

Kroniek onteigeningsjurisprudentie 2013

Mr. J.S. Procee, mr. M. Rus-van der Velde, mr. M.W. Scheltema, mr. M.C. van der Werf, mr. R.T. Wiegerink¹

1. Inleiding

Voor u ligt de vierde kroniek onteigeningsjurisprudentie. Zoals u van ons gewend bent, wordt dezelfde indeling gehanteerd als voorgaande jaren. Wij beginnen met het onteigeningsprocesrecht. Vervolgens gaan wij in op jurisprudentie over schadeloosstellingsrecht. Ten slotte zijn er dit jaar uitspraken die niet echt in een van bovenstaande categorieën zijn in te delen. Daarom worden deze uitspraken besproken onder het kopje varia. 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 *Geen beginsel van hoor en wederhoor in administratieve procedure*

In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2013² werd onder meer door de onteigende geklaagd dat hij bij de Kroon was gehoord, maar niet in aanwezigheid van de onteigenende gemeente waardoor partijen niet hebben kunnen reageren op elkaars verklaringen. Volgens de onteigende was daardoor het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor geschonden en was het Koninklijk Besluit niet op zorgvuldige, onpartijdige en rechtmatige wijze tot stand gekomen. Het Koninklijk Besluit kon daardoor niet de marginale toets door de rechter doorstaan. De procedure bij de Kroon betrof nog een Kroonprocedure van voor inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet. Het ging hier om een titel IV onteigening en de gemeenteraad had een onteigeningsbesluit genomen dat ter goedkeuring aan de Kroon was voorgelegd.

De rechtbank oordeelde in rov. 3.3 dat de door de Kroon gevolgde wijze van horen, waarbij de onteigende buiten aanwezigheid van de onteigenende gemeente is gehoord, overeenstemt met artikel 86 (oud) onteigeningswet (Ow), waarin is bepaald dat degenen die bedenkingen naar voren hebben gebracht in de gelegenheid worden gesteld om zich te doen horen. Deze wijze van horen kon derhalve de toets doorstaan.

Volgens de Hoge Raad strekt artikel 86 lid 2 (oud) Ow ertoe degene die bezwaren ('zienswijzen') tegen het ontwerpbesluit naar voren heeft gebracht, de gelegenheid te bieden die bezwaren mondeling toe te lichten alvorens een definitief besluit genomen wordt.

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

² HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8098, NJ 2013/215 (X/gem. Sittard-Geleen).

Het beginsel van hoor en wederhoor speelt pas een rol in een tegen het besluit gerichte procedure. De Kroon ziet dat zelf ook zo. In het KB van 14 oktober 2011³ tot aanwijzing van onroerende zaken ter onteigening in de gemeente Oirschot stelt de Kroon over het horen op de voet van het huidige artikel 78 lid 4 Ow dat het horen ten doel heeft om de indieners van schriftelijke zienswijzen tegen een ontwerpbesluit in staat te stellen die zienswijzen mondeling toe te lichten en dat deze procedure moet worden onderscheiden van die van het horen in de bezwaarschriftprocedure (artikel 7:2 e.v. Awb). Derhalve behoeven belanghebbenden niet in elkaars aanwezigheid te worden gehoord. Overigens pleegt de Kroon indieners van zienswijzen tegenwoordig wel veelal in elkaars aanwezigheid te horen.

2.2 *Termijn bekendmaking Koninklijk Besluit*

Voor inwerking van de Crisis- en herstelwet bepaalde artikel 86 lid 1 (oud) Ow dat het Koninklijk Besluit tot goedkeuring van het (door de gemeente) genomen onteigeningsbesluit bekend moest zijn gemaakt binnen negen maanden na de terinzagelegging van het besluit van de gemeenteraad. Op grond van artikel 78 lid 6 Ow, zoals dit luidt na inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet, moet een Koninklijk Besluit worden genomen binnen zes maanden na terinzagelegging van het ontwerpbesluit. Artikel 78 lid 7 Ow schrijft voor dat van het onteigeningsbesluit mededeling wordt gedaan door plaatsing in de Staatscourant. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 26 april 2013⁴, had de gemeente Weert het KB wel binnen de in artikel 78 lid 6 Ow genoemde termijn genomen. Het besluit was echter pas na deze termijn in de Staatscourant gepubliceerd en aan de onteigende toegezonden. De onteigende voerde bij de rechtbank aan dat de termijn, genoemd in artikel 78 lid 8 Ow, was overschreden en dat de gemeente daarom niet ontvankelijk diende te worden verklaard in haar vordering tot onteigening. De rechtbank verwerpt dit verweer.

De Hoge Raad oordeelt dat uit de parlementaire geschiedenis van artikel 78 lid 6 Ow niet kan worden afgeleid dat de wetgever voor ogen heeft gestaan dat bekendmaking van het goedkeuringsbesluit dient te geschieden binnen zes maanden na afloop van de termijn van terinzagelegging van het ontwerpbesluit. Bij deze stand van zaken komt volgens de Hoge Raad uit een oogpunt van rechtszekerheid doorslaggevend gewicht toe aan de tekst van artikel 78 lid 6 Ow. Het KB behoeft dus niet binnen 6 maanden na terinzagelegging te worden bekendgemaakt.

2.3 *Overgangsrecht Crisis- en herstelwet*

Zoals bekend is de administratieve procedure met inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet op 31 maart 2010 drastisch herzien. Het arrest van 14 juni 2013⁵ ging over het overgangsrecht, opgenomen in artikel 5.4 Crisis- en herstelwet. De provincie had onder vigeur van het oude regime een onteigeningsbesluit genomen ter uitvoering van een provinciaal inpassingsplan. Onder het oude recht moest dat besluit nog door de Kroon worden goedgekeurd op grond van de oude artikelen 77 en 79 lid 2 Ow. Dit Koninklijk Besluit werd door Provinciale Staten ingetrokken. Vervolgens werd - de Crisis- en herstelwet was inmiddels in werking getreden - een

³ KB 14 oktober 2011, no. 11.02474, *Stcrt.* 2011, 21773.

⁴ HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1712, *NJ* 2013/262 (*X/gem. Weert*).

⁵ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7393 (*Reca-Berg Vastgoed/prov. Limburg*).

Koninklijk Besluit aangevraagd bij de Kroon. De Kroon besloot vervolgens op 25 februari 2012 tot onteigening.⁶

Op grond van artikel 5.4 lid 1 Crisis- en herstelwet blijft het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet blijft van toepassing op een onteigeningsbesluit, waarvan het ontwerp ter inzage is gelegd voor dat tijdstip. Het oude recht was in deze zaak echter niet meer van toepassing omdat er een nieuw Koninklijk besluit was dat de basis vormde voor de gerechtelijke onteigeningsprocedure.

In cassatie klaagde de onteigende erover dat de rechtbank artikel 5.4 lid 1 Crisis- en herstelwet heeft miskend, omdat de rechtbank had geoordeeld dat voor de toepassing van deze overgangsbepaling niet bepalend is of het inhoudelijk gaat om dezelfde onteigening (lees: de onteigening van hetzelfde perceelsgedeelte), doch dat dient te worden gekeken naar de formele besluitvorming. Heel kort gezegd betoogde de onteigende dat artikel 5.4 Crisis- en herstelwet meebrengt dat de eerste tervisielegging bepalend is voor het op de verder te volgen procedure toepasselijke recht, ook al is de Provincie na de inwerkingtreding van het nieuwe recht helemaal overnieuw begonnen.

Het moge duidelijk zijn dat dit cassatieberoep het bij de Hoge Raad niet heeft gered. De Hoge Raad doet de zaak af met toepassing van artikel 81 RO.

2.4 *Artikel 17 onteigeningswet*

In deze kroniek bespreken wij drie arresten die op 8 februari 2013 zijn gewezen. Het eerste arrest heeft betrekking op de verplichting van de onteigenaar om te trachten het onteigende in der minne te verkrijgen alvorens hij tot onteigening dagvaardt. De laatste jaren wordt tegen een gevorderde onteigening steeds vaker het verweer gevoerd dat de onteigenaar onvoldoende serieuze pogingen heeft gedaan om het onteigende in der minne te verwerven. Veelal wordt aangevoerd dat het aanbod tot schadeloosstelling van de onteigenende partij veel te laag is en dat daarom geen sprake is van serieuze onderhandelingen. Vaak stranden dergelijke verweren. Zo ook in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013⁷. De rechtbank oordeelde dat het enkele feit dat de gemeente heeft vastgehouden aan haar aanbod en niet is tegemoet gekomen aan de vraag van de onteigende geen reden is om te oordelen dat de gemeente onvoldoende heeft onderhandeld. De onteigenende partij mag aan zijn standpunt vasthouden tenzij dit standpunt evident onhoudbaar is en derhalve niet in redelijkheid door de gemeente kon worden ingenomen⁸. Naar het oordeel van de rechtbank was daarvan niet gebleken. De rechtbank overweegt voorts dat honorering van het verweer van gedaagde er bovendien toe zou leiden dat een vordering tot onteigening alleen kan worden

⁶ Wat er precies mis was met het eerdere provinciale onteigeningsbesluit is niet duidelijk. Uit de conclusie van AG Van Oven blijkt dat de provincie in overleg met de Kroon heeft besloten het eerdere besluit in te trekken en tegelijkertijd te besluiten een Koninklijk Besluit bij de Kroon aan te vragen. Uit de conclusie van de AG lijkt af te leiden dat het gevoerde minnelijk overleg mogelijk de toets van de Kroon niet zou doorstaan.

⁷ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6113, *RvdW* 2013/268 (*X/gem. Peel en Maas*).

⁸ Zie ook HR 8 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD2955, *NJ* 1999/24 m.nt. P.C.E. van Wijmen en Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8813.

uitgesproken nadat deskundigen zijn benoemd ter begroting van de schade van de onteigende partij en de rechtbank op grond van dat advies in staat is een oordeel te geven over in het kader van de schadeloosstelling ingenomen standpunten van de onteigenende en de te onteigenen partij. De rechtbank acht dit niet te verenigen met het bestaan van de mogelijkheid van vervroegde onteigening. De Hoge Raad oordeelt met toepassing van artikel 81 RO dat het cassatieberoep ongegrond is.

Vermeldenswaard is nog de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 20 maart 2013⁹, waarin de rechtbank (onder meer) naar aanleiding van een verweer van de gedaagde dat de provincie geen redelijke poging tot minnelijke verwerving van de gronden heeft gedaan, overweegt dat uit het voorlopig oordeel van de deskundigen over de waardering van de gronden op voorhand niet kan worden geoordeeld dat de biedingen van de provincie als onredelijk zijn aan te merken.

2.5 Geen onteigening mogelijk van appartementsrechten

Appartementsrechten kunnen niet (afzonderlijk) worden onteigend.¹⁰ 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. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 29 maart 2013 over de onteigening van een deel van de onroerende zaken betrokken in een gemeenschap van appartementsrechten. Onteigend werd voor de ondertunneling van de A2 door het centrum van Maastricht.¹¹

De Hoge Raad komt tot deze conclusie omdat het stelsel van de onteigeningswet is gericht op de onteigening van onroerende zaken (de gevallen van onteigening van octrooien en rechten voortvloeiende uit een octrooiaanvraag daargelaten) en een appartementsrecht geen onroerende zaak is. Dit vindt volgens de Hoge Raad bevestiging in artikel 4 lid 2 Ow, dat bepaalt dat 'overigens' door toepassing van deze wet een zaak slechts kan worden bevrijd van de met betrekking tot de zaak bestaande lasten en rechten door onteigening van die zaak, en in artikel 4 lid 3 Ow, dat bepaalt dat een aandeel in een zaak of een recht niet afzonderlijk kan worden onteigend.

De in artikel 4 lid 2 Ow bedoelde 'bevrijding' is nader uitgewerkt in artikel 59 lid 3 Ow, dat inhoudt dat in geval van onteigening van een onroerende zaak door inschrijving van het vonnis de eigendom op de onteigenaar overgaat, vrij van alle met betrekking tot de zaak bestaande lasten en rechten. Weliswaar voorziet artikel 4 lid 1 Ow in een afzonderlijke onteigening van bepaalde rechten die op een onroerende zaak rusten, maar deze mogelijkheid staat volgens de Hoge Raad slechts open indien de zaak toebehoort aan de onteigenende partij. Zo hoeft deze partij niet een onteigeningsgeding tegen zichzelf aan te spannen, maar kan het recht afzonderlijk worden onteigend. Artikel 4 lid 1 Ow leent zich volgens de Hoge Raad niet voor overeenkomstige toepassing in andere gevallen dan in deze bepaling zijn voorzien.

⁹ Rb. Noord-Holland 20 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8798 (*prov. Noord-Holland/Chipsol en X*).

¹⁰ In onze kroniek uit 2012 bespraken wij nog de uitspraak van de rechtbank die tot de tegenovergestelde conclusie kwam.

¹¹ HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8665, *NJ* 2013/474 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*X/Staat*).

Er wordt dus terecht geklaagd in cassatie dat appartementsrechten niet kunnen worden onteigend. Echter, niet geklaagd wordt over de eveneens door de rechtbank uitgesproken onteigening van de percelen. Daarom leidt de klacht niet tot het gewenste resultaat en houdt het onteigeningsvonnis stand. De eigendom gaat immers ingevolge artikel 59 lid 3 Ow over op de onteigenaar vrij van alle met betrekking tot de zaak bestaande lasten en rechten. Deze ‘titelzuiverende werking’ van de onteigening bestrijkt mede het geval dat de eigendom van een gebouw of een perceel op de voet van artikel 5:106 lid 1 BW is gesplitst in appartementsrechten. De Staat kan dus door inschrijving van het vonnis van onteigening bewerkstelligen dat de eigendom van de percelen op hem overgaat, en dat als gevolg daarvan de percelen worden bevrijd van de daarop betrekking hebbende appartementsrechten.

2.6 Minder onteigenen mag

In het kader van de titelbestrijding noemen wij hier nog even kort de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 27 juni 2013.¹² De budgetten van natuurprojecten staan consequent onder druk. Dat gold ook voor het project Bentwoud in de gemeente Rijnwoude, een provinciaal natuurproject vastgelegd in het bestemmingsplan ‘Bentwoud’. Als gevolg van gewijzigd rijksbeleid voor de ontwikkeling van natuur en recreatie, kwam hiervoor minder geld beschikbaar. De provincie onteigende van de eigenaar daarom vrijwel alleen nog maar een deel van een perceel voor een weg (bestemming ‘Verkeersdoeleinden’). Dit terwijl bij de Kroon uitsluitend aan de orde was geweest de onteigening van het *gehele* perceel, vooral ten behoeve van de bestemming ‘Recreatiebos’.

In het voorliggende geval kon deze afgeslankte onteigening evenwel de goedkeuring van de rechtbank wegdragen. Minder onteigenen mag, mits hetgeen dat na de aanpassing in de realisatie van het bestemmingsplan ter onteigening resteert niet zodanig wordt beperkt dat aangenomen moet worden dat niet (meer) onteigend wordt ten behoeve van het doel waarvoor volgens het onteigeningsKB onteigend wordt óf dat niet meer onteigend wordt ter uitvoering van het aan de onteigening ten grondslag liggende bestemmingsplan.¹³ Dat was niet het geval. Het grootste deel van het bestemmingsplan werd immers wel uitgevoerd: slechts 20 à 30 ha van de beoogde te onteigenen oppervlakte van 650 ha verviel, uitsluitend ten gevolge van rijksbezuinigingen. Bovendien werd op hoofdlijnen niet afgeweken van het bestemmingsplan.

2.7 Benoeming deskundigen

Voorheen was het voor partijen in een onteigeningsprocedure een ‘verrassing’ met welke deskundigen zij werden geconfronteerd. In de praktijk is de wens uitgesproken dat hierover meer transparantie zou komen.¹⁴ De Hoge Raad heeft in zijn (hiervoor ook al in een ander kader besproken) arrest van 5 april 2013¹⁵ duidelijkheid verschaft en geoordeeld dat partijen geen inspraak hebben bij de benoeming van deskundigen

¹² Rb. Den Haag 27 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8813 (prov. Zuid-Holland/X).

¹³ Vgl. HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC1572, NJ 1996/15 m.nt.R.A. Mörzer Bruyns (X/gem. Amsterdam); HR 4 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1246, NJ 2001/306 (X/gem. Rotterdam).

¹⁴ Zie J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden, Serie Bouwrechtmonografieën, nr. 32), Den Haag: IBR 2011, p. 188 e.v.

¹⁵ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8098, NJ 2013/215 (X/gem. Sittard-Geleen).

in de onteigeningsprocedure. De rechtbanken werken vaak met lijsten van deskundigen die ervaring hebben met de onteigeningsregels, die gespecialiseerd zijn en die in staat zijn snel tot een onafhankelijk en onderbouwd advies te komen. Bij de benoeming van deskundigen putten de rechtbanken uit die lijsten, doorgaans zonder voorafgaand overleg met partijen. Het zou volgens de Hoge Raad in strijd met het karakter van de onteigeningsprocedure komen wanneer hiervan zou moeten worden afgeweken doordat over de benoeming van iedere deskundige steeds eerst de zienswijze van partijen zou moeten worden verkregen. Dit laat echter onverlet dat partijen desgewenst voorafgaand aan de benoeming opmerkingen kunnen maken, aldus de Hoge Raad.

Bij brief van 23 juli 2013¹⁶ heeft de expertgroep grondzaken van de rechtbanken laten weten dat de rechtbank in het vervolg aan partijen zal meedelen welke deskundigen zij voornemens is te benoemen, hetgeen in lijn is met het arrest van de Hoge Raad 5 april 2013. Daarbij wordt door de rechtbank aangegeven dat partijen binnen een week tegen de voorgestelde deskundigen gemotiveerd bezwaar kunnen maken. Iedere rechtbank zal opgave doen van de door haar ingeschakelde deskundigen, zodat een landelijke pool ontstaat. Zij die in aanmerking willen komen voor de benoeming als deskundige dienen zich te wenden tot de onteigeningskamer van de rechtbank door welke zij als zodanig wensen te worden ingeschakeld.

2.8 *Proceskosten*

De proceskosten met betrekking tot een vergeefs gevoerd verweer tegen de onteigeningstitel komen in beginsel voor vergoeding in aanmerking op grond van artikel 50 Ow. Dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 18 januari 2013¹⁷. Deze bepaling ziet op zowel de kosten van het verweer tegen de onteigeningstitel als op de kosten inzake de procedure over de schadeloosstelling, omdat uit niets blijkt dat de wetgever een splitsing van de kosten voor ogen heeft gestaan. De dubbele redelijkheidstoets kan echter meebrengen dat buitensporige kosten voor het voeren van een bij voorbaat kansloos verweer tegen de onteigening, niet of in verminderde mate voor vergoeding in aanmerking komen, aldus de Hoge Raad. Ingevolge deze toets beoordeelt de rechter of de kosten waarvan de onteigende partij op de voet van artikel 50 lid 1 Ow vergoeding verlangt redelijkerwijs zijn gemaakt en binnen een redelijke omvang zijn gebleven.¹⁸ Ten overvloede overweegt de Hoge Raad nog dat artikel 50 Ow ook van toepassing is in gevallen waarin de rechter de vordering tot vervroegde onteigening afwijst of niet-ontvankelijk verklaart. Dit strookt met de

¹⁶ De brief is te raadplegen op de website van de Vereniging Voor OnteigeningsRecht: <http://www.vvor.info/1328/documenten.html>.

¹⁷ HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0547, NJ 2013/303, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*X/Staat*).

¹⁸ Rb. Overijssel 27 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3345, bevat een recent voorbeeld van de toepassing van de dubbele redelijkheidstoets. Het ging daarbij om de procedure van de schadeloosstelling en de vraag of de door een partijdeskundige in rekening gebrachte kosten redelijk waren. De rechtbank was (in rov. 5.17) van oordeel dat dit niet het geval was. Zij oordeelde dat er buitengewoon veel uren door de partijdeskundigen waren gedeclareerd tegen een hoog uurtarief. Zij besliste dat (in elk geval) een derde van kosten niet voldeed aan de tweede redelijkheidstoets. Zo ook de Rb. Noord-Holland op 2 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11158. De rechtbank achtte de tijsbesteding van de adviseur in relatie tot zowel de omvang als de zwaarte van de zaak onevenredig hoog en oordeelde dat slechts een 2/3 deel van de opgevoerde kosten de dubbele redelijkheidstoets kon doorstaan (rov. 2.7).

strekking van deze bepaling om kosten die redelijkerwijs gemaakt worden met het oog op verweer tegen een onteigening niet voor rekening van de rechthebbende te laten. Naar mag worden aangenomen heeft de Hoge Raad deze overweging opgenomen in reactie op het betoog in de conclusie van A-G Langemeijer voor dit arrest, die van oordeel was dat artikel 50 Ow niet ziet op de kosten van de procedure over de onteigeningsstapel.¹⁹ Zijns inziens zou een gedaagde die in de eerste fase in het gelijk is gesteld (met als gevolg de nietigverklaring van de dagvaarding, de niet-ontvankelijkverklaring of de ontzegging van de vordering tot onteigening) met een forfaitaire proceskostenvergoeding genoeg moeten nemen, als gevolg waarvan het tot een onevenwichtigheid in het stelsel zou leiden als artikel 50 Ow wel van toepassing zou zijn op een vergeefs gevoerd verweer tegen de onteigeningsstapel.

2.9 *Positie hypotheekhouder*

In zijn arrest van 12 juli 2013²⁰, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een hypotheekhouder geen belang heeft bij een cassatieberoep voor zover hij klaagt over de hoogte van de schadeloosstelling, als het vonnis waarbij de schadeloosstelling is vastgesteld ten aanzien van de onteigende al in kracht van gewijsde is gegaan. Artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 43 Ow brengen naar het oordeel van de Hoge Raad niet mee dat de hypotheekhouder zelfstandig klachten kan richten tegen de rechtbankoordelen over de schadeloosstelling. Het enkele feit dat in het onteigeningsgeding de werkelijke waarde van het onteigende (en de schadeloosstelling) op een lager bedrag wordt vastgesteld dan het bedrag van de vordering waarvoor het hypotheekrecht was gevestigd, kan niet als een aantasting of ontneming van dit zekerheidsrecht worden gezien. Weliswaar is het vervallen van het hypotheekrecht aan te merken als een ontneming in de zin van artikel 1 Eerste Protocol, maar deze ontneming geschiedt volgens de Hoge Raad in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De wet voorziet erin dat het hypotheekrecht wordt vervangen door een pandrecht op de aan de onteigende toegekende schadeloosstelling. Ook kan de hypotheekhouder in het onteigeningsgeding tussenkomen om zijn zekerheidsrecht tegenover de onteigenaar in te roepen, zo oordeelt de Hoge Raad. Verder brengt zijn positie als tussengekomen partij mee dat hij in het onteigeningsgeding al hetgeen van belang is voor de vaststelling van de werkelijke waarde van het onteigende (en de waardevermindering van het overblijvende) aan de onteigeningsrechter kenbaar kan maken.²¹ Deze wettelijke regeling komt ook niet in strijd met het beginsel van proportionaliteit. Daarbij neemt

¹⁹ Zie par. 3.12 van de conclusie.

²⁰ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6532, RvdW 2013/876 (X/Staat).

²¹ Rb. Midden-Nederland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3681 is een recent voorbeeld van een geval waarin de hypotheekhouder was tussengekomen in het onteigeningsgeding. De rechtbank oordeelde dat aan een hypotheekhouder persoonlijk kennis gegeven moet worden van een ontwerp-koninklijk besluit tot aanwijzing ter onteigening. Overigens denkt de Kroon hier zelf anders over. In de recente Notitie 'Aandachtspunten en aanbevelingen voor het kunnen starten van de administratieve onteigeningsprocedures op grond van de titels II tot en met IIc en IV van de onteigeningswet' d.d. 14 januari 2014 wordt deze uitspraak aangehaald. De Rijkswaterstaat Corporate Dienst ziet in de uitspraak 'vooralsnog' geen aanleiding om hypotheekhouders in de administratieve onteigeningsprocedure als belanghebbenden aan te merken. De Kroon verwijst naar zijn bestendig beleid waarin hypotheekhouders nimmer als belanghebbenden worden aangemerkt en ziet voor dit beleid bevestiging in het in deze paragraaf besproken arrest van 12 juli 2013.

de Hoge Raad in aanmerking dat de onteigende hypotheekgever (ook) zelf zal opkomen tegen een waardebepaling die te laag is, en dat de onteigening geen wijziging brengt in de regel dat de hypotheekhouder voor het niet door zijn zekerheidsrecht gedekte bedrag van zijn vordering de schuldenaar kan blijven aanspreken. Verder dient het wettelijk stelsel volgens de Hoge Raad de rechtszekerheid, doordat wordt voorkomen dat in de verhouding tussen de onteigenaar en de hypotheekhouder een ander bedrag aan schadeloosstelling kan worden vastgesteld dan in de verhouding tussen de onteigenaar en de onteigende, hetgeen tot aanzienlijke complicaties aanleiding zou geven.

2.10 Zekerheidstelling

Artikel 54i lid 4 Ow houdt in dat de rechtbank voor de onteigende partij een som als zekerheid bepaalt voor de voldoening van de verschuldigde schadeloosstelling. De rechtbank dient naar het oordeel van de Hoge Raad ambtshalve een zekerheidstelling te bepalen indien daarom niet is verzocht door de onteigende, nu de bepaling imperatief is geformuleerd. Dat volgt uit Hoge Raad 8 februari 2013²². De Hoge Raad heeft zijn oordeel mede gebaseerd op de wetsgeschiedenis van artikel 54i lid 4, waarin wordt vermeld dat zekerheidstelling op constitutionele gronden niet kan worden beperkt tot de gevallen waarin de onteigende partij daarom verzoekt.²³ De Hoge Raad heeft in het recente verleden al eerder duidelijk gemaakt dat streng wordt toegezien op de toepassing van artikel 54i lid 4 Ow.²⁴ In de praktijk wordt soepel omgegaan met het afzien van zekerheidstelling. Dat gebeurt zelfs nog na het vonnis, bij onderhandse brief.²⁵

3. Schadeloosstelling

3.1 Waarde van het onteigende

Ook dit jaar speelde de waarde van het onteigende een centrale rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Een viertal onderwerpen kwam daarbij prominent aan de orde, te weten: de methode van waardering, de vraag wanneer sprake is van een complex en het al dan niet elimineren van het onderliggende planologische besluit, alsmede de vraag met welke veranderingen rekening moet worden gehouden. Onderstaand bespreken wij die onderwerpen.

3.1.1 Waarderingsmethode

Allereerst wees de Hoge Raad een aantal arresten over de keuze voor een waarderingsmethode. Bekend is dat de werkelijke waarde van het onteigende gelijk is aan de prijs die tot stand zou komen tussen een redelijk handelend koper en verkoper in het vrije commerciële verkeer.²⁶ Die koper en verkoper kunnen echter op verschillende manieren tot hun prijs komen. Gedacht kan worden aan de vergelijkingsmethode, de huurwaardemethode, de residuele methode, de objectieve

²² HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:BY2638, *RvdW* 2013/276 (*X/Waterschap Hollandse Delta*).

²³ *Kamerstukken II* 1970/71, 10 590, nr. 5, p. 18.

²⁴ Zie HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:BU4934, *NJ* 2012/22.

²⁵ Zie: J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel e.a., *Handboek onteigening*, Deventer: Kluwer 2013, par. 3.24.

²⁶ Het aloude art. 40b Ow.

of oppervlaktemethode en de vervangingsmethode of historische kosprijsmethode.²⁷ Vaak bestaat geen discussie over de waarderingsmethode, omdat dat nu eenmaal de breed gehanteerde standaardmethode is voor dat geval. Goed voorbeeld is het achterhalen van de agrarische waarde van grond. Dat geschiedt vrijwel altijd aan de hand van vergelijkbare transacties in de nabije omgeving, de vergelijkingsmethode.

Moet bijvoorbeeld de ruwe bouwwaarde van (agrarische) grond worden achterhaald, of de waarde van (on)winbare bodembestanddelen²⁸, dan ontstaat weleens discussie over de methode. Vaak gaat de keuze dan tussen de hierboven al genoemde vergelijkingsmethode en de residuele of 'top-downmethode'.²⁹ Waar bij de vergelijkingsmethode wordt gekeken naar vergelijkbare aankopen in de omgeving wordt bij de residuele methode ingezoomd op het onteigende zelf, althans het complex waar hij dat van uitmaakt. Gekeken wordt bijvoorbeeld naar de opbrengstpotentie van de grond, wanneer de grond zal worden ontwikkeld en wat de kosten daarvoor zullen zijn.³⁰

Deze methode ondervangt een nadeel van de vergelijkingsmethode, namelijk dat geen enkel geval hetzelfde is. Door residueel te rekenen wordt ingezoomd op het onteigende zelf en wordt aan de hand van de specifieke ontwikkeling aldaar de waarde bepaald. Het grote nadeel van de residuele methode is echter dat de berekening zeer gevoelig is. Een kleine wijziging in het te ontwikkelen oppervlak of de te maken kosten, kan onderaan de streep grote consequenties hebben voor de waarde.³¹ Daarom kan residueel rekenen in beginsel alleen worden toegepast gevallen waarin de betreffende ontwikkeling op het onteigende reeds volledig is uitgekristalliseerd.³²

Bij de beslechting van deze discussie over de waarderingsmethodiek komt de onteigeningsrechter (en deskundigen) een grote vrijheid toe, mits zijn oordeel

²⁷ Zie over verschillende waarderingsmethoden uitgebreid Den Drijver-Van Rijckevorsel e.a., 2013, par. 5.4.5 e.v. en E. van der Schans en A.C.M.M. van Heesbeen, *Onteigening; Het spel en de knikkers*, Doetinchem: Reed Business 2011, p. 125-127.

²⁸ Zie bijvoorbeeld: HR 13 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ6968, NJ 2005/151 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*prov. Limburg/X*).

²⁹ Overigens kan ook nog worden onderscheiden de bottom-up benadering waar juist de agrarische grondprijs als uitgangspunt wordt genomen en daarbij wordt opgeteld het bedrag ter zake van de kwaliteiten die de grond als toekomstige bouwgrond bezit. Vergelijk: HR 4 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8881, BR 1991, p. 615 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*gem. Heerde/X*) en HR 22 maart 1990, ECLI:NL:HR:1989:AD0692, NJ 1990/251 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*X/gem. Winschoten*).

³⁰ Zie bijvoorbeeld: HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4775, RvdW 2008/237 (*Hungarian Inter Trade/gem. Schiedam*).

³¹ Over de gevaren van residueel rekenen zie bijvoorbeeld de Conclusie van A-G Moltmaker bij HR 14 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:AC3789, NJ 1993/557 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*X/gem. Maarheeze*), punt 2.1.6 en de noot van Mörzer Bruyns bij dit arrest.

³² Als er bijvoorbeeld onzekerheden zijn over de omvang van de ontwikkeling of de vraag speelt wat precies, de onteigening én het bestemmingsplan weggedacht, op het onteigende zou zijn ontwikkeld, ligt een residuele berekening niet voor de hand. Zie bijvoorbeeld: Rb. Utrecht 7 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1509.

afdoende is gemotiveerd.³³ Die benadering keert terug in een aantal besprekingswaardige arresten van dit jaar. Allereerst het arrest van 7 juni 2013 inzake een onteigening in de Gemeente Amersfoort.³⁴ De gemeente onteigende voor een binnenstedelijke herontwikkeling. Deskundigen concludeerden dat het onteigende zijn hoogste waarde heeft als ruwe bouwgrond in het te ontwikkelen complex (appartementen). Als waarderingsmethode kozen deskundigen uiteindelijk voor de intuïtieve methode, omdat toepassing van de vergelijkingsmethode en de residuele methode volgens deskundigen onvoldoende concludente gegevens oplevert.³⁵

De onteigende betoogt dat deskundigen en rechtbank residueel zouden moeten rekenen en dat de waarde dan aanzienlijk hoger zou uitkomen. Ter onderbouwing van dat standpunt bracht hij kort voorafgaand aan het pleidooi nog een aanvullend rapport in met een residuele berekening van de waarde. De rechtbank besluit (grotendeels) aan te sluiten bij de waardering uit dit taxatierapport.³⁶

De Hoge Raad verwerpt het hiertegen door de gemeente ingestelde cassatieberoep. Daarbij neemt hij tot uitgangspunt dat de rechter (1) zelf de schadeloosstelling moet vaststellen en niet is gehouden aan het deskundigenadvies³⁷ en (2) dat de rechter vrij is de waarderingsmethode te kiezen.³⁸ Nu de rechtbank vervolgens zijn oordeel afdoende had gemotiveerd, konden de hiertegen gerichte motiveringsklachten niet slagen.

Op zichzelf genomen verbaast deze uitkomst in cassatie niet. Het oordeel van de rechtbank was immers feitelijk en in cassatie dus beperkt toetsbaar. Toch blijft het oordeel van de rechtbank opmerkelijk.³⁹ Deskundigen hadden namelijk in een eerder stadium wel residueel gerekend, maar kwamen uit op een negatief exploitatiesaldo

³³ Zie onder meer: Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, p. 145 onder verwijzing naar: HR 14 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AC3561, NJ 2000/394 (*gem. Den Haag/X*) en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5572, NJ 2003/163 (*Staat/Amey*) en de noot van Mörzner Bruyns bij HR 14 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:AC3789, NJ 1993/557 m.nt. R.A. Mörzner Bruyns (*X/Maarheeze*) onder verwijzing naar HR 18 november 1981, NJO 1982/1 (*gem. Nijmegen/X*), HR 14 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC3912, NJ 1984/727 m.nt. R.A. Mörzner Bruyns (*Skol/gem. Amsterdam*), HR 20 november 1985, ECLI:NL:HR:1989:AC9107, NJ 1986/416 (*gem. Margraten/prov. Limburg*) en HR 22 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0692, NJ 1990/251 m.nt. R.A. Mörzner Bruyns (*X/gem. Winschoten*).

³⁴ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5349, NJ 2013/489, m.nt. P.C.E. van Wijmen en JB 2013/143 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans, (*gem. Amersfoort/X*).

³⁵ Zie: overweging 2.2 van het onderliggende tussenvonnis van de rechtbank.

³⁶ Zie: het eindvonnis van de Rb. Utrecht d.d. 12 oktober 2011, zaaknr. 220584 / HA ZA 06-2428.

³⁷ Zie onder meer: HR 11 februari 1929, NJ 1929/645 (*X/prov. Noord-Brabant*), HR 16 mei 1956, NJ 1956/488 (*X/ em. Genemuiden*) en HR 16 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2283, NJ 2004/507 (*gem. Hoogezand-Sappemeer/X*) en uitbreid de noot van Sluysmans bij het arrest in JB 2013/143.

³⁸ Zie hierboven noot 27. Deze benadering komt ook terug in het arrest van 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:716, RvdW 2013/1081 (*X/Rotterdam*) waarin de Hoge Raad een cassatieberoep, dat onder meer de gekozen waarderingsmethode ter discussie stelde, met toepassing van art. 81 Ow afwees.

³⁹ Overigens geldt daarbij wel de kanttekening dat schrijvers dezes geen kennis hebben kunnen nemen van het procesdossier en dus hun oordeel alleen hebben gevormd aan de hand van de informatie uit het arrest van de Hoge Raad.

waardoor zij deze methode niet geschikt achtten. Ook is, zoals hierboven al opgemerkt, een residuele berekening bijzonder gevoelig. Een kleine afwijking in de gebruikte cijfers kan een grote impact hebben op de uiteindelijke waarde.⁴⁰ In dat licht bezien is het opvallend dat de rechtbank ervoor kiest zelf de residuele methode te hanteren en daarbij als uitgangspunt kiest voor een rapport dat slechts beperkt onderdeel vormde van het processuele debat en niet is beoordeeld door deskundigen. Wat daar verder ook van zij, in ieder geval bevestigt dit arrest de rechterlijke vrijheid bij de keuze voor een waarderingsmethode en dat het onverstandig is voor een partij niet te reageren op een taxatierapport ook al wordt dat pas op een laat moment in de procedure gebracht.⁴¹

De keuze voor een waarderingsmethodiek stond ook centraal in drie arresten van 4 oktober 2013.⁴² Hier ging het om onteigeningen voor de aanleg van de Hoogwatergeul Well-Aijen. Deze hoogwatergeul maakt onderdeel uit van de algehele uitdieping en verbreding van de Maas in Zuidelijk Limburg, de Maaswerken. Onderdeel van die verdieping en verbreding vormt ook het winnen van delfstoffen. Bij de waardering van de meerwaarde voortvloeiend uit de mogelijkheid delfstoffen te winnen, stuitten deskundigen op problemen. Deskundigen wilden namelijk residueel rekenen, maar daarvoor ontbraken de exploitatiegegevens van deze locatie. Daarom kozen zij ervoor om de wel bekende gegevens van nabije gelegen locaties te gebruiken voor hun residuele berekening. Daarmee combineerden deskundigen dus de residuele methode met de vergelijkingsmethode.

De rechtbank volgde deskundigen hierin en de Hoge Raad laat dit oordeel in stand. Volgens de Hoge Raad staat het de onteigeningsrechter namelijk vrij om aansluiting te zoeken bij de exploitatiegegevens van een ander vergelijkbaar project indien een exploitatiebegroting ontbreekt voor het werk waarvoor wordt onteigend.⁴³ Wat ons betreft moet dit arrest van de Hoge Raad dan ook worden begrepen vanuit de specifieke omstandigheden van dit geval waarin namelijk (1) onvoldoende goede vergelijkingstransacties voorhanden waren, (2) de exploitatiegegevens van het werk ontbraken en (3) het werk onderdeel uitmaakte van een groter werk (de Maaswerken) en dus veel vergelijkbare projecten voorhanden waren. Een bredere toepassing van 'vergelijkend residueel rekenen' lijkt ons lastig, gezien de gevoeligheid van de methode.

3.1.2 Eliminatie (artikel 40c Ow)

Dan het vraagstuk wanneer het onderliggende planologische besluit behoort te worden geëlimineerd bij de waardebepaling overeenkomstig artikel 40c Ow. Deze vraag is essentieel voor de bepaling van de waarde. Uitgangspunt is dat het planologische besluit, meestal een bestemmingsplan, niet wordt geëlimineerd bij de waardebepaling overeenkomstig artikel 40c Ow. Het bestemmingsplan is immers niet aan te merken als 'het plan voor het werk waarvoor wordt onteigend', welk plan overeenkomstig artikel 40c aanhef en onder c Ow behoort te worden geëlimineerd.⁴⁴

⁴⁰ Zie hierover ook de noot van Sluysmans bij dit arrest in *JB* 2013/143.

⁴¹ Zie in die zin ook: Van Wijmen in zijn noot bij dit arrest gepubliceerd in *NJ* 2013/489.

⁴² Zie: HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:843, *RvdW* 2013/1152; ECLI:NL:HR:2013:846, *RvdW* 2013/1159 en ECLI:NL:HR:2013:849, *RvdW* 2013/1158 (onteigeningen Hoogwatergeul Well-Aijen).

⁴³ Zie: rov. 3.3.4 van de arresten.

⁴⁴ Dit onderscheid tussen plan voor het werk en het bestemmingsplan wordt duidelijk gemaakt in de wetsgeschiedenis bij art. 40c Ow. Zie: *Kamerstukken II* 1980/81, 15

Zoals het onteigeningsrecht betaamt, bestaat op dit uitgangspunt een uitzondering, recent neergelegd in de arresten van 9 juli 2010 en ook wel aangeduid als de *Blindenbelangen/Verburg* maatstaf.⁴⁵ Die maatstaf komt erop neer dat indien de in het bestemmingsplan aan het onteigende gegeven bestemming is bepaald door een ten tijde van de vaststelling van dat bestemmingsplan al bestaand (concreet) plan voor het werk waarvoor is onteigend en dat het bestemmingsplan in zoverre dan ook slechts is vastgesteld teneinde daarmee de juridisch-planologische onderbouwing en regeling te geven die de beoogde aanleg van het werk waarvoor onteigend wordt mogelijk te maken, het bestemmingsplan moet worden geëlimineerd.⁴⁶

Naar aanleiding van deze arresten is discussie ontstaan over (1) wanneer nu wel en niet sprake is van een dergelijk (concreet) plan en (2) of en zo ja wanneer ook waardevermeerderende bestemmingen moeten worden geëlimineerd.⁴⁷ Deze vragen hebben het afgelopen jaar menig pen in beweging gezet⁴⁸, mede onder invloed van een arrest uit februari 2013.⁴⁹

De Staat onteigende in dat geval voor de realisatie van (onder meer) een verzorgingsplaats voor de A27 in de buurt van het knooppunt Eemnes. Het bestemmingsplan, dat voorzag in de realisatie van de verzorgingsplaats inclusief tankstation, werd door de rechtbank bij de waardebepaling geëlimineerd. Aan het bestemmingsplan had namelijk al een (concreet) plan ten grondslag gelegen als bedoeld in *Blindenbelangen/Verburg*. Volgens *Ballast Nedam* ten onrechte, omdat (1) de rechtbank ten onrechte ervan uitging dat de locatie van de verzorgingsplaats al vaststond, (2) de gemeente de concrete locatie van de verzorgingsplaats zelf mocht bepalen, (3) het uiteindelijk plan voor de verzorgingsplaats pas na vaststelling van het bestemmingsplan is vastgesteld door Rijkswaterstaat en (4) de rechtbank ten onrechte een waardevermeerderende bestemming had geëlimineerd, terwijl eliminatie alleen speelt bij waardeverminderende bestemmingen.

De Hoge Raad gaan aan deze cassatiemiddelen voorbij. In de kern genomen is de Hoge Raad van mening dat (1) geen sprake hoeft te zijn van een gedetailleerd uitgewerkt plan om van een (concreet) plan te kunnen spreken en het plan later nog mag worden uitgewerkt en (2) het erom gaat dat het (concrete) plan de locatie van het onteigende omvatte en niet relevant is dat de exacte locatie pas later is bepaald door de gemeenteraad.⁵⁰ Ook beslist de Hoge Raad dat eliminatie van het

978, nr. 12, p. 4, 5 en 6, *Handelingen II*, 25 maart 1981, p. 4300, *Kamerstukken I* 1980/81, 15 978, nr. 135b, p. 2 en laatstelijk *Handelingen I*, 20 mei 1981, p. 1026.

⁴⁵ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1634, *NJ* 2010/631 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Blindenbelangen c.s./prov. Zuid-Holland*).

⁴⁶ Rov. 4.7.

⁴⁷ Zie hierover onder meer onze kronieken over de jaren 2010, 2011 en 2012 in het Tijdschrift voor Bouwrecht (*TBR* 2011/11, *TBR* 2012/26 en *TBR* 2013/22).

⁴⁸ Zie onder meer: J.S. Procee en S. Verbist, *Het eliminatiebeginsel in Nederland en België*; Preadviezen voor de VVOR en het CROW (deel 1), Den Haag: IBR 2013, en J.R. Vermeulen en J.S. Procee, 'Weg is weg: eliminatie van bestemmingen bij de waardebepaling van het onteigende', *O&A* 2013/61, p. 177-189.

⁴⁹ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4119, *NJ* 2013/318, m.nt. P.C.E. van Wijmen, *TBR* 2013/44, m.nt. E. van der Schans en *BR* 2013/110, m.nt. E.W.J. de Groot (*Ballast Nedam/Staat*).

⁵⁰ Rov. 3.3 3.5.

bestemmingsplan, overeenkomstig artikel 40c Ow, ziet op zowel de voor- als nadelen voortvloeiende uit die bestemming.⁵¹

Wat nu te denken van dit arrest? Het gaat de omvang van deze kroniek te buiten om het arrest en de mogelijke implicaties daarvan uitgebreid te becommentariëren. De geïnteresseerde lezer verwijzen wij naar het hierover verschenen preadvies voor de Vereniging van Ontheeningsrecht⁵², het artikel in Overheid en Aansprakelijkheid⁵³ en de diverse noten bij dit arrest.⁵⁴ Wel valt op te merken dat het arrest uitdrukkelijk de deur openzet naar de eliminatie van bestemmingsplannen die voorzien in bijvoorbeeld woningbouw of industrie. Een rechterlijk vonnis dat daarin voorziet, zou op zijn minst genomen een breuk vormen met het verleden waarin in jurisprudentie en wetgeving altijd ervoor is gekozen om de meerwaarde van een dergelijke ontwikkeling ten goede te laten komen aan de onteigende.⁵⁵ Of het ooit zover zal komen,⁵⁶ is op dit moment onbekend. Feit is echter dat hierover het laatste woord nog niet is gezegd en wij zullen eventuele jurisprudentie op dit punt uiteraard weer bespreken in komende kronieken.⁵⁷

3.1.3 Complex (egalisatieregulering - artikel 40d Ow)

Bij de realisatie van infrastructuur komt, naast de eliminatiediscussie, geregeld de vraag aan de orde of het onteigende deel uitmaakt van een groter complex dat mede een rendabele ontwikkeling omvat zoals een woonwijk of industriegebied. De gedachte van de onteigende is dan dat die infrastructuur mede wordt gerealiseerd ter ontsluiting van die woonwijk of industrie en dus dat het onteigende 'gezamenlijk in exploitatie' wordt gebracht met de gronden benodigd voor de woonwijk of industrie.⁵⁸

Deze kwestie stond ook centraal in het arrest van 18 januari 2013, inzake X/Staat.⁵⁹ De Staat onteigende voor een nieuwe aansluiting op de A12 bij Woerden en bood aan de agrarische waarde van de grond. X vond dat zijn grond deel uitmaakte van

⁵¹ Dat oordeel valt al af te leiden uit HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5572, NJ 2003/163 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Staat/AMEV*).

⁵² Procee & Verbist 2013.

⁵³ Vermeulen & Procee 2013.

⁵⁴ De noot van Van Wijmen in NJ 2013/318, de noot van Van der Schans in TBR 2013/44 en de noot van De Groot in BR 2013/110.

⁵⁵ Zie hierover uitgebreid Procee & Verbist 2013, in het bijzonder p. 17-23 en 43-54 en Vermeulen & Procee 2013, in het bijzonder p. 178-179 en 185-189.

⁵⁶ De Groot noemt in zijn noot (BR 2013/110) een aantal redenen waarom dat wat hem betreft niet het geval zou moeten zijn. Zie hierover ook Vermeulen & Procee 2013, p. 185-187.

⁵⁷ Overigens is ons bekend dat deze discussie speelt in een aantal op dit moment aanhangige onteigeningsprocedures. Naar verwachting zal in 2014 in deze procedures vonnis worden gewezen.

⁵⁸ Meest in het oogspringende recente voorbeelden zijn HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9688, NJ 2002/365 (*X/prov. Noord-Holland*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2407, NJ 2008/451 (*X/gem. Enschede*), maar deze discussie komt vaker terug bijvoorbeeld in de zaken die hebben geleid tot de Blindenbelangen/Verburg-maatstaf. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1634, NJ 2010/631 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Blindenbelangen c.s./prov. Zuid-Holland*) en specifiek HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0761, RvdW 2010/851 (*X/prov. Zuid-Holland*).

⁵⁹ HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0547, NJ 2013/303, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*X/Staat*).

het complex voor de nabijgelegen woonwijk 'Leidsche Rijn' met een navenant hogere waarde. De rechtbank concludeerde dat, hoewel sprake was van een financiële samenhang, de te realiseren nieuwe aansluiting een bovenregionale functie vervulde en niet alleen was bedoeld als ontsluiting voor de woonwijk. Eendachtig het arrest X/Noord-Holland was van een complex volgens de rechtbank dus geen sprake.⁶⁰

In cassatie betoogde Van Zuijlen dat de rechtbank niet de bovenregionale functie zelfstandig had moeten beoordelen, maar het functionele, geografische en financiële verband in onderlinge samenhang. De Hoge Raad gaat hierin niet mee. Volgens de Hoge Raad hoefde de rechtbank namelijk na te hebben vastgesteld dat noch in functioneel en geografisch noch in exploitatietechnisch opzicht kan worden gezegd dat de aansluiting op de A12 en Leidsche Rijn als een geheel in exploitatie wordt gebracht, niet ook nog eens te motiveren waarom ook niet in gecombineerd functioneel, geografisch en exploitatietechnisch opzicht van een complex kan worden uitgegaan.⁶¹ Daarmee bevestigt de Hoge Raad het ook al in het arrest Van Staveren/Noord-Holland te lezen oordeel, dat de vereisten voor een complex cumulatief werken. Als er dus geen sprake is van of functionele, of geografische of exploitatietechnische samenhang, dan is er dus ook geen sprake van een complex in de zin van artikel 40d Ow.⁶²

3.1.4 Veranderingen na terinzagelegging onteigeningsstukken (artikel 39 Ow)

Op 27 september 2013 wees de Hoge Raad een arrest met meerdere interessante rechtsoordelen dat daarom ook meermaals in deze kroniek aan de orde komt.⁶³ Wat betreft de waarde van het onteigende is relevant het oordeel omtrent het afbouwen van een woning in aanbouw na terinzagelegging van de onteigeningsstukken. Uit artikel 39 Ow volgt dat met veranderingen tot stand gebracht na de terinzagelegging in beginsel geen rekening wordt gehouden bij de berekening van de schadevergoeding. Dit is slechts anders als het normale of noodzakelijke veranderingen betreft die aansluiten bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak ten tijde van de terinzagelegging.⁶⁴

In dit geval ging het om een woning in aanbouw. Bijzonder was dat de oude woning van de onteigenden eerder was onteigend, in 2001, in verband met de aanleg van de HSL. De eigenaar was daar evenwel na onteigening met toestemming van de nieuwe eigenaar de Staat vooralsnog blijven wonen en had een bouwvergunning verkregen voor de bouw van een nieuwe woning. Vóór terinzagelegging was een aanvang gemaakt met de bouwwerkzaamheden voor de nieuwe woning; zo was de lay-out van de woning uitgezet conform de tekening en was men begonnen met heien. Kort ná terinzagelegging heeft de aanvankelijk onteigende eigenaar evenwel zijn oude woning terug kunnen kopen van de Staat, omdat – zoals al vóór terinzagelegging duidelijk was – de woning toch niet was benodigd voor de realisatie van de HSL.

⁶⁰ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9688, NJ 2002/365 m.nt. P.C.E. van Wijmen (X/prov. Noord-Holland).

⁶¹ Zie: rov. 3.4.

⁶² Zie in die zin ook de noot van Van Wijmen bij dit arrest in NJ 2013/303.

⁶³ HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1731, BR 2014/10 m.nt. E.W.J. de Groot (X/gem. Lansingerland).

⁶⁴ Onder meer: HR 13 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4641, NJ 1974/343 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (gem. Den Haag/X); HR 13 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4658, NJ 1972/279 (X/gem. Apeldoorn); HR 17 oktober 1956, NJ 1956/668 (gem. Rotterdam/X).

Vervolgens heeft de eigenaar zijn nieuwe woning afgebouwd tot een ruwbouw in glasdichte staat, die gewaardeerd werd op € 300.000,=. Dit terwijl de funderingen, die aanwezig waren op de datum terinzagelegging, slechts € 50.000,= waard waren. Vraag was derhalve of het afbouwen een noodzakelijke of normale verandering in de zin van artikel 39 Ow was en daarmee rekening mocht worden gehouden bij de waardering.

Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het afbouwen geen noodzakelijke verandering is. Ten tijde van de terinzagelegging was immers al duidelijk dat de onteigenden terug konden naar hun oude woning en de nieuwe woning dus niet meer nodig was. Ten onrechte (althans onbegrijpelijk gemotiveerd) is echter geoordeeld dat het afbouwen ook geen normale verandering betrof. Daarbij lijkt de rechtbank te hebben miskend dat bij toepassing van die bepaling de onteigening en het werk waarvoor onteigend wordt buiten beschouwing moeten blijven (eliminatie).⁶⁵ Voldoende is dat het gaat om een verandering die aansluit bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak ten tijde van de terinzagelegging. In aanmerking genomen dat al een bouwvergunning was verkregen en men gestart was met de werkzaamheden, is het verder afbouwen tot een glasdichte ruwbouw op voorhand wel degelijk een normale verandering die aansluit bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak ten tijde van de terinzagelegging.⁶⁶

3.2 Overige schade

3.2.1 Rente vrijkomend kapitaal

Ook ter zake van de bijkomende schade is het afgelopen jaar een aantal interessante uitspraken gedaan. Hierboven (3.1.3) is het arrest van de Hoge Raad van 18 januari 2013 reeds besproken waar het gaat om de waardering van de gronden op basis van complexwaarde. In het arrest doet de Hoge Raad ook een uitspraak over de rente van het vrijkomend kapitaal bij reconstructie.⁶⁷ Indien bij onteigening van een onroerende zaak waarop een bedrijf is gevestigd schadeloos wordt gesteld op basis van liquidatie, dan zal de inkomensschade moeten worden vergoed. Wat was er in deze zaak aan de hand?

De onteigende had aanspraak gemaakt op vergoeding van inkomensschade gedurende de periode waarin hij nog geen vervangende grond zal hebben aangekocht. De deskundigen waren van mening dat de onteigende inderdaad gedurende de zoekperiode, respectievelijk de periode gemoeid met de aankoop van het aangeboden vervangingsperceel, enige inkomsten zal derven. Deze inkomensschade wordt echter volgens de deskundigen gecompenseerd door de

⁶⁵ Zie: HR 19 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4925, NJ 1985/801 (X/gem. Amsterdam).

⁶⁶ Uit het arrest blijkt overigens niet waarom de eigenaren verder hebben gebouwd aan de nieuwe woning. Kennelijk waren de omstandigheden dusdanig dat er geen sprake leek te zijn van afbouwen enkel en alleen met het doel de schadeloosstelling te verhogen (Vgl. HR 9 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC1186, NJ 1999/674 (gem. Den Haag/X)).

⁶⁷ Dit speelt vaak bij beëindiging van het gebruik (liquidatie) waar inkomensschade wordt vergoed. Van die inkomensschade wordt afgetrokken de rente van het vrijkomend kapitaal, de vergoeding van de waarde van het onteigende en de eventuele waardevermindering van het overblijvende. Die rente is immers ook inkomen.

rente op het vrijkomende kapitaal. De deskundigen menen, kort gezegd, dat het vrijkomende kapitaal niet minder aan rente zal opleveren dan de inkomsten die de onteigende als gevolg van de onteigening zal derven. Gerekend moet worden met de rente die de onteigende kan maken met een belegging die wat risico en liquiditeit betreft de investering die voor hem verloren ging zo dicht mogelijk benadert, aldus de rechtbank. In het voetspoor van de deskundigen gaat de rechtbank ervan uit dat een opbrengend vermogen van 4% gangbaar is en oordeelt zij dat de onteigende weliswaar heeft opgemerkt dat een dergelijk percentage niet realistisch is, maar dit niet verder heeft onderbouwd.

De Hoge Raad kan zich niet in dit oordeel vinden. Het gaat hier om het inkomensverlies dat een onteigende lijdt doordat hij gedurende het betrekkelijk korte tijdvak dat naar verwachting gemoeid zal zijn met de verwerving van vervangende grond, de opbrengsten mist die de exploitatie van het onteigende hem opleverde. In mindering op dat als onteigeningsgevolg te vergoeden verlies komen de renteopbrengsten over de in de schadeloosstelling begrepen vergoeding van de werkelijke waarde van het onteigende. De vergoeding van die werkelijke waarde kan volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als 'vrijkomend kapitaal' in de gebruikelijke onteigeningsrechtelijke betekenis, omdat die vergoeding is bestemd voor de aankoop van de vervangende grond. Er kan dan ook niet zonder meer van worden uitgegaan dat de onteigende met het bedrag van die vergoeding zodanige renteopbrengsten kan genereren als hij zou kunnen behalen met een belegging die wat risico en liquiditeit betreft de investering die voor hem verloren ging zo dicht mogelijk benadert. Veeleer ligt het naar het oordeel van de Hoge Raad voor de hand om uit te gaan van de rente over dat bedrag die de onteigende in het betrekkelijk korte tijdvak tussen de onteigening en de verwerving van de vervangende grond bij een solide bankinstelling zou kunnen bedingen. Het oordeel van de rechtbank is dus onjuist.

3.2.2 Kosten voor vervangende woonruimte

In het onder 3.1.4 reeds besproken arrest van 27 september 2013 is als bijkomende schade ook aan de orde de kosten voor vervangende woonruimte.⁶⁸ Partijen twisten in deze zaak over de vraag of bij het bepalen van deze kosten uitgegaan moet worden van een vervangende woonruimte met een woongenot vergelijkbaar met dat van de oude woning, dan wel van een vervangende woonruimte met een woongenot vergelijkbaar met dat van de nieuwe woning (in aanbouw). Dit twistpunt is gerelateerd aan de discussie over artikel 39 onteigeningswet. De rechtbank had geoordeeld dat de onteigende niet slechts de eigendom van zijn percelen, met inbegrip van hetgeen daarop was gebouwd of in aanbouw was, verloor maar hij was bovendien als gevolg van de onteigening genooddaakt te verhuizen. In eerste aanleg had de Gemeente betoogd dat bij het vaststellen van de kosten van vervangende huisvesting aansluiting moet worden gezocht bij het wooncomfort van de 'oude' woning. De rechtbank overwoog hieromtrent:

'De rechtbank verwerpt het betoog van de Gemeente. Dat in het kader van artikel 39 Ow uitgegaan moet worden van (alleen) de fundering van de nieuwe woning, betekent niet dat dat ook het uitgangspunt moet zijn bij de beoordeling van de bijkomende schade in het verband met het vinden van vervangende woonruimte. Zoals deskundigen terecht tot uitgangspunt hebben genomen, moet daarbij worden uitgegaan van een woning met een woongenot gelijk aan het woongenot dat was beoogd met de in aanbouw zijnde nieuwe woning. De onteigening weggedacht moet immers worden aangenomen dat [X] de nieuwe woning zou hebben betrokken.' (rov. 2.45).

⁶⁸ HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1731, *BR* 2014/10, m.nt. E.W.J. de Groot.

In cassatie wordt erover geklaagd dat de rechtbank aldus een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd. De reikwijdte van artikel 39 Ow is niet beperkt tot het vaststellen van de werkelijke waarde van het onteigende, maar strekt zich uit over de gehele schadeloosstelling. Indien, bij juiste toepassing van artikel 39 Ow, de feitelijke toestand op de peildatum in ogenschouw wordt genomen, dan staat volgens de Gemeente vast dat onteigenden beschikten over hun 'oude' woning en over het bouwplan voor en een fundament van de nieuwe, nog onafgebouwde woning. Hun woongenot ontleenden zij op de peildatum alleen aan de 'oude' woning.

De Hoge Raad gaat hierin mee. De Hoge Raad oordeelt dat de situatie op de peildatum bepalend is voor de vaststelling van het woongenot waarvan moet worden uitgegaan voor het bepalen van de bijkomende schade in verband met de verwerving van een vervangende woning. Dit geldt ongeacht of in het kader van de waardering van de woning in aanbouw de bouwactiviteiten na de terinzagelegging van het onteigeningsplan ingevolge artikel 39 Ow moeten worden weggedacht. De omstandigheid dat de onteigenden, de onteigening weggedacht, in een later stadium de door hem gebouwde nieuwe woning zou hebben betrokken, neemt immers niet weg dat de schadeloosstelling hen in staat moet stellen vervangende woonruimte te verwerven met een gelijkwaardig woongenot als zijn op de peildatum hadden. Ook indien de onteigende, de onteigening weggedacht, de door hem gebouwde nieuwe woning zou hebben betrokken, zou hij de verbetering van het woongenot op eigen kosten hebben gerealiseerd.

Ons inziens een terechte toepassing van de hoofdregel dat de door de onteigende te ontvangen vergoeding hem in staat moet stellen een gelijkwaardig woongenot te verschaffen.

3.2.3 Schade derde-belanghebbenden

Het meest interessante rechtsoordeel uit het onder 3.1.4 en 3.2.2 reeds vermelde arrest van de Hoge Raad X tegen de gemeente Lansingerland heeft evenwel betrekking op de kring van gerechtigden tot schadeloosstelling in het kader van bedrijfsschade.

Wat was het geval? Een vader en twee zonen oefenen geruime tijd een familiebedrijf uit waarbij geen strikte scheiding tussen de financiën wordt aangehouden. Zo financiert een van de zonen de bouw van (een deel van) de kassen, die door natrekking eigendom van vader worden zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. Omtrent de bedrijfsopvolging of het gebruik van de bedrijfsgronden is niets formeel geregeld. De zonen zetten de tuinbouwwerkzaamheden voort nadat vader daarmee in 1997 ophoudt wanneer hij de leeftijd van 67 jaar bereikt. Sindsdien zijn de zonen 'als vanzelfsprekend' de gronden van vader blijven gebruiken in het kader van hun eigen bedrijfsuitoefening zonder dat daar enige vergoeding tegenover staat, kennelijk in het vooruitzicht dat de gronden op enig moment door erfopvolging aan hen zouden toevallen. Vader is op het moment van de onteigening niet meer actief in het familiebedrijf, noch heeft hij enig financieel belang daarbij, anders dan dat hij eigenaar van de gronden is.

Op grond van de bovenstaande omstandigheden oordeelt de rechtbank dat de onteigeningswet geen ruimte biedt om de bedrijfsschade van de zonen te vergoeden. Artikel 3 Ow kent immers maar aan een beperkte kring van belanghebbenden een aanspraak op schadeloosstelling toe. Alleen belanghebbenden die bij verkoop in het vrije verkeer (eigendomsovergang) een rechtens te respecteren belang bij een onroerende zaak hebben, hebben dat ook in het geval van onteigening. Onteigening is immers een bijzondere vorm van eigendomsovergang. 'De onteigeningswet kan

niet ten doel hebben om jegens de onteigenende overheid aanspraken te scheppen, welke bij eigendomsoverdracht in het gemene recht niet zouden bestaan.⁶⁹

De Hoge Raad ziet dit echter anders en overweegt kernachtig dat in het licht van de omstandigheden van dit geval een door de onteigeningswet verlangde volledige vergoeding van de schade die het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de eigendomsontneming, naar redelijkheid tevens vergoeding van de bedrijfsschade van de zonen omvat. De Hoge Raad redeneert als volgt: van belang is dat de in de onteigening betrokken gronden blijvend bestemd waren tot uitoefening van het tuinbouwbedrijf in familieverband, aanvankelijk door vader tezamen met de zonen, en na het terugtreden van vader alleen nog door de zonen. Dat vader niet meer participeert in het bedrijf noch op enigerlei andere wijze financieel baat heeft van de bedrijfsuitoefening op zijn gronden, neemt niet weg dat hij als eigenaar er belang bij heeft dat de gronden ter beschikking blijven staan voor de bedrijfsuitoefening in familieverband door zijn zonen. Een volledige schadeloosstelling brengt daarom mee dat vader door de schadeloosstelling financieel in staat gesteld wordt de bedrijfsactiviteiten van zijn zonen op andere gronden te laten voortzetten, ook al is hij daartoe jegens zijn zonen juridisch niet verplicht. Naar het oordeel van de Hoge Raad bestaat er geen goede grond de bedrijfsschade voor rekening van de zonen (het familiebedrijf) te laten in plaats van voor rekening te laten komen van de gemeenschap wier belang met de onteigening is gediend. In zoverre is de positie van de zonen vergelijkbaar met de positie van een economisch eigenaar⁷⁰ en worden zij op één lijn gesteld met de juridisch eigenaar die de onteigende zaak voor eigen doeleinden aanwendt.

De Hoge Raad zet de vergoeding van de bedrijfsschade van de zonen in de sleutel van het belang van de (juridisch) eigenaar. De schade van de zonen wordt aan vader vergoed door middel van vereenzelviging van (het belang van) de zonen met (het belang van) vader, de juridisch eigenaar. Het belang van de zonen 'wordt' het belang van vader.

Dit arrest kan worden gezet in de sleutel van de jurisprudentie van de Hoge Raad over vereenzelviging. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de vereenzelviging tussen juridisch en economisch eigenaar voor het bepalen van de schadeloosstelling. De Hoge Raad verwijst ook naar deze arresten. De toerekening van de schade van de economisch eigenaar aan de juridisch eigenaar wordt door de Hoge Raad gebaseerd op de juridische relatie tussen beiden: doordat de juridisch eigenaar jegens de economisch eigenaar tekort zal schieten (door onteigening kan hij zijn leveringsverplichting niet meer nakomen), lijdt de economisch eigenaar schade die hij zal verhalen op de juridisch eigenaar. De band of relatie tussen juridisch en economisch eigenaar zorgt er daarom voor dat de schade van de economisch eigenaar als gevolg van de onteigening uiteindelijk bij de juridisch eigenaar terecht komt. Die band is een juridische, waaruit wederzijdse rechten en plichten voortvloeien. Ook heeft de Hoge Raad onder omstandigheden de vereenzelviging aangenomen van een vennootschap met de directeur-groootaandeelhouder (DGA),

⁶⁹ *Kamerstukken II 1970/71*, 10 590, nr. 5, p. 10-11 (MvA).

⁷⁰ HR 10 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AC1576, NJ 1996/614 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*gem. Rotterdam/X*) en HR 31 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2484, NJ 1996/615 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Rotij Bouwontwikkeling/gem. Etten-Leur*).

die het voordeel van het gebruik van de onroerende zaak aan de vennootschap verschaftte.⁷¹

Toch is vereenzelviging niet altijd aan de orde. Zo werd vereenzelviging tussen een vennootschap (juridisch eigenaar) en de DGA (gebruiker van de onroerende zaak) niet aangenomen in de arresten Den Haag/X⁷² en Strijpse Kampen⁷³. In die zaken gebruikte de DGA de woning die werd onteigend van de vennootschap zonder (aantoonbare) financiële tegenprestatie. Het gebruik van de woning was onvoldoende om te oordelen dat aan de DGA – uit te betalen aan de vennootschap als onteigende juridisch eigenaar - een verhuis- en herinrichtingskostenvergoeding c.q. een vergoeding van de aankoopkosten van een vervangende woning toekwam. De reden dat de Hoge Raad in deze gevallen geen vereenzelviging aannam, komt waarschijnlijk doordat in deze twee laatste arresten de onteigende (de vennootschap) geen schade leed als de gebruiker zijn schade niet vergoed kreeg, terwijl in de andere voorbeelden de onteigende juist wel een financieel belang heeft bij vergoeding van de schade van de persoon waarmee uiteindelijk is vereenzelvigd.

De vraag is wat ons betreft of dit arrest past binnen deze jurisprudentie. Op het eerste gezicht niet. Ontegengesteld verliezen de zonen een voordeel bij het gebruik van de gronden (kassen) van hun vader in het kader van het familiebedrijf. Maar op welke wijze raakt het verlies van het gebruiksvoordeel dat de zonen lijden, ook vader? Anders dan in de genoemde jurisprudentie kan geen financieel belang van vader worden ontdekt bij vergoeding van de bedrijfsschade van de zonen. In casu is sprake van een louter familiale band. Uit de familiale band sec vloeit niet voort dat de bedrijfsschade van de zonen uiteindelijk bij vader terecht komt. Het lijkt er veeleer op dat vader een persoonlijk belang heeft bij de bedrijfsvoortzetting van zijn zonen, aan wie hij gronden ter beschikking heeft gesteld.

De Hoge Raad stelt dát vader belang heeft bij de terbeschikkingstelling aan zonen, maar laat (opzettelijk?) in het midden hoe dat belang gekarakteriseerd moet worden. Gelet op de feiten en omstandigheden in deze zaak acht de Hoge Raad het kennelijk onbillijk dat de bedrijfsschade van de zonen niet vergoed wordt. De Hoge Raad overweegt immers letterlijk dat er geen goede grond bestaat de schade voor rekening van de zonen te laten in plaats van de schade voor rekening te laten komen van de gemeenschap wier belang met de onteigening is gediend (rov. 3.4). Het lijkt er wat ons betreft op dat aan het oordeel van de Hoge Raad ten grondslag ligt dat de positie van de zonen (en hun onteigende vader) bescherming verdient.

3.2.4 Premie uit handen breken

De onteigende die door de noodzaak om op korte termijn een vervangende onroerende zaak te verwerven, gedwongen is daarvoor een hogere prijs te betalen dan de werkelijke waarde, lijdt daardoor een vermogensnadeel. Dit vermogensnadeel, de 'premie uit handen breken' komt voor vergoeding in

⁷¹ HR 28 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9104, NJ 2010/138 m.nt. P.C.E. van Wijmen(*X/gem. Oisterwijk*). Niet direct vereenzelviging maar wel een interessant arrest in dit kader is HR 7 februari 1968, NJ 1968/193 m.nt. Polak (*X/gem. Heerlen*).

⁷² HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0871, NJ 2004/385 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*gem. Den Haag/X*).

⁷³ HR 29 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8205, NJ 2004/198 (*Strijpse Kampen/gem. Eindhoven*).

aanmerking⁷⁴. Bij de berekening van de omvang van de schadeloosstelling mag rekening worden gehouden met een dergelijke 'premie' indien aannemelijk is dat (i) de onteigende zijn bedrijfsactiviteiten zal voortzetten op of in een onroerende zaak die hij ter vervanging zal verwerven, en (ii) dat voor de onteigende de noodzaak ontstaat om op korte termijn een vervangende onroerende zaak te verwerven.

In een van de zaken die leidden tot de hiervoor reeds besproken arresten van 4 oktober 2013⁷⁵ kende de rechtbank een 'premie uit handen breken' toe. De Hoge Raad oordeelt dat de rechtbank de voorwaarden met voor toekenning van een premie uithanden breken juist heeft toegepast. Niettemin kon het oordeel van de rechtbank niet in stand blijven. De Staat had bij de rechtbank tegen toekenning van deze premie aangevoerd dat de deskundigen niet duidelijk hebben gemaakt welk belang erin kan zijn gelegen dat de onteigende op korte termijn vervangende grond verwerft. Daarbij heeft de Staat erop gewezen dat de rente over het vrijkomend kapitaal het verlies van het inkomen dat het gevolg is van de onteigening, goedmaakt. Volgens de Staat kon de onteigende daarom zonder bezwaar wachten tot het moment dat zich een geschikte mogelijkheid tot aankoop van vervangende grond voordoet. De Staat had dit standpunt al kenbaar gemaakt in reactie op het concept-deskundigenrapport, maar deskundigen waren in hun definitieve advies niet op deze stelling ingegaan. Bij pleidooi heeft de Staat zijn standpunt herhaald. De rechtbank heeft zich vervolgens verenigd met het advies van de deskundigen. Daarmee heeft de rechtbank dit essentiële standpunt van de Staat volgens de Hoge Raad niet (kenbaar) in haar beoordeling betrokken en treft de motiveringsklacht van de Staat doel. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling.

Afgewacht zal dus moeten worden of de premie uit handen breken in deze zaak uiteindelijk zal worden toegewezen. Indien inderdaad, zoals de Staat stelt, in deze zaak de inkomensschade via de rente over het vrijkomend kapitaal wordt vergoed, dan is het maar de vraag of de onteigende aanspraak kan maken op een premie uit handen breken. Of dat zo is, hangt natuurlijk af van de specifieke omstandigheden van het geval, waarover het hof zal moeten oordelen.

4. Varia

4.1 Gedoogplicht of onteigenen?

Hiervoor bespraken wij de relevante onteigeningsjurisprudentie uit 2013. Als varia bespreken wij daarnaast elk jaar uitspraken die niet perse zien op onteigeningsprocedures, maar wel relevant kunnen zijn voor de onteigeningspraktijk. Onder de varia valt dit jaar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 juli 2013⁷⁶ over het opleggen van een gedoogplicht krachtens de Waterwet. Er bestaan diverse gedoogplichten, onder meer geregeld in

⁷⁴ Zie Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, par. 5.6.9 en de arresten genoemd in par. 6.21, o.a. HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC4226, NJ 1996/84, m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Stichting Moskee El Islam/gem. Den Haag*) en HR 16 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2283, NJ 2004/507, BR 2005, p. 54, m.nt. E. van der Schans (*X/gem. Hoogezand-Sappemeer*) en HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5710, NJ 2008/369 (*Staat/X*).

⁷⁵ HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:843, RvdW 2013/1152 (*Staat/X*).

⁷⁶ ABRvS 24 juli 2013, nr. 201207847/1/A4, ECLI:NL:RVS:2013:431, TBR 2013/149 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (*Waterschap Brabantse Delta*).

artikel 1 Belemmeringenwet privaatrecht, artikel 12 Waterstaatswet en artikel 5.24 Waterwet. Op basis van deze artikelen kan een gedoogplicht worden opgelegd, tenzij de belangen van een rechthebbende onteigening vorderen.⁷⁷ Wanneer de belangen onteigening vorderen, volgt niet uit de wettekst of de toelichting daarop. Dit behoeft dus uitwerking in de jurisprudentie. Daaruit volgt dat bij de mogelijkheid om een gedoogplicht op te leggen niet snel wordt overgegaan tot onteigening. Het feit dat de gedoogplicht voorziet in volledige schadeloosstelling brengt vaak mee dat bij een beroep op onteigening in beginsel geen belang bestaat, zo is de gedachte.⁷⁸

De Afdeling oordeelde echter anders hieromtrent in de uitspraak van 24 juli 2013. Aan de orde was de vraag of de rechthebbende kon worden opgelegd de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk te gedogen of dat zijn belangen onteigening vorderden. Het draaide in deze uitspraak om een perceel, in eigendom van een particulier, bestaande uit een watergang met aan weerszijden grond. De gedoogplicht was opgelegd voor de verbreding en herinrichting van deze watergang. Appellant meende echter dat zijn belangen onteigening vordert. De Afdeling gaat hierin mee en oordeelt daartoe allereerst, zoals ook al aan de orde kwam in de uitspraak van de Afdeling van 19 juni 2013⁷⁹, dat voor de vraag of de belangen van rechthebbende onteigening vorderen van belang is de benodigde grondoppervlakte in verhouding tot de totale grondoppervlakte. In dit geval is 16,7% van het perceel van appellant benodigd voor de herinrichting van de watergang op zijn perceel. Dat wordt door de Afdeling aangemerkt als meer dan een geringe hoeveelheid van het totale grondoppervlak.⁸⁰

Ook relevant voor de vraag of de belangen van appellant onteigening vorderen, is naar oordeel van de Afdeling de vraag of zich bijzondere omstandigheden voordoen. Daaronder wordt in ieder geval begrepen de omstandigheid dat de bruikbaarheid van het overblijvende deel van een perceel vermindert door de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk. Ook hiervan was naar oordeel van de Afdeling sprake. Door de herinrichting is op het noordelijk deel van het perceel de oever geheel verdwenen, terwijl het zuidelijk deel van het perceel bij hoog water volledig onder water komt te staan. Daaraan wordt niet afgedaan door het feit dat ook voor de herinrichting de gebruiksmogelijkheden van het perceel al beperkt waren of dat de buurman heeft toegezegd dat appellant van zijn percelen gebruik mag maken om het perceel te kunnen bereiken.

De uitspraak biedt weinig houvast voor de vraag wat nog meer bijzondere omstandigheden zijn op basis waarvan de belangen van rechthebbende onteigening vorderen. De uitspraken van 19 juni 2013 en 24 juli 2013 bieden tezamen wel enigszins inzicht voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een meer dan geringe hoeveelheid benodigd grondoppervlak. Het is dus afwachten in welke gevallen wel en welke gevallen niet de belangen van rechthebbende onteigening boven de gedoogplicht zullen vorderen.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818.

⁷⁸ Hof Arnhem 13 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM1190 (X/Min. VenW).

⁷⁹ ABRvS 19 juni 2013, nr. 201112870/1/A4, ECLI:NL:RBROT:2011:BU3686 (X/HHS *Schieland en de Krimpenerwaard*).

⁸⁰ In de uitspraak van 19 juni 2013 pakte dit niet in het voordeel van appellant uit. De Afdeling oordeelde dat de benodigde oppervlakte van 2,28% niet als meer dan gering wordt aangemerkt en oordeelde derhalve dat de belangen van appellant niet de onteigening vorderden.

4.2 **Onteigening SNS Reaal en SNS bank**

Als 'uitsmijter' noemen wij kort de onteigening van SNS Reaal en SNS bank. Op 1 februari 2013 heeft de Minister van Financiën de aandelen van SNS Reaal en SNS Bank onteigend en daarmee toepassing gegeven aan de zogenaamde Interventiewet⁸¹. Deze wet is ingevoerd naar aanleiding van de financiële crisis. Daarbij werd onder meer een nieuw Deel 6, Bijzondere maatregelen betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel, in de Wet op het financieel toezicht (Wft) opgenomen. Met de Interventiewet is een nieuw instrumentarium gecreëerd om in te kunnen grijpen in de financiële sector indien zich daar ernstige problemen voordoen. De onteigeningswet is niet van toepassing op onteigeningen ingevolge de Interventiewet (zie artikel 6:2 lid 7 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 2013⁸² heeft de Raad van State het onteigeningsbesluit van de Minister grotendeels in stand gelaten. Vervolgens is bij de Ondernemingskamer (OK) van Hof Amsterdam 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.⁸³ De Staat heeft tegen dit tussenarrest cassatieberoep ingesteld.⁸⁴ Een beschikking van de Hoge Raad wordt op zijn vroegst verwacht in de loop van 2014.

⁸¹ Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 241; in werking getreden op 13 juni 2012.

⁸² ABRvS 25 februari 2013, nr. 201301173/1/A3, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, AB 2013/146 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (VEB e.a./Min. Fin.).

⁸³ Hof Amsterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *JOR* 2013/50 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Min. Fin./VEB e.a.*).

⁸⁴ 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>.