

# ECLI:NL:HR:2014:3351

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	21-11-2014
Datum publicatie	21-11-2014
Zaaknummer	13/04422
Formele relaties	Conclusie: <a href="#">ECLI:NL:PHR:2014:1744</a> , Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Artikel 81 RO-zaken Cassatie

## Inhoudsindicatie

Onteigening. Begroting schadeloosstelling; maatstaf; art. 40 Ow. Vermogensschade in de vorm van een 'onrendabele top' bij bedrijfsmatig gebruikte onroerende zaken; waardering tegen marktwaarde. Omstandigheid dat onteigende een gekapitaliseerde rentevergoeding als financieringsschade vergoed krijgt.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

## Uitspraak

21 november 2014

Eerste Kamer

13/04422

LZ/JG

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[eiseres] B.V., [vestigingsplaats],

EISERES tot cassatie,

advocaat: mr. J.F. de Groot,

t e g e n

de GEMEENTE WESTLAND, zetelende te Naaldwijk, gemeente Westland,

VERWEERSTER in cassatie,  
advocaat: mr. J.A.M.A. Sluysmans.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] en de gemeente.

## **1 Het geding in feitelijke instantie**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de vonnissen in de zaak C/09/378675/HA ZA 10-3797 van de rechtbank Den Haag van 26 januari 2011, 7 maart 2012, 20 februari 2013 en 10 juli 2013.

De vonnissen van de rechtbank zijn aan dit arrest gehecht.

## **2 Het geding in cassatie**

Tegen het vonnis van de rechtbank van 10 juli 2013 heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld.

De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal J.C. van Oven strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [eiseres] heeft bij brief van 19 september 2014 op die conclusie gereageerd.

## **3 Beoordeling van het middel**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij vonnis van 26 januari 2011 is ten name en ten behoeve van de gemeente vervoegd de onteigening uitgesproken van de percelen kadastraal bekend gemeente Wateringen, sectie [A], nummers [001], [002] en [003], alle gelegen te [vestigingsplaats] en in eigendom toebehorend aan [eiseres]. Het voorschot op de schadeloosstelling is daarbij vastgesteld op een bedrag van € 4.015.450,-. Het vonnis is op 24 maart 2011 in de openbare registers ingeschreven.

(ii) Op de onteigende percelen bevonden zich een bedrijfsruimte en glasopstanden met bijbehorende installaties en erf, met behulp waarvan [eiseres] een glastuinbouwbedrijf (teelt van pot- en kuipplanten) exploiteerde.

3.2 In haar eindvonnis heeft de rechtbank de aan [eiseres] toekomende schadeloosstelling bepaald op een bedrag van in totaal € 4.449.087,--, bestaande uit € 2.619.097,-- als vergoeding van de waarde van het onteigende, € 505.000,-- als vergoeding van overige vermogensschade, en € 1.324.990,-- als vergoeding van de inkomensschade.

3.3.1 Ter bepaling van de vermogens- en inkomensschade is de rechtbank, in het voetspoor van de

deskundigen, ervan uitgegaan dat [eiseres] in staat gesteld moet worden een vervangend glastuinbouwbedrijf te verwerven teneinde haar bedrijf te kunnen voortzetten. Aangezien nieuwbouw aanzienlijk duurder zou uitpakken, is de schadeloos-stelling begroot op basis van aankoop van een bestaand glastuinbouwbedrijf en aanpassing daarvan aan de bedrijfsvoering van [eiseres] (rov. 2.11 van het tussenvonnis van 7 maart 2012; hierna: het eerste tussenvonnis).

- 3.3.2 Als onderdeel van de vergoeding voor door haar te lijden vermogensschade heeft [eiseres] aanspraak gemaakt op vergoeding van een 'onrendabele top', die volgens haar € 3.475.000,-- bedraagt. Volgens [eiseres] is dit bedrag het verschil tussen enerzijds de stichtingskosten (zijnde de kosten van aanschaf van het vervangend object plus de kosten van aanpassing daarvan) en anderzijds de marktwaarde van het vervangend object na de verbouwing. De rechtbank heeft, overeenkomstig het advies van de deskundigen, een bedrag van € 75.000,-- als vergoeding van de onrendabele top toegekend, maar voor het overige een vergoeding niet op haar plaats geacht (rov. 2.29 van het eerste tussenvonnis en rov. 2.35 van het tussenvonnis van 20 februari 2013; hierna: het tweede tussenvonnis). Daartegen is onderdeel 1 van het middel gericht.
- 3.3.3 Subsidiair, voor het geval de rechtbank geen rekening zou houden met een substantiële onrendabele top zoals door [eiseres] aangevoerd, heeft zij als onderdeel van de vergoeding van haar inkomensschade aanspraak gemaakt op een volledige vergoeding van de hogere afschrijvingslasten. De rechtbank heeft geoordeeld dat het nadeel van hogere afschrijvingslasten niet als inkomensschade als gevolg van de onteigening voor vergoeding in aanmerking komt (rov. 2.36 van het tweede tussenvonnis). Daartegen komt [eiseres] op met onderdeel 2.
- 3.3.4 De rechtbank heeft voorts bij de vaststelling van de inkomensschade rekening gehouden met een door de deskundigen geschat 'voordeel nieuw voor oud' ten bedrage van € 33.013,--, op de grond dat deze schatting door [eiseres] niet gemotiveerd is bestreden (rov. 2.36 van het tweede tussenvonnis). Daartegen is onderdeel 3 gericht.

#### *Vergoeding van de onrendabele top*

- 3.4 De rechtbank heeft met betrekking tot de vergoeding van de onrendabele top als volgt overwogen.

In rov. 2.29 van het eerste tussenvonnis:

"2.29 De rechtbank overweegt dat bij een onteigening als de onderhavige over het algemeen sprake is van een onrendabele top indien de totale stichtingskosten van een verbouwd onroerend goed hoger zijn dan de marktwaarde daarvan na realisatie van de verbouwing. Het verschil tussen deze twee waarden dient dan aan de onteigende als vermogensschade te worden vergoed. In de onderhavige situatie is de rechtbank echter met de deskundigen van oordeel dat het vervangende object na aanpassing niet moet worden gewaardeerd tegen de marktwaarde, maar tegen de vervangingswaarde. Onder de vervangingswaarde wordt verstaan het bedrag dat nodig zou zijn om in de plaats van een actief dat bij de bedrijfsuitoefening is of wordt gebruikt, verbruikt of voortgebracht, een ander actief te verkrijgen of te vervaardigen dat voor de bedrijfsuitoefening een in economisch opzicht gelijke betekenis heeft. Daartoe is van belang dat de schadeberekening is gebaseerd op verplaatsing van het bedrijf naar een geschikt vervangingsobject, waarbij niet geïnvesteerd wordt in een voor verkoop bestemd gebouw, maar in een gebouw waarin de kwekerij wordt voortgezet en waaruit dus rendement zal worden gehaald. De stichtingskosten moeten dan ook worden gezien als investering in een productiemiddel om daaruit productie en daarmee samenhangend rendement te halen, zoals de deskundigen ook overwogen. In tegenstelling tot de situatie waarin een niet-bedrijfsmatig onroerend goed wordt aangekocht en aangepast en de uiteindelijke stichtingskosten de marktwaarde overtreffen, worden in de onderhavige situatie de stichtingskosten wel terugverdiend. Dat er geen sprake is van een vrijwillige ondernemerskeuze met het daaraan verbonden ondernemersrisico, doet daaraan niet af. Dit wordt namelijk gecompenseerd door vergoeding van inkomensschade wegens hogere afschrijvingen zoals hieronder is uitgewerkt. Gelet hierop neemt de rechtbank het advies van de deskundigen ten aanzien van de wijze van berekening van de onrendabele top over en bepaalt zij de onrendabele top op €

75.000,--, bestaande uit de kosten van het aanpassen van de oppot- en sorteerlijnen en de specifieke indeling van de betonvloer met eb- en vloedsystemen. Dit bedrag dient aan [eiseres] te worden vergoed.”

En in rov. 2.35 van het tweede tussenvonniss:

“2.35. De rechtbank handhaaft hetgeen zij in het tussenvonniss van 7 maart 2012 heeft overwogen ten aanzien van de onrendabele top. Voor de bepaling van bijkomende (vermogens)schade dient in gevallen als het onderhavige waarin het gaat om de verplaatsing van een bedrijf als uitgangspunt voor de berekening van eventuele bijkomende schade de vervangingswaarde te gelden. Door een bedrag (stichtingskosten) aan te bieden waarmee de onteigende zijn bedrijf kan voortzetten op een andere locatie en de daaraan verbonden financieringsschade (gekapitaliseerd) te vergoeden voor de meerinvesteringen wordt de onteigende in dezelfde economische positie gebracht als vóór de onteigening. Doordat aldus een gelijkwaardig bedrijf wordt aangeboden met dezelfde exploitatiemogelijkheden als voorheen, moet het ervoor gehouden worden dat de waarde van dit vervangende bedrijf (het totaal van de stichtingskosten) in het commerciële verkeer niet lager zal zijn dan de waarde van het onteigende, zodat niet aannemelijk is dat [eiseres] in dit opzicht een rechtstreeks en noodzakelijk uit de onteigening voortvloeiend vermogensverlies lijdt. Voor vergoeding ter zake van een onrendabele top is derhalve in beginsel geen plaats. De deskundigen hebben op dit uitgangspunt echter twee uitzonderingen gemaakt, namelijk ten aanzien van de kosten van het aanpassen van de oppot- en sorteerlijnen en de specifieke indeling van de betonvloer met eb- en vloedsystemen. Ten aanzien van deze productie-middelen (waarvan de investeringskosten € 75.000,-- bedragen) hebben zij geoordeeld dat deze zo specifiek zijn verbonden aan de bedrijfsvoering van de [eiseres] dat deze geen enkele marktwaarde hebben, zodat deze (her)investeringskosten als onrendabel voor vergoeding in aanmerking moeten komen. De rechtbank onderschrijft dit standpunt van de deskundigen en handhaaft ter zake haar in het tussenvonniss van 7 maart 2012 gegeven beslissing.”

3.5 Volgens de onderdelen 1.1–1.1.3 geven deze overwegingen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door tot uitgangspunt te nemen dat het vervangend object na aanpassing niet moet worden gewaardeerd tegen de marktwaarde maar tegen de vervangingswaarde. Aldus heeft de rechtbank miskend dat de onteigende alleen dan wordt gebracht in financiële omstandigheden gelijkwaardig aan die waarin hij zich zonder onteigening zou hebben bevonden, indien zijn vermogenspositie en inkomenspositie door en na de onteigening gelijk blijven. Door alleen de aan de stichtingskosten verbonden financieringsschade (gekapitaliseerd) te vergoeden voor de meerinvesteringen, wordt nog niet de als gevolg van de onteigening geleden vermogensschade, bestaande in de onrendabele top, integraal vergoed, aldus nog steeds deze onderdelen.

3.6.1 Een onteigende wordt eerst dan volledig schadeloos gesteld, indien hij zowel wat vermogen als wat inkomen betreft in een gelijke of gelijkwaardige positie blijft (vgl. HR 16 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0220, NJ 1989/798). Een onteigende die als gevolg van de onteigening redelijkerwijs een vervangende onroerende zaak moet kopen en deze moet aanpassen teneinde een gebruiksgenot te verkrijgen dat vergelijkbaar is met het genot dat hij van de onteigende zaak had, lijdt schade die als onteigeningsschade behoort te worden vergoed indien hij daarin meer geld moet steken dan de vervangende onroerende zaak na de aanpassing waard is. Die schade bestaat uit hetgeen de vervangende onroerende zaak na de aanpassing minder waard is in het vrije commerciële verkeer dan het in totaal voor de aankoop en aanpassing bestede bedrag (vgl. HR 30 oktober 1957, NJ 1957/639 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6267, NJ 2010/632).

3.6.2 Anders dan de rechtbank oordeelde, bestaat geen grond anders te oordelen ingeval de onteigende zaak en de vervangende zaak bedrijfsmatig gebruikt worden en aldus bijdragen aan het rendement (de winst) van de onderneming van de onteigende. Haar oordeel dat de stichtingskosten (de kosten van aanschaf en aanpassing) in dat geval moeten worden gezien als investering in een productiemiddel waarmee rendement wordt behaald en waarmee de stichtingskosten worden ‘terugverdiend’ (rov. 2.29 van het eerste tussenvonniss), is in strijd met

art. 40 Ow, omdat zulks tot gevolg zou hebben dat de onteigende de hiervoor in 3.6.1 bedoelde onteigenings-schade ten laste van zijn eigen winst moet dragen. De kosten van aanpassing van het vervangend object, voor zover zij de marktwaarde daarvan niet verhogen en in die zin 'onrendabel' zijn, moeten derhalve als vermogensschade ten gevolge van de onteigening worden vergoed door de onteigenaar.

3.6.3 Voorts brengt, anders dan de rechtbank oordeelde in rov. 2.35 van het tweede tussenvonniss, de omstandigheid dat de onteigende een gekapitaliseerde rentevergoeding als financieringsschade vergoed krijgt, niet mee dat hij in dezelfde economische positie wordt gebracht als vóór de onteigening. Een rentevergoeding herstelt immers niet de vermogenssituatie (vgl. het hiervoor in 3.6.1 vermelde arrest van 16 maart 1988).

3.6.4 Gelet op het bovenstaande zijn de onderdelen 1.1–1.1.3 gegrond. Ook bij onteigening van bedrijfsmatig gebruikte onroerende zaken moet, voor beantwoording van de vraag of na aanschaf en aanpassing van een vervangend object sprake is van vermogensschade in de vorm van een onrendabele top, het vervangend object na aanpassing gewaardeerd worden tegen de waarde in het vrije commerciële verkeer (de marktwaarde).

De onderdelen 1.2–1.3, die motiveringsklachten bevatten, behoeven geen behandeling.

3.7 Nu ingevolge hetgeen hiervoor in 3.6.1–3.6.4 is overwogen de onrendabele top vergoed moet worden, zoals [eiseres] primair betoogd heeft, heeft zij geen belang bij beoordeling van onderdeel 2, dat is gericht tegen het oordeel van de rechtbank over haar subsidiaire vordering tot vergoeding van de hogere afschrijvingslasten.

3.8 De klachten van onderdeel 3 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 10 juli 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 904,89 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spakens, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 21 november 2014.