die kunnen leiden tot met elkaar onverenigbare beslissingen. In de onderhavige zaak had X cassatiemiddelen

ingesteld tegen het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de bijkomende schade. In de andere zaak had X klachten geformuleerd ten aanzien van de werkelijke waarde. Mede in verband daarmee is het volgens de Hoge Raad niet aannemelijk dat de Staat is geschaad in zijn mogelijkheden om verweer in cassatie te voeren of incidenteel cassatieberoep in te stellen. Daarom verzetten ook de eisen van een goede procesorde zich in dit geval niet tegen het uitbrengen van een tweede cassatiedagvaarding binnen de cassatietermijn onder handhaving van de eerste cassatiedagvaarding. Volgens de Hoge Raad is daarbij van belang dat X voor het afzonderlijk doen instellen van twee cassatieberoepen door verschillende advocaten, een afdoende verklaring heeft gegeven: dit cassatieberoep ziet op de schadeloosstelling die aan X zelf toekomt, terwijl het andere cassatieberoep ziet op de schadeloosstelling die (uiteindelijk) aan Landvision als economisch eigenaar toekomt, en op voorhand valt niet uit te sluiten dat de belangen van X en van Landvision in bepaalde opzichten tegengesteld zijn.

#### **2.4 Zelfrealisatie van niet-lucratieve bestemmingen**

In deze kroniek mag een bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 5 januari 2018 inzake de Hedwigepolder<sup>14</sup> natuurlijk niet ontbreken. De casus mag zo langzamerhand wel bekend worden verondersteld. Het realiseren van estuariene natuur in de Hertogin Hedwigepolder is in 2005 overeengekomen in het Scheldeverdrag tussen Nederland en Vlaanderen. Met dat verdrag wordt beoogd bij te dragen aan de veiligheid, toegankelijkheid en natuurlijkheid in het Schelde-estuarium. Een belangrijk en maatschappelijk omstreden onderdeel van de afspraken is de ontwikkeling van een intergetijdengebied in de Hedwigepolder en Prosperpolder. De Staat heeft geprobeerd overeenstemming met alle eigenaren in het gebied te bereiken over verkoop van de gronden, om de realisatie ter hand te kunnen nemen. Met de eigenaar van een groot deel, ongeveer 300 ha, van de Hedwigepolder kon de Staat geen overeenstemming bereiken. Daarom werd tot onteigening besloten.

Dat ging niet zonder slag of stoot. Nadat de Kroon de bezwaren van de eigenaar tegen de onteigening had verworpen en de gronden bij Koninklijk Besluit (KB) ter onteigening had aangewezen, heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant op vordering van de Staat de vervroegde onteigening uitgesproken. Tegen dit vonnis werd door de eigenaar cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad. Naar het arrest werd met spanning uitgekeken, niet in de laatste plaats omdat A-G Van Oven concludeerde tot vernietiging van het vervroegde onteigeningsvonnis. De Hoge Raad verwerpt echter de tegen de onteigening ingebrachte bezwaren en laat het vonnis en daarmee de onteigening in stand. De belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad passeren hier de revue.

Naar aanleiding van bezwaren van de eigenaar tegen de gevolgde procedure bij de totstandkoming van het KB overweegt de Hoge Raad dat de vraag of bij de voorbereiding van het KB procedurevoorschriften zijn geschonden volledig en niet slechts marginaal door de onteigeningsrechter moet worden getoetst. De Hoge Raad laat in het midden of sprake is van onzorgvuldigheid, maar oordeelt dat artikel 6:22 Awb ook kan worden toegepast in een procedure van totstandkoming van een KB strekkende tot onteigening. Op grond van dit artikel kan een besluit ondanks schending van een rechtsregel of rechtsbeginsel in stand worden gelaten als aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Het oordeel van de rechtbank dat de gestelde gebreken niet meebrengen dat de eigenaar in zijn belangen is geschaad, laat de Hoge Raad daarom in stand.

De eigenaar klaagde ook over schending van het beginsel van hoor en wederhoor omdat hij niet heeft kunnen reageren op een memo van de Staat dat na de hoorzitting aan de Kroon is toegezonden. Hoor en wederhoor spelen echter geen rol tijdens de voorbereiding van het Koninklijk Besluit: artikel 78 lid 4 Ow strekt ertoe om degene die zienswijzen heeft ingebracht de gelegenheid te geven die bezwaren mondeling toe te lichten voor een besluit wordt genomen. Het beginsel van hoor en wederhoor speelt pas een rol in een tegen dat besluit gerichte procedure.<sup>15</sup>

De eigenaar had zich in de procedure bij de Kroon en bij de rechtbank op het standpunt gesteld, dat er geen noodzaak tot onteigening bestond, omdat hij bereid en in staat was de bestemming estuariene natuur zelf te realiseren.

In cassatie klaagt de eigenaar dat het oordeel van de rechtbank dat de Kroon in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat het beroep van de eigenaar op zelfrealisatie niet kan slagen, onvoldoende is gemotiveerd. Bij de bespreking van deze klacht stelt de Hoge Raad voorop dat het door de Kroon verworpen zelfrealisatieverweer door de onteigeningsrechter slechts marginaal wordt getoetst. De Hoge Raad neemt tot

uitgangspunt dat op de te onteigenen gronden een grootschalig natuurgebied zal worden gerealiseerd, waarbij (infrastructurele) werken, zoals krekken- en geulensels en dijken (primaire waterkeringen) zullen worden aangelegd. Het gebied zal vervolgens tezamen met nabijgelegen gebieden, integraal worden beheerd.

De kernoverweging van de Hoge Raad is te vinden in rov. 3.6.5 waar de Hoge Raad overweegt dat de infrastructuurwerken zich kenmerken doordat zij grootschalig zijn en mede betrekking hebben op de aanleg en het langdurige beheer van infrastructuurwerken, waaronder waterkeringen waarmee de openbare veiligheid is gemoeid, terwijl bovendien met die aanleg en dat beheer moet worden voldaan aan internationale verplichtingen van de Staat. Gelet hierop kon de Kroon, aldus de Hoge Raad, in redelijkheid tot het oordeel komen dat alleen de volle eigendom van en daarmee volledige zeggenschap over de gronden die deel uitmaken van het plangebied, waarborgt dat de belangen die zijn gemoeid met het realiseren van de beoogde infrastructuurwerken en het integrale beheer van het aldus te creëren natuurgebied, voldoende tot hun recht (zullen blijven) komen. Reeds hierom kon aan het beroep op zelfrealisatie voorbij worden gegaan.

Ten slotte was nog aangevoerd dat de Staat niet aan zijn onderhandelingsplicht op grond van artikel 17 Ow had voldaan, omdat de Staat, na het KB, niet met de eigenaar in onderhandeling was getreden over diens zelfrealisatievoornemen en over de mogelijkheid van eeuwigdurende erfpacht. Die klacht doet de Hoge Raad kort af. De Hoge Raad overweegt dat de onteigenende partij op grond van artikel 17 Ow moet trachten hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen. Onder verkrijgen wordt volgens de Hoge Raad verstaan: in eigendom verkrijgen. Onteigening strekt immers ter verkrijging van eigendom. Nadat de Kroon in het Koninklijk Besluit de percelen van de eigenaar ter onteigening had aangewezen, was de Staat dus niet op grond van artikel 17 Ow verplicht alsnog of wederom met de eigenaar in onderhandeling te treden over zelfrealisatie of erfpacht.

Met dit arrest is een voorlopig einde gekomen aan de strijd om de Hedwigepolder. Voorlopig, want de strijd om de schadeloosstelling is nog niet getreden. Wij verwachten dan ook in een volgende kroniek het vervolg van deze zaak te kunnen bespreken.

### **3. Schadeloosstelling**

#### **3.1 De waarde van het onteigende**

##### **3.1.1 Waarderingsmethodiek**

Zoals bekend, is de onteigeningsrechter vrij in het kiezen van de waarderingsmethodiek.<sup>16</sup> De te kiezen methodiek is uiteraard relevant bij bepaling van de waarde. Het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 25 juli 2017 laat echter zien dat de te kiezen methodiek ook invloed kan hebben op de omvang van de onrendabele top.<sup>17</sup> Het betrof het vervolg op het arrest van de Hoge Raad van 21 november 2014 inzake kwekerij Loek Jansen.<sup>18</sup> De Hoge Raad bepaalde in dit arrest, zakelijk weergegeven, dat de onteigende recht heeft op een integrale vergoeding van de onrendabele top ook al kan hij die onrendabele top afschrijven. Aan het Hof de taak de onrendabele top vast te stellen.

Het Hof berekent die top door een vergelijking te maken tussen de totale benodigde investeringen in de nieuwe locatie en de marktwaarde van het aldus te realiseren object. Het arrest heeft terecht aandacht gekregen, omdat het Hof afwijkt van het advies van de deskundigen.<sup>19</sup> Interessant is evenwel ook de methode die het Hof kiest om die marktwaarde te berekenen. Lastig daarbij was dat op de peildatum geen vergelijkingstransacties voorhanden waren. Een berekening op basis van te genereren inkomsten wijst het Hof ook van de hand om uiteindelijk uit te komen op een op de te maken investeringen gebaseerde berekening.

Sowieso is deze kostenmethode vrij zeldzaam en biedt dit arrest een mooi voorbeeld van de toepassing daarvan.<sup>20</sup> Daarnaast is interessant waarom het Hof de inkomstenbenadering niet kiest. Dat doet hij namelijk, omdat bij een onteigening de waarde van de onroerende zaak wordt vastgesteld en niet de waarde van het bedrijf dat de onroerende zaak exploiteert.<sup>21</sup> Zeker bij opstallen die geheel zijn ingericht naar de wensen van het exploiterende bedrijf, is een dergelijk onderscheid soms lastig te maken, omdat feitelijk de enige geïnteresseerde koper een bedrijf is dat de opstal op gelijke wijze zal willen exploiteren. Dit arrest laat evenwel zien dat ook in die situatie de waarde niet snel gelijk zal zijn aan de waarde die een (theoretische) directe concurrent zal willen betalen, maar de waarde die een redelijk handelend koper betaalt. Schade die de onteigende lijdt omdat hij een nieuwe locatie geschikt moet maken voor zijn bedrijfsvoering komt vervolgens voor vergoeding in aanmerking als financieringsschade en, zoals in dit geval, via de onrendabele top.

##### **3.1.2 Eliminatie**

Vorig jaar bespraken wij onder andere het arrest Waterdunen<sup>22</sup> en de implicaties daarvan voor (vooral) de bepaling van eventuele verwachtingswaarde.<sup>23</sup> In het arrest oordeelde de Hoge Raad, zakelijk weergegeven, dat een gebiedsplan ten onrechte buiten beschouwing was gelaten bij de waardebepaling, omdat aan dat plan geen concreet plan voor het werk ten grondslag had gelegen. Wij koppelden hieraan de conclusie dat eliminatie niet altijd meer zal leiden tot een hogere waarde, omdat aan elke planologisch besluit beleid voorafgaat. Een redelijk handelend koper houdt met dat beleid rekening en zal dus niet snel verwachtingswaarde willen betalen vanwege een andere lucratieve ontwikkeling van het onteigende.

In het arrest Steenberggen bevestigt de Hoge Raad zijn standpunt.<sup>24</sup> De Staat onteigende voor de aanleg van de A4 bij Steenberggen. Tussen partijen stond vast dat het tracébesluit bij de waardebepaling moest worden geëlimineerd. Vervolgens claimde de onteigende verwachtingswaarde vanwege de mogelijke realisatie van een bedrijventerrein op het overblijvende. De Staat wees evenwel op beleidsdocumenten waaruit bleek dat de gemeente de locatie van de uitbreiding koppelde aan de ligging van de nieuwe A4. Met de uitbreiding mocht geen rekening worden gehouden, aldus de Staat en (uiteindelijk) de rechtbank. De Hoge Raad ziet dit anders. De rechtbank had namelijk niet onderzocht of aan de beleidsdocumenten voor de lucratieve ontwikkeling een plan als bedoeld in artikel 40c Ow ten grondslag lag of dat die plannen voortborduurd op dergelijke plannen. Daarom had zij de eliminatieregel verkeerd toegepast.<sup>25</sup> De A-G voegt hieraan toe dat het moet gaan om plannen voor de Rijksweg en de beleidsdocumenten zien op plannen voor een bedrijventerrein. Weliswaar bestaat enig verband, maar niet is vastgesteld dat de plannen voor het bedrijventerrein dusdanig samenhangen met de realisatie van de A4 dat moet worden gesproken van 'plannen voor overheidswerken die in verband staan' met de A4.<sup>26</sup>

Het lijkt er dus op dat voor de eliminatie van beleidsdocumenten het (ook) noodzakelijk is dat op het moment van vaststelling reeds een 'plan voor het werk' bestond in de zin van artikel 40c Ow.<sup>27</sup> Zo niet, dan moet bij de waardebepaling met die documenten rekening worden gehouden ook al is de uiteindelijke bestemming wel geëlimineerd. Gekoppeld aan de hoge eisen die de Hoge Raad stelt aan het 'concreet plan voor het werk'<sup>28</sup>, zal in veel gevallen wel rekening moeten worden gehouden met beleidsdocumenten bij de waardebepaling. Daar dergelijke documenten logischerwijs vooruitlopen op de uiteindelijke (te elimineren) bestemming, blijft onze verwachting dat dit een aanzienlijke rem zet op de vergoeding van verwachtingswaarde.

Ook in het arrest van 31 maart 2017 staat eliminatie centraal, maar dan vanuit een ander perspectief. De gemeente Uden onteigende voor de uitvoering van een woonbestemming, waarbij zij de gronden verwerft en bouwrijp maakt. Vervolgens geeft de gemeente de gronden uit aan een private partij die de opstallen realiseert. De rechtbank waardeerde het onteigende als ruwe bouwgrond. Zij hield daarbij geen rekening met de meerwaarde die voortvloeit uit het bouwrijp maken, omdat de gemeente de gronden bouwrijp maakte en die activiteiten deel uitmaakten van het werk waarvoor werd onteigend. In cassatie klaagt de onteigende dat het bouwrijp maken ten onrechte is geëlimineerd, omdat geen sprake is van een overheidswerk in de zin van artikel 40c Ow en de daaraan gegeven interpretatie in de arresten van 15 januari 2016. De Hoge Raad verwerpt dit betoog, omdat de overheid in casu het bouwrijp maken uitvoert en er dus sprake is van een overheidswerk. Daarvan uitgaande mag met die activiteiten geen rekening worden gehouden bij de waardebepaling.<sup>29</sup> Daarnaast stelt de Hoge Raad vast dat bij de bepaling van de waarde van gronden binnen een complex geen rekening mag houden met door de onteigende overheid tot stand gebrachte werken. Deze, op zich logische conclusie, komt tot stand op basis van een lezenswaardige conclusie van A-G Van Oven die de jurisprudentie op dit punt vanaf de jaren vijftig helder heeft geanalyseerd.<sup>30</sup>

Tot slot attenderen wij de lezer op het tussenarrest van het Hof 's-Gravenhage van 13 juni 2017<sup>31</sup> als vervolg op het Hoogdaalem-arrest van de Hoge Raad. Hoewel het een tussenarrest betreft waarin deskundigen worden benoemd, zijn de overwegingen over artikel 40e Ow het signaleren waard.<sup>32</sup> De gemeente betoogt na verwijzing dat als het bestemmingsplan niet moet worden geëlimineerd, de daaruit voortvloeiende meerwaarde geheel of gedeeltelijk moet worden afgeroomd op grond van artikel 40e Ow. Nu wordt dit artikel al spaarzaam toegepast, maar baatafoming op grond van dit artikel zou een unicum zijn. Het Hof komt hieraan ook vooralsnog niet toe. Hij overweegt allereerst dat op grond van de wetsgeschiedenis het niet aangaat dat elke uit het bestemmingsplan voortvloeiende waardevermeerdering als 'onredelijk' moet worden afgeroomd. Dat zou immers in strijd zijn met het uitgangspunt van de wetgever dat de meerwaarde voortvloeiend uit het bestemmingsplan in beginsel toekomt aan de eigenaar.<sup>33</sup> Tegelijkertijd behelst artikel 40e Ow meer dan een enkele correctie op de complexwaarde. Weliswaar komt blijkens de wettekst toepassing van artikel 40e Ow na toepassing van artikel 40d Ow, maar dat laat onverlet dat artikel 40e Ow ook kan worden toegepast als de gronden geen deel uitmaken van een complex, aldus het Hof. Hiervan uitgaande verzoekt het Hof deskundigen

dan ook te adviseren over de vraag of baatafroming hier in de rede ligt. Voor zover ons bekend, heeft het Hof nog geen eindarrest gewezen in deze kwestie; dus de uitkomst van deze discussie zal moeten worden afgewacht. Hieraan zullen wij in een volgende kroniek zeker uitgebreid aandacht besteden.

## **3.2 Bijzondere geschiktheid van het onteigende voor het werk**

### **3.2.1 Bijzondere geschiktheid van een zandwinplas als stortplaats**

Van bijzondere geschiktheid is sprake als een onteigend stuk grond vanwege een bijzondere eigenschap, bodemsamenstelling of ligging speciaal geschikt is voor het werk waarvoor wordt onteigend.

Een voorbeeld van een onteigend stuk grond met een eigenschap die speciaal geschikt was voor de onteigening deed zich voor in het arrest van de Hoge Raad van 25 september 2015.<sup>34</sup> Dit arrest is besproken in een eerdere kroniek.<sup>35</sup> Op het onteigende was een voormalige zandwinplas aanwezig, waarin de circa 500.000 m<sup>3</sup> vanwege de onteigening vrijkomende grond kon worden gestort. Dat zou leiden tot een besparing op transportkosten, aangezien de grond anders elders naartoe had moeten worden vervoerd. Uit dit arrest volgt dat van bijzondere geschiktheid ook sprake is als op de kosten van het gehele werk, waarvan het werk op het onteigende een onderdeel is, kan worden bespaard.

Met het arrest uit 2015 was de kous nog niet af, want de Hoge Raad verwees één van de twee zaken ter verdere behandeling terug naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Op 14 februari 2017<sup>36</sup> wees het hof een tussenarrest, waaruit blijkt dat nog niet zo eenvoudig is vast te stellen wat nu de voordelen en kosten zijn die voortvloeien uit het kunnen storten van de vrijkomende grond in de zandwinplas. Het hof overweegt dat het moet gaan om de rechtstreeks uit de bijzondere geschiktheid voortvloeiende kosten. De kosten die verband houden met het storten van 500.000 m<sup>3</sup> niet-vermarktbaar grond, in plaats van de door de PKB 'Ruimte voor Ruimte' voorgeschreven 1.000.000 m<sup>3</sup> gebiedseigen grond, houden volgens het hof geen rechtstreeks verband met die bijzondere geschiktheid. Vanwege de devolutieve werking van deze procedure na verwijzing kwam bovendien weer de vraag uit de rechtbankprocedure aan de orde of de kosten voor het ontgraven, transporteren en storten van niet-vermarktbaar grond in de zandwinplas daadwerkelijk minder zijn dan de kosten voor het ontgraven, transporteren en storten van die grond in een regulier depot elders. Tussen de tot nu toe ingeschakelde deskundigen bestond onenigheid over de vraag of de kosten voor het ontgraven, laden en lossen buiten beschouwing moesten worden gelaten. Verder bestond onenigheid over de tarieven van het transport. Het hof beslist dat deskundigen moeten worden benoemd om zich over deze vragen uit te laten. Wordt vervolgd dus.

### **3.2.2 (Geen) bijzondere geschiktheid van onwinbare bodembestanddelen in een complex**

Ook de bodemsamenstelling van het onteigende kan een speciaal voordeel opleveren voor het te realiseren werk. Bij de vaststelling van de waarde van het onteigende moet dan ook de eventuele meerwaarde vanwege bodembestanddelen worden vergoed. In de jurisprudentie wordt onderscheid gemaakt tussen 'winbare' en 'onwinbare' bodembestanddelen. Wanneer bodembestanddelen ook zonder de onteigening konden worden gewonnen (winbare bodembestanddelen), en die winning een voordeel oplevert, krijgen onteigende en onteigenaar ieder de helft van dat voordeel. Wanneer bodembestanddelen uitsluitend door de onteigening kunnen worden gewonnen (onwinbare bodembestanddelen), geldt als uitgangspunt dat de marktwaarde aan de onteigende wordt vergoed.

Op 30 maart 2018 wees de Hoge Raad arrest in twee vrijwel gelijke zaken over onwinbare bodembestanddelen in een complex van gronden.<sup>37</sup> Deze gronden waren benodigd voor de uitvoering van het bestemmingsplan Maastricht Aachen Airport. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van de rechtbank dat de vergoeding voor de in het onteigende te winnen hoeveelheid löss in dit geval moet worden berekend door de totaal te winnen hoeveelheid te middelen over alle tot het complex behorende gronden en niet, zoals de onteigende had betoogd, aan de hand van de te winnen hoeveelheid op ieder perceel. Wanneer, zoals in dit geval, de percelen in het complex een (ongeveer) gelijke mate aan bepaalde (on)winbare bodembestanddelen bevatten, kan namelijk niet worden gesproken van een bijzondere geschiktheid van één of meer van die percelen. De waardeverschillen die zich tussen de verschillende percelen voordoen uitsluitend als gevolg van de met het werk te realiseren bestemming moeten dan worden weggedacht, bijvoorbeeld als die bestemming meebrengt dat op het ene stuk grond bodembestanddelen worden gewonnen en op het andere stuk grond niet. Met dit oordeel sluit de Hoge Raad aan bij de opvatting van A-G Valk over de verhouding tussen de egalisatieregels en bijzondere geschiktheid, die erop neer komt dat de baten van de winning van bodembestanddelen over het hele complex moeten

worden omgeslagen als de percelen qua hoeveelheid bodembestanddelen niet significant van elkaar verschillen.

<sup>38</sup> Als wel sprake is van een significant verschil in de mate van geschiktheid van de percelen, is de complexbenadering volgens de A-G niet redelijk en zou een opslag op perceelsniveau nodig zijn. <sup>39</sup>

### 3.3 Waardevermindering van het overblijvende

Wordt een deel van de aan de onteigende toebehorende eigendom onteigend, dan kan het resterende deel als gevolg daarvan in waarde dalen. Artikel 40 Ow geeft recht op een volledige schadevergoeding, die bij gedeeltelijke onteigening ook een vergoeding voor de waardevermindering van het overblijvende kan inhouden. Die optredende waardevermindering moet dan wel het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg zijn van de onteigening. <sup>40</sup> Duidelijk is in ieder geval dat de waardevermindering van het overblijvende inherent onderdeel uitmaakt van de (Nederlandse) onteigeningsystematiek. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) benadert de waardevermindering van het overblijvende via een ietwat andere systematiek, hetgeen heeft geleid tot de interessante uitspraak Werra van 19 januari 2017. <sup>41</sup>

Allereerst de feiten. Werra Naturstein GmbH & Co. KG (hierna: Werra) is een Duits bedrijf, gevestigd in Auengrund. In juli 1994 kocht Werra een stuk land om daar mijnactiviteiten in een steengroeve te ontplooiën. Werra ontving hiervoor een vergunning van de autoriteiten. Naast de steengroeve realiseerde Werra een fabriek als essentieel onderdeel van het bedrijf om de kalksteen direct te kunnen verwerken in bouw materiaal. Belangrijk is dat ten tijde van de vergunningverlening zowel de autoriteiten als Werra wist dat de mijnactiviteiten wellicht beperkt zouden worden met het oog op een nog aan te leggen weg. Documenten en kaarten voor het bouwen van die weg waren ter inzage gelegd nog vóór het vergunnen van de mijnactiviteiten aan Werra.

De mijnactiviteiten van Werra werden in 2000 beperkt, toen de mijnautoriteiten het meerjarenbedrijfsplan van Werra voor de inmiddels verwezenlijkte mijnbouwlocatie grotendeels afkeurde met oog op de in de toekomst aan te leggen weg. Als gevolg daarvan was Werra genoodzaakt een jaar later haar activiteiten te verhuizen en voort te zetten op een nabijgelegen locatie. De relocatiekosten kwamen voor rekening van Werra.

De planologische besluitvorming voor de geprojecteerde weg liep door, en de van Werra benodigde grond voor de realisatie van de weg werd in 2005 onteigend. Werra werd alleen gecompenseerd voor het verlies van de eigendom van de onteigende grond, bestaande uit de waarde van dat stuk grond. Nadat Werra nul op het rekest kreeg van de nationale rechters, diende zij een klacht in bij het EHRM inhoudende dat artikel 1 EP was geschonden door geen compensatie te bieden voor onder meer de waardevermindering van het overblijvende: door het verplaatsen van de mijnactiviteiten als gevolg van de (aankomende) onteigening kon Werra bijvoorbeeld geen gebruik meer maken van de naast de steengroeve gerealiseerde fabriek.

Het EHRM oordeelt dat het overblijvende niet is onteigend maar sprake is van regulering van eigendom. Of sprake is van een rechtmatige regulering van eigendom hangt af van de *fair balance*-toets waarin het algemeen belang dat is gemoeid met de regulering tegen het belang van Werra wordt afgewogen en er geen sprake mag zijn van een 'disproportionate burden'. Vervolgens onderzoekt het EHRM of er sprake is van omstandigheden op grond waarvan de lidstaat af had mogen zien van het bieden van compensatie voor de bijkomende schade.

Dat Werra wist dat er plannen bestonden om in de toekomst een weg te realiseren waardoor haar mijnactiviteiten beperkt konden worden beschouwt het EHRM niet als zo'n omstandigheid. De autoriteit had immers óók kennis van deze plannen, en verleende Werra desondanks een mijnbouwvergunning voor een periode van 25 jaar. Ook het feit dat de weg werd aangelegd ten behoeve van de verdere ontwikkeling van de regio in het kielzog van de toen recente hereniging van Oost- en West-Duitsland is geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan Duitsland van aanvullende compensatie had mogen afzien. Conclusie: een schending van artikel 1 EP. <sup>42</sup>

Hoewel het EHRM juridisch onderscheid maakt tussen onteigening en regulering van eigendom, legt het in de praktijk eenzelfde toets aan, zo blijkt uit deze uitspraak. Sluysmans merkt dan ook terecht in zijn annotatie op dat het EHRM het zichzelf lastiger maakt dan nodig door het kunstmatig onderscheid dat zij maakt tussen de ontneming en regulering van eigendom in deze zaak. Volgens Sluysmans had het EHRM beter kunnen oordelen dat eigendomsontneming - net als in het Nederlandse onteigeningsrecht - ook andere schade met zich kan brengen die in het kader van de *fair balance*-toets in beginsel volledig gecompenseerd moet worden. <sup>43</sup>

Van een hele andere categorie is de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2017. Wat was er aan de hand? Onteigend is een deel van een huiskavel met een bouwblok waarop zich een boerderij en bedrijfsgebouwen bevinden. Als gevolg van de gedeeltelijke onteigening is de huiskavel kleiner geworden. De grootte van het bouwblok is gelijk gebleven, waardoor de rechtbank Zeeland-West-Brabant in lijn met de deskundigen oordeelde dat van waardevermindering van de grond met het bouwblok geen sprake was, omdat

de waarde daarvan slechts wordt bepaald door de oppervlakte van het bouwblok, de bebouwingsmogelijkheden en de staat van de aanwezige bebouwing. Geen kleiner bouwblok, dus geen waardevermindering, aldus de rechtbank.<sup>44</sup>

De Hoge Raad vindt dit oordeel van de rechtbank zonder nadere motivering onbegrijpelijk. De Hoge Raad herhaalt eerst de standaardoverweging dat voor de berekening van de waardevermindering van het overblijvende bepalend is een vergelijking van de werkelijke waarde van het geheel vóór de onteigening met de werkelijke waarde van het onteigende en de werkelijke waarde van het overblijvende ná onteigening.<sup>45</sup>

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat sprake is van waardevermindering van het overblijvende: de werkelijke waarde van een bouwblok waarop zich de boerderij met bedrijfsgebouwen bevindt, wordt immers mede bepaald door de (mogelijke) aansluiting daarvan aan een of meer kavels.<sup>46</sup> De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Valk, die onder verwijzing naar Telders betoogt dat het wegvallen van potentiële uitbreidingsmogelijkheden van de huiskavel eveneens tot een waardedaling van de agrarische opstallen en het agrarisch bouwblok leidt.<sup>47</sup>

Reden hiervoor is dat efficiëntievoordelen wegvallen die verband houden met de directe bereikbaarheid van de huiskavel vanuit de opstallen en vanaf het omliggende erf. Juist vanwege die efficiëntievoordelen is een redelijk handelend koper bereid een hogere prijs te betalen voor een bouwblok naarmate de oppervlakte van de huiskavel groter is of door aanvullende grondverwerving vergroot kan worden.

De Hoge Raad constateert dat de huiskavel als gevolg van de onteigening kleiner is geworden én dat er geen vooruitzicht meer bestaat op noemenswaardige vergroting daarvan. Daarom is het onbegrijpelijk dat de waarde van het bouwblok vóór en ná de onteigening door de rechtbank op hetzelfde bedrag is gesteld. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de rechtbank en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

## 4. Inkomensschade en bijkomende schade

### 4.1 Bijkomende schade van de juridisch eigenaar

Op 15 december 2017 wees de Hoge Raad arrest in zeven cassatieberoepen naar aanleiding van de onteigeningsprocedures voor de omlegging van de A9 bij Badhoevedorp. Vijf daarvan werden met toepassing van artikel 81 RO, dus zonder inhoudelijke motivering, afgedaan.<sup>48</sup> De overige twee zijn zonder meer het bespreken waard in het kader van inkomensschade en bijkomende schade. Eén daarvan is ook eerder in deze kroniek besproken in de paragraaf over onteigeningsprocesrecht vanwege een ontvankelijkheidskwestie.

Alle onteigende percelen bevonden zich binnen de zogenoemde 'Schipholdriehoek', een gebied waarvoor vanwege de ligging bij het vliegveld hoge verwachtingen bestaan voor mogelijke toekomstige ontwikkeling. Een aantal van de onteigende percelen was daarom in de jaren '90 door agrariërs als de onteigende verkocht met onherroepelijke volmacht tot levering aan projectontwikkelaars. De onteigende landbouwer (hierna: Van Wijk) had daarom nog uitsluitend de juridische eigendom van het onteigende, de economische eigendom lag bij projectontwikkelaar Landvision. Splitsing van de juridische en economische eigendom is vaker aanleiding geweest voor arresten van de Hoge Raad.<sup>49</sup> Daarbij werd beslist dat de economische eigenaar niet op grond van artikel 3 en 4 Ow een zelfstandig recht op schadeloosstelling heeft. De economische eigenaar kan via de juridische eigenaar wel aanspraak maken op de vergoeding voor de werkelijke waarde van het onteigende en zijn bijkomende schade.

In het geval dat leidde tot één van de twee arresten<sup>50</sup> was daarbij een voortgezet gebruiksrecht overeengekomen dat liep tot aan het moment dat de bestemming van het perceel zou wijzigen in een andere dan agrarische bestemming en zodra de economische eigenaar het perceel naar die nieuwe bestemming wilde gebruiken. Ten tijde van de onteigening (met peildatum in 2015), was er nog geen zicht op bestemmingswijziging en werd het perceel nog steeds binnen het akkerbouwbedrijf van Van Wijk gebruikt. In de onteigeningsprocedure stelde hij zich op het standpunt dat hem ook schadevergoeding voor het verlies van zijn gebruiksrecht toekwam. De rechtbank achtte dat niet redelijk omdat Van Wijk in 1993 bij de koop met de koopprijs al een volledige vergoeding voor het verlies van de eigendom vergoed had gekregen. De Hoge Raad beslist anders. De omstandigheid dat de (juridische) eigenaar zijn zaak al eerder (tegen een koopprijs) heeft verkocht, brengt geen verandering in het uitgangspunt dat de eigenaar recht heeft op vergoeding van zijn bijkomende schade, die als de eigenaar op het onteigende zijn bedrijf uitoefende, onder meer kan bestaan uit inkomstenderving, kosten voor een vervangende bedrijfslocatie en omrijtschade. Dat de juridische eigenaar de vergoeding voor de werkelijke waarde moet doorbetalen aan de economische eigenaar, en dat de economische



eigenaar die op het onteigende een bedrijf exploiteert ook (via de juridische eigenaar) zijn inkomensschade vergoed krijgt, doet daar niet aan af. De rechtbank had daarom moeten onderzoeken of Van Wijk, de onteigening weggedacht, zijn bedrijf op het onteigende zou hebben voortgezet. De Hoge Raad geeft daarbij nog de handreiking dat financieringslasten voor de aankoop van de vervangende zaak slechts vergoed kunnen worden voor zover deze de werkelijke waarde van het onteigende te boven gaan - slechts voor die omvang kan het immers als onteigeningsgevolg worden aangemerkt. Ook is het moeten betalen van een hogere gebruiksvergoeding voor een vervangende bedrijfslocatie - Van Wijk gebruikte het onteigende om niet - slechts onteigeningsgevolg voor zover die vergoeding hoger is dan wat een redelijke gebruiksvergoeding voor het onteigende was geweest.

#### 4.2 Wederbeleggingskosten

Net als Van Wijk maakte ook de economische eigenaar, Landvision, aanspraak op vergoeding van aankoopkosten van een vervangende onroerende zaak.<sup>51</sup> Aankoopkosten van een vervangende onroerende zaak komen in de jurisprudentie van oudsher in twee gevallen voor vergoeding in aanmerking. Dit is ten eerste wanneer de onteigende zijn bedrijf uitoefent op het onteigende en reconstructie elders uitgangspunt is bij de begroting van de schadeloosstelling. Het tweede geval doet zich voor als de eigenaar niet de exploitant is, maar hij het onteigende als belegging aanhoudt. Wederbeleggingskosten worden dan alleen vergoed wanneer het onteigende werd aangehouden als duurzame belegging en het redelijk belang van de onteigende herbelegging in onroerend goed vordert. Landvision maakte in dit geding aanspraak op vergoeding van de aankoopkosten van vervangende grond, omdat zij als projectontwikkelaar moet beschikken over 'voorraad'. In cassatie klaagde Landvision over de weigering van de rechtbank om wederbeleggingskosten toe te kennen, en wees daarbij onder meer op haar stelling dat zij volgens haar bedrijfsfilosofie 75% van de gronden behoudt en 25% verkoopt en herinvesteert. A-G Valk voelde in zijn conclusie bij dit arrest voor de introductie van een derde categorie voor bedrijfsmiddelen van een projectontwikkelaar. De Hoge Raad sluit echter aan bij zijn eerdere jurisprudentie over 'handelsvoorraad'.<sup>52</sup> Wanneer het onteigende deel uitmaakt van een handelsvoorraad bestaande uit een wisselend bestand aan onroerende zaken en derhalve bestemd om te eniger tijd te worden verkocht, bestaat geen aanspraak op kosten van wederaankoop. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

#### 4.3 Inkomensschade en schade als contractsgevolg

In het arrest Vado/Maastricht<sup>53</sup> vernietigt de Hoge Raad onder meer omdat de beslissing van de rechtbank een aantal inconsequenties bevatte. Zo had de rechtbank in afwijking van het advies van de deskundigen een vergoeding voor inkomensschade begroot, maar dat advies van de deskundigen wel gevolgd waar zij adviseerden dat geen sprake was van belastingschade, terwijl deze adviezen met elkaar samenhangen. De rechtbank had inkomensschade toegekend omdat Vado jaarlijks substantiële besparingen realiseerde op de posten onderhoudsverzekering en beheer. Die besparingen gingen bij vervangende aankoop volgens haar verloren. De rechtbank heeft inkomensschade aanwezig geacht omdat de besparingen bij het bepalen van de werkelijke waarde - op basis van een huurwaardekapitalisatie - buiten beschouwing waren gelaten. De Hoge Raad overweegt dat met de veronderstelling dat Vado met de onteigeningsvergoeding een 'vergelijkbaar beleggingspand' kan verwerven niet onverenigbaar is dat zij toch inkomensschade lijdt omdat besparingen verloren gaan. De motiveringsklacht over dit onderwerp slaagt echter wel. De rechtbank had niet gemotiveerd waarom voornoemde besparingen niet ook bij een vervangend object kunnen worden gerealiseerd.

Ook het signaleren waard is een aspect waar de Hoge Raad zich niet over uitlaat. De rechtbank besliste dat de door Vado gestelde extra financieringslasten door de aankoop van een vervangend pand, bestaande uit hogere rente en kosten voor afwikkeling van een renteswap, niet voor vergoeding in aanmerking komen. Deze kosten zijn volgens de rechtbank contractsgevolg en geen onteigeningsgevolg. In cassatie werd hierover geklaagd, maar de Hoge Raad laat zich hier niet principieel over uit, anders dan A-G Valk.<sup>54</sup>

De beslissing van de rechtbank ging namelijk (al) onderuit op een procesrechtelijk punt: de rechtbank heeft haar zelfstandige taak de schadeloosstelling vast te stellen miskend door het Vado tegen te werpen dat zij pas tardief heeft aangeboden stukken over de renteswaps en financieringslasten in het geding te brengen. De Hoge Raad overweegt dat de rechter, indien de stukken van het geding hem daartoe aanknopingspunten verschaffen, ambtshalve onderzoek moet doen naar de betekenis van die aanknopingspunten voor de schadeloosstelling.

#### 4.4 Kosten van rechts- en deskundige bijstand en de dubbele redelijkheidstoets

Hierboven kwam het arrest Vado/Maastricht reeds aan de orde. De rechtbank had van de opgevoerde kosten van rechts- en deskundige bijstand ter grootte van € 152.911,12 excl. btw in verband met de dubbele redelijkheidstoets slechts een bedrag van € 70.000,- incl. btw toegewezen. De Hoge Raad vernietigt het vonnis

voor zover de rechtbank bij de beoordeling van de redelijkheid 'groot gewicht' heeft toegekend aan het 'relatief beperkte verschil tussen het aanbod en de uiteindelijk toegewezen schadeloosstelling'. Dit hangt samen met de vernietiging van de andere onderdelen van het vonnis, als gevolg waarvan het hof zich opnieuw over de omvang van de schadeloosstelling moet buigen. De overige (motiverings)klachten tegen de toepassing van de dubbele redelijkheidstoets leiden niet tot cassatie.

#### **4.5 Pachtter heeft uitsluitend aanspraak op inkomensschade**

In een arrest van 20 april 2018 gaat de Hoge Raad nog in op de positie van de pachtter bij onteigening.<sup>55</sup> Het pachtrecht behoort niet tot de in artikel 4 Ow genoemde rechten die afzonderlijk kunnen worden onteigend. Het pachtrecht komt wel op grond van artikel 59 lid 3 Ow door onteigening te vervallen. De Hoge Raad beslist dat artikel 41a Ow, dat de artikelen 40-41 Ow in beginsel van overeenkomstige toepassing verklaart op de rechten die door onteigening vervallen, slechts ziet op de in artikel 4 Ow genoemde rechten en dus niet op het pachtrecht. Het recht van de pachtter op schadeloosstelling is daarom (alleen) gebaseerd op artikel 42a Ow.

In deze zaak was uitgangspunt dat het in het gebied waarin werd onteigend, gebruikelijk is dat de vertrekkende pachtter van de nieuwe pachtter een vergoeding van € 1,- per m<sup>2</sup> bedingt. De rechtbank had beslist dat de onteigenaar deze vergoeding als vermogensschade aan de pachtter diende toe te kennen. Het daartegen gerichte cassatieberoep slaagt. De mogelijkheid om bij beëindiging van het pachtrecht van de nieuwe pachtter een vergoeding te bedingen, maakt niet dat het pachtrecht 'werkelijke waarde' heeft in de zin van artikel 40b Ow. Het verlies van die mogelijkheid levert dan ook geen vermogensschade op. Voor zover de schade gelegen in het missen van deze vergoeding in redelijkheid als een gevolg van de onteigening is aan te merken, komt deze als inkomensschade voor vergoeding in aanmerking. Daarbij is onder meer van belang of en op welke termijn de pachtter zijn pachtrecht aan een opvolgend pachtter zou hebben doen overgaan, de onteigening weggedacht.

### **5. Varia**

#### **5.1 Onteigening SNS-aandeelhouders**

In vorige kronieken hebben wij de ontwikkelingen gesignaleerd inzake de onteigening van de aandelen in SNS Reaal en SNS Bank.<sup>56</sup> Omdat in die zaak weer een ontwikkeling is te melden, nemen wij die mee. Op 17 november 2017<sup>57</sup> heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een van de procedures naar aanleiding van die onteigening. Het ging hier om een door Stichting Beheer<sup>58</sup> bij de rechtbank Amsterdam ingediend verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor. Het verzoek richtte zich tegen SNS Reaal. De Staat is als belanghebbende in de procedure verschenen. De grondslag van het verzoek hield (samengevat) in dat SNS Reaal jegens Stichting Beheer onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met de op haar rustende verplichting informatie aan Stichting Beheer te onthouden, met als gevolg dat Stichting Beheer in de schadeloosstellingsprocedure bij de Ondernemingskamer geen deugdelijk verweer heeft kunnen voeren. De rechtbank wees het verzoek af, welke beschikking door het Gerechtshof Amsterdam werd bekrachtigd.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. De Hoge Raad oordeelt, dat de omstandigheid dat de Ondernemingskamer in een schadeloosstellingsprocedure ex artikel 6:11 Wft deskundigen heeft benoemd, niet verhindert dat die kamer (ook) zelf getuigen hoort — ambtshalve of indien daarom wordt verzocht — indien dit voor de waardebepaling van belang is. Met doel en strekking van die procedure is echter niet verenigbaar dat het feitenonderzoek wordt doorkruist of op de uitkomst van de procedure wordt vooruitgelopen door middel van een voorlopig getuigenverhoor ten overstaan van een andere rechter dan de Ondernemingskamer.<sup>59</sup>

#### **5.2 Onteigenen onder de nieuwe Omgevingswet**

In onze vorige kroniek kondigden wij aan de ontwikkelingen met betrekking tot de voorgenomen onteigeningsregeling in de nieuwe Omgevingswet te zullen vervolgen. Sindsdien hebben zich echter geen nieuwe ontwikkelingen op dit gebied voorgedaan. De laatste ontwikkeling is nog steeds dat de (oud) minister van I&W de Tweede Kamer heeft bericht dat een onteigeningsprocedure zonder verplichte rechterlijke betrokkenheid onvoldoende draagvlak heeft. De minister liet in deze brief van 20 januari 2017 weten de ontwerp aanvullingswet grondeigendom voorgestelde onteigeningsprocedure zo te willen versterken dat de bestuursrechter bij elke onteigening betrokken zal zijn. Hoe dit vorm krijgt, zal nog steeds moeten blijken. Wordt dus vervolgd in één van de volgende kronieken.

### **6. Afsluiting**

Het afgelopen jaar en de eerste maanden van dit jaar hebben voldoende inspiratie geboden voor een uitgebreide kroniek. Als afsluiting lichten wij een aantal ontwikkelingen uit.

De Hoge Raad begon in 2017 met een zelfcorrectie over het (niet) mogen berekenen van wettelijke rente over een te veel betaald voorschot. Het jaar ging verder met een stukje extra duidelijkheid over het (niet) elimineren van beleidsdocumenten. Ook op Europees niveau was de oteigeningsrechtspraak in beweging, zo blijkt uit het besproken Werra-arrest van het EHRM over waardevermindering van het overblijvende. In het kader van de oteigeningsprocedures voor de omlegging van de A9 bij Badhoevedorp wees de Hoge Raad een zevental arresten, waarvan er twee relevant zijn voor de positie van de juridisch eigenaar na economische eigendomsoverdracht en de bepaling van de wederbeleggingskosten. Verder is het laatste woord over de bijzondere geschiktheid van een zandwinplas als stortplaats nog niet gezegd.

In de eerste dagen van 2018 bevestigde de Hoge Raad de oteigening van de Hedwigepolder en verwierp het zelfrealisatieverweer van de oteigende. De schadeloosstellingsprocedure resteert. Later verschenen twee arresten over onwinbare bodembestanddelen in een complex van gronden. Verder werd de positie van de pachter bij de schadeloosstelling verduidelijkt.

Hoe dan ook verwachten komend jaar weer een goed gevulde kroniek te kunnen schrijven, met wellicht ook nieuwe ontwikkelingen over oteigenen onder de Omgevingswet.

- 
- 1 Mrs. Scheltema, Procee, Berkvens, Bouwman, Reijnders en Nielen zijn advocaten bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn. Mr. Rus-van der Velde was tot februari advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn en is sindsdien advocaat bij Van Benthem & Keulen.
  - 2 HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:94 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:94>), *NJ* 2017/205, TBR 2017/46 (*/tbr/2017-46*), *BR* 2017/33.
  - 3 HR 11 april 1984, *NJ* 1984/728, m.nt. R.A. Mörzer Bruyns.
  - 4 HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1689, *NJ* 2011/282.
  - 5 Het daartegen gerichte cassatiemiddel werd afgedaan met toepassing van artikel 81 RO.
  - 6 HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:94 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:94>), rov. 4.4.2.
  - 7 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3248 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3248>), *NJ* 2018/32.
  - 8 *Kamerstukken II*, 1970/1971, 10 590, nr. 5, p. 18.
  - 9 HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4934 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2011:BU4934>).
  - 10 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3141 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3141>), *NJ* 2018/127, *O&A* 2018/13, TBR 2018/26 (*/tbr/2018-26*), m.nt. Sluysmans.
  - 11 Vonnis van 6 april 2016 HA ZA 13-431.
  - 12 Aan de orde in het ook op 15 december 2017 uitgesproken arrest met nummer ECLI:NL:HR:2017:3108 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3108>).
  - 13 De Hoge Raad verwijst daarbij naar een tweetal arresten: HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:505 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:505>), *NJ* 2016/188. en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9714 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2003:AF9714>), *NJ* 2008/75.
  - 14 HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:7 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:7>), *O&A* 2018/14, TBR 2018/27 (*/tbr/2018-27*) m.nt. Ten Kate.
  - 15 Zie ook HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8098 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2013:BY8098>), *NJ* 2013/215.
  - 16 HR 14 april 1999, *NJ* 2000/394, HR 13 augustus 2004, *NJ* 2005/151, HR 31 maart 2006, *NJ* 2006/655, HR 7 juni 2013, RvdW 2013/1495 en HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2446 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:2446>). Zie over dat laatste arrest en de waarderingsmethodieken de kroniek over 2016 in TBR 2017/23 (*/tbr/2017-23*).
  - 17 Gerechtshof Den Haag 25 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2118 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2017:2118>), TBR 2017/183 (*/tbr/2017-183*), m.nt. Ten Kate.
  - 18 HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3351 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2014:3351>). Dit arrest is (onder meer) besproken in onze kroniek over 2014. Zie: TBR 2015/18 (*/tbr/2015-18*).
  - 19 Zie de noot van Ten Kate in TBR 2017/183 (*/tbr/2017-183*).
  - 20 Zie voor een voorbeeld: Rb. Haarlem 1 juli 1930, *NJ* 1931/146.

- 21 Rechtsoverweging 2.4 van het arrest. Deze discussie is vergelijkbaar met vaak terugkerende discussies over de residuele waarde. Ook in dergelijke berekeningen lopen vaak de waarde van de grond en de inkomsten die de eigenaar zou kunnen genereren bij uitgifte of exploitatie door elkaar heen. Als waarde wordt alleen vergoed de prijs van ruwe bouwgrond en de eventuele exploitatiewinsten kunnen alleen worden vergoed via de band van de exploitatieschade.
- 22 HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/58, m.nt. E.W.J. de Groot, TBR 2016/139 (*tbr/2016-139*), m.nt. J.F. de Groot en *TvAR* 2017/5683, m.nt. J.J. Hoekstra. Zie ook: M. Rus-van der Velde en M.W. Scheltema in J.A.M.A. Sluysmans en J.S. Procee, 'Werkelijk van waarde. Annotaties bij conclusies van mr. J.C. van Oven', *VvOR-bundel* 2018, p. 119.
- 23 Kroniek oteigeningsjurisprudentie 2016, TBR 2017/23 (*tbr/2017-23*).
- 24 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:691 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:691>), gepubliceerd in TBR 2017/102 (*tbr/2017-102*), m.nt. J.F. de Groot, *BR* 2017/78, m.nt. Zeilmaker en Hagelaars.
- 25 In zijn noot acht J.F. de Groot dit verwarrend. Ons lijkt echter de benadering van de Hoge Raad zuiver. De toets is immers of aan het betreffende beleidsdocument een 'plan voor het werk' ten grondslag heeft gelegen en aan beleidsdocumenten voor de realisatie van een bedrijventerrein ligt in beginsel geen 'plan voor het werk' ten grondslag voor een rijksweg.
- 26 Zie ook: E.W.J. de Groot in J.A.M.A. Sluysmans en J.S. Procee, 'Werkelijk van waarde. Annotaties bij conclusies van mr. J.C. van Oven', *VvOR-bundel* 2018, p. 231.
- 27 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Van Oven, overweging 3.12 en 3.13 waarin hij ook die conclusie trekt. Zie ook de noot van Zeilmaker en Hagelaars in *BR* 2017/78.
- 28 Zie o.a. HR 16 januari 2016, TBR 2016/27 (*tbr/2016-27*) (Groenzone) en recent ook Hof 's-Gravenhage 13 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1674 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2017:1674>) (Hoogdalem).
- 29 Het loont dus om het bouwrijp maken te laten geschieden door de overheid en niet de private partij. Zie ook de noot van W.J.E. van der Werf in *TvAR* 2017/5892.
- 30 Zie met name overweging 3.4 en 3.5. Zie ook: J.S. Procee en T.E.F. Reijnders in J.A.M.A. Sluysmans en J.S. Procee, 'Werkelijk van waarde. Annotaties bij conclusies van mr. J.C. van Oven', *VvOR-bundel* 2018, p. 203.
- 31 Gerechtshof Den Haag 13 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1674 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2017:1674>).
- 32 Ook concludeert het Hof dat het Stedenbouwkundig plan niet kwalificeert als 'plan voor het werk'. Dat oordeel mag niet verrassen daar de rechtbank eenzelfde conclusie trok en hierover in cassatie niet was geklaagd.
- 33 Het Hof wijst hier terecht op de overwegingen van de Hoge Raad in het Perkpolder arrest, HR 16 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:25 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:25>).
- 34 HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2805 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:2805>), *NJ* 2016/150.
- 35 M.W. Scheltema, M. Rus-van der Velde, J.S. Procee e.a., 'Kroniek oteigeningsjurisprudentie 2015', TBR 2016/20 (*tbr/2016-20*), p. 9.
- 36 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1283 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHARL:2017:1283>).
- 37 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:485 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:485>) (gemeente Beek) en ECLI:NL:HR:2018:486 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:486>) (gemeente Meerssen).
- 38 Conclusie mr. W.L. Valk van 26 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:114 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2018:114>), 2.8-2.18.
- 39 Conclusie mr. W.L. Valk van 26 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:114 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2018:114>), 2.20.
- 40 Zie uitgebreider de noot van J.S. Procee en T.E.F. Reijnders bij de uitspraak HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1069 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:1069>), TBR 2017/165 (*tbr/2017-165*) en de daarin opgenomen verwijzingen.
- 41 EHRM 19 januari 2017, appl. nr. 32377/12 (Werra t. Duitsland), EHRC 2017/84, m.nt. Sluysmans.
- 42 Daarmee was de kous nog niet af, want het EHRM oordeelde dat partijen zich eerst nog moesten uitlaten over de hoogte van de te betalen compensatie, alsook een minnelijke overeenstemming diende te beproeven. Tot een minnelijke overeenstemming kwam het niet, reden waarom het EHRM bij uitspraak van 19 april 2018 oordeelde dat het aanbod van de Duitse autoriteiten tot betaling van € 1.000.000,= aan Werra ter compensatie voldoende was om de zaak niet verder te hoeven onderzoeken. Zie EHRM 19 april 2018, appl. no. 32377/12 (Werra t. Duitsland).

- 43 Vgl. EHRM 11 januari 2018, appl. no. 10613/16 (Sharxhi e.a. t. Albanië), § 167.
- 44 Rb Zeeland-West-Brabant 27 mei 2015, zaaknr. C/02/298017.
- 45 Zie bijv. HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5464 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2009:BH5464>).
- 46 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3109 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3109>), r.o. 4.1.3 t/m 4.1.5.
- 47 Parket HR 22 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:992 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2017:992>), onder 2.13-2.20.
- 48 Deze cassatieberoepen kwamen inhoudelijk grotendeels overeen met HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3107 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3107>), *NJ* 2018/128, m.nt. van E.W.J. de Groot (L.C. van Egmond en LandInvest). Het gaat om HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3108 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3108>), ECLI:NL:HR:2017:3146 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3146>), ECLI:NL:HR:2017:3147 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3147>), ECLI:NL:HR:2017:3148 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3148>) en ECLI:NL:HR:2017:3150 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3150>).
- 49 Zie bijv. HR 24 juni 1992, *NJ* 1993/548.
- 50 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3141 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3141>), *NJ* 2018/127, m.nt. E.W.J. de Groot (Van Wijk).
- 51 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3107 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:3107>), *NJ* 2018/128, m.nt. E.W.J. de Groot, TBR 2018/25 (*tbr/2018-25*), m.nt. Sluysmans (L.C. van Egmond en LandInvest).
- 52 HR 16 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1194 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:1990:AD1194>), *NJ* 1991/722 (Rotterdam/Van den Boogert); HR 18 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2602 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:1996:AD2602>), *NJ* 1997/40 ('s-Gravenhage/Metterwoon); HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH9904 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2003:AH9904>), *NJ* 2003/550 (Van den Boogert/Rotterdam).
- 53 HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1069 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:1069>) (Vado/Maastricht), TBR 2017/165 (*tbr/2017-165*), m.nt. Procee en Reijnders.
- 54 A-G Valk betoogde in zijn conclusie dat artikel 40 Ow zou moeten worden geduid in het licht van de dubbele maatstaf van *conditio sine qua non* en de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Het gegeven dat de schadepost contractgevolg is, hoeft er in zijn visie niet aan in de weg te staan dat deze rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening is. Of de Hoge Raad die mening deelt, is afwachten.
- 55 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:648 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:648>).
- 56 Zie onder meer onze kroniek oteigeningsjurisprudentie 2016, TBR 2017/23 (*tbr/2017-23*).
- 57 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2904 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2017:2904>), *NJ* 2018/28.
- 58 Stichting Beheer hield tot 1 februari 2013 een aantal aandelen in SNS Reaal, terwijl SNS Reaal alle aandelen in SNS Bank hield.
- 59 Voor een meer uitgebreide bespreking van dit arrest verwijzen wij naar <[www.cassatieblog.nl](http://www.cassatieblog.nl)> (<http://www.cassatieblog.nl>).