

Kroniek onteigeningsrecht 2019

Deze bijdrage verscheen ook in BR 2020/89

Auteurs: mr. H.X. Botter, mr. E.W.J. de Groot, & A.C.M. Romme-van de Riet LLB¹

Datum 29-10-2020



¹ H.X. Botter en E.W.J. de Groot zijn advocaat en A.C.M. Romme-van de Riet is jurist. Zij zijn allen verbonden aan AKD N.V.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	3
2. Administratieve onteigeningsprocedure	4
2.1 Formele aspecten.....	4
2.2 Planologische grondslag/gekozen titel	4
2.3. Noodzaak tot onteigening.....	6
2.3.1. Noodzaak tot onteigening: toetsing van het minnelijk overleg	6
2.3.2. Noodzaak tot onteigening: zelfrealisatieverweer	8
2.3.3. Noodzaak tot onteigening: minder vergaand middel.....	8
2.4. Publiek belang.....	9
2.5. Algemene ontwikkelingen.....	9
3. Gerechtelijke procedure	10
3.1 Procesrechtelijke jurisprudentie.....	10
3.1.1 Vooruitlopend op onteigening grond inleveren?.....	10
3.1.2. Artikel 22 Rechtsvordering	11
3.1.3. Noodzaak tot onteigening - onderhandelen ex artikel 17 onteigeningswet	12
3.1.4. Noodzaak tot onteigening - zelfrealisatie	15
3.1.5 Noodzaak tot onteigening - grondruil	15
3.1.6. Gebrek aan onteigeningstitel	16
3.1.7. Afwijkende termijnen onteigeningswet	17
3.1.8. Artikel 61 onteigeningswet is geen onteigeningsprocedure	17
3.1.9. Belemmeringen uit exploitatieplan belemmering voor onteigening?	17
3.2. Materieel recht.....	18
3.2.1. Residuele berekening of vergelijkingstransacties?	18
3.2.2. Vergelijkingstransacties en correctie verschillen in oppervlakte	19
3.2.3. Kosten na peildatum vallen hoger uit	20
3.2.4. Baatafroming	21
3.2.5. Vereenzelviging	22
3.2.6. Afwijken deskundigenrapport	22
3.2.7. Schadeloosstelling op grond van artikel 61 OW	23
3.2.8. Eliminatie	24
3.2.9. Peildatum.....	25
3.2.10. Complex.....	26
3.2.11. Redelijk handelend verkoper en koper.....	27

Kroniek onteigeningsrecht 2019

3.2.12. Bodembestanddelen	28
3.2.13. Het overblijvende	29
3.2.14. Huren na tervisielegging	29
3.2.15. Onteigeningsgevolg of niet	30
3.2.16. Werk waarvoor onteigend wordt	30
3.2.17. Proceskosten	31
3.2.18. Proceskosten niet belanghebbende	32
3.2.19 Nabrander: btw-compensatie over de schadeloosstelling?	32

1. Inleiding

De uit 1851 stammende onteigeningswet is ten tijde van deze publicatie net jarig geweest en mocht maar liefst 169 kaarsjes uitblazen. Veel nieuwe verjaardagsfeesten zullen er echter niet volgen. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft namelijk in haar brief van 24 juni 2020 bevestigd dat de huidige onteigeningswet per 1 januari 2022 zal worden vervangen door de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet (hierna: 'de Omgevingswet').²

Eén van de grootste en meest besproken³ veranderingen die de Omgevingswet teweeg zal brengen, betreft het feit dat de civiele rechter niet langer de rechtmatigheid van de onteigening zal toetsen. In de nieuwe situatie wordt die rol overgenomen door de bestuursrechter die een door een bestuursorgaan genomen onteigeningsbesluit – op voordracht van datzelfde bestuursorgaan – moet bekrachtigen. In deze 'bekrachtigingsprocedure' kunnen belanghebbenden bedenkingen tegen de onteigening naar voren brengen. Los daarvan zal de bestuursrechter altijd – dus ongeacht of er iets naar voren wordt gebracht door de grondeigenaar – een basistoets uitvoeren ten aanzien van de wettelijke vormvoorschriften, het onteigeningsbelang, de noodzaak en de urgentie.

Bij deze volle en intensieve⁴ basistoets zal de bestuursrechter hoogstwaarschijnlijk grotendeels aansluiting zoeken bij de Kroonjurisprudentie, aangezien het oogmerk van de wetgever was om in de Omgevingswet de toetsingscriteria van de Kroon te codificeren. Tegen die achtergrond verwachten wij dat er nog steeds behoefte bestaat aan een kroniek waarin de belangrijkste ontwikkelingen in de Kroonjurisprudentie over de afgelopen kroniekperiode (1 januari 2019 t/m 1 januari 2020) worden beschreven. Wij wijzen er daarbij op dat tot dusver noch door de Kroon⁵ noch door rechters⁶ wordt geanticipeerd op de inhoud van de Omgevingswet. Wij zullen hieronder beginnen met de bespreking van de (in ons oordeel) belangrijkste Koninklijke Besluiten (hierna: 'KB's'). Vervolgens zal de belangrijkste jurisprudentie van de civiele rechter (onder meer ten aanzien van het begroten van de schadeloosstelling) de revue passeren.

² Brief van 24 juni 2020 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, kenmerk: 2020-0000369699.

³ Zie bijvoorbeeld de op 12 december 2019 gehouden jaarvergadering van de VBR, waarvan een door J.C. Borman opgesteld verslag is gepubliceerd in TBR 2020/33.

⁴ TK 2019-2020, 35133, nr. 32, gewijzigd amendement van het Tweede Kamerlid Bisschop.

⁵ KB 23 maart 2017, nr. 2017000499, Stcr. 2017, nr. 19775 (onteigeningsplan Harnaschpolder Zuid).

⁶ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 12 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1935, (r.o. 4.3.).

Kroniek onteigeningsrecht 2019

2. Administratieve onteigeningsprocedure

2.1 Formele aspecten

De meest interessante Kroonjurisprudentie ontstaat doordat personen zienswijzen indienen tegen een ontwerp-KB tot onteigening. In deze kroniekperiode werd door reclamanten in hun zienswijzen met enige regelmaat gesteld dat er fouten stonden in de onteigeningsstukken.

In het KB dat was geslagen ten behoeve van het onteigeningsplan N340 ging het om verkeerde verwijzingen in de zakelijke beschrijving van het werk. De Kroon oordeelde dat er inderdaad wat fouten waren gemaakt, maar dit stond niet in de weg aan het ter onteigening aanwijzen van de gronden.⁷ Wij gaan er overigens van uit dat de bewuste grondeigenaar de zakelijke beschrijving – waar de fouten in stonden – zelf heeft opgevraagd bij de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat. Dit document wordt namelijk conform vast beleid in beginsel niet uit eigen beweging door de Kroon aan de grondeigenaar toegezonden. In een KB van 4 april 2019 stelde een reclamant dat dit ten onrechte was: alle onteigeningsstukken zouden automatisch aan de grondeigenaar moeten worden gestuurd.⁸ De Kroon meent echter dat die verplichting niet uit artikel 3:13, eerste lid, Awb kan worden gedestilleerd. Deze bepaling stipuleert namelijk slechts dat het bestuursorgaan *het ontwerpbesluit* – voorafgaand aan de terinzagelegging – aan de belanghebbenden moet doen toekomen.

In het ontwerpbesluit – dat dus wordt toegezonden – en in de overige onteigeningsstukken staan persoonsgegevens vermeld, zoals de naam van de kadastrale eigenaar. Een en ander is – zo heeft de Kroon deze kroniekperiode diverse malen benadrukt⁹ – niet in strijd met de Algemene Verordening Gegevensverwerking ('AVG'). De onteigeningswet bevat namelijk een specifieke grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens (zie artikel 63, tweede lid, onder 2 sub b van de onteigeningswet).

2.2 Planologische grondslag/gekozen titel

De Kroon treedt niet in de beoordeling van planologische aspecten, waartoe – zo werd deze kroniekperiode duidelijk – onder meer de gekozen uitvoeringsvariant¹⁰ en het ruimtebeslag¹¹ van het werk kunnen worden gerekend. De gedachte is dat grondeigenaren bezwaren van planologische aard aan de orde kunnen stellen in de procedure tegen de ten behoeve van het werk gecreëerde planologische grondslag.

⁷ KB 20 maart 2019, nr. 201900564, Stcrt. 2019, nr. 18387 (Onteigeningsplan N340).

⁸ KB 4 april 2019, nr. 2019000677, Stcrt. 2019, nr. 23134 (Valkenswaard).

⁹ KB 3 juli 2019, nr. 2019001316, Stcrt. 2019, nr. 40766 (Project ViA15). Zie ook: KB 30 augustus 2019, nr. 2019001740, Stcrt. 2019, nr. 52727 (Dijktraject Gameren).

¹⁰ KB 16 september 2019, nr. 2019001862, Stcrt. 2019, nr. 52724 (Project Extra Sneltrain Groningen Leeuwarden).

¹¹ KB 20 maart 2019, nr. 201900564, Stcrt. 2019, nr. 18387 (Onteigeningsplan N340).

Kroniek onteigeningsrecht 2019



Deze planologische grondslag kan bij titel IIA bijvoorbeeld bestaan uit een tracébesluit. Uit artikel 13 van de Tracéwet volgt dat de gemeenteraad het bestemmingsplan daarmee in overeenstemming moet brengen. Daarop hoeft echter – zo volgt uit een KB van 27 mei 2019¹² – niet te worden gewacht bij het starten van de onteigeningsprocedure. Dat is ook logisch, aangezien niet het bestemmingsplan, maar het tracébesluit, als planologische grondslag wordt genoemd in artikel 72a, eerste lid, onteigeningswet (lees: titel IIA). Voor het kunnen starten van de administratieve onteigeningsprocedure op basis van titel IIA hoeft er overigens nog geen vastgesteld planologisch besluit te zijn. Op het moment dat er een ontwerpversie van het planologisch besluit ter inzage heeft gelegen, kan er volgens de Kroon namelijk al een onteigeningsverzoek worden ingediend.¹³ Dit verklaart waarom veel verzoekers om onteigening – indien mogelijk – kiezen voor titel IIA. Soms stellen grondeigenaren dat die keuze onterecht was omdat het werk waarvoor wordt onteigend beweerdelijk niet valt onder de reikwijdte van artikel 72a onteigeningswet. Dit was bijvoorbeeld onderwerp van debat in het KB van 4 april 2019.¹⁴ Een grondeigenaar betoogde dat er niet op basis van die bepaling kon worden onteigend voor de aanleg van een groenstrook op zijn perceel. Op basis van titel IIA kon er namelijk louter worden onteigend ten behoeve van de aanleg van infrastructurele werken, aldus de grondeigenaar. De Kroon wees echter op het feit dat er op basis van titel IIA ook kan worden onteigend voor – en nu komt het – rechtstreeks uit het infrastructurele hoofdwerk voortvloeiende bijkomende voorzieningen (zie het tweede lid van artikel 72a onteigeningswet). Een groenstrook is volgens de Kroon zo'n voorziening. Het staat namelijk niet op zichzelf, maar is nodig om de verbindingsweg (lees: het hoofdwerk) landschappelijk in te passen.

In een KB van 25 april 2019 kwam aan de orde of er wel kon worden onteigend op grond van titel IV nu het werk in de ogen van de grondeigenaar reeds was gerealiseerd.¹⁵ De grondeigenaar had gewezen op het feit dat de gemeente Venlo zijn perceel wilde onteigenen om deze als bouwka­vel uit te geven. Het perceel was echter volgens de grondeigenaar al geschikt als bouwka­vel. Hij had ook vernomen dat de grond in dezelfde staat als de huidige zou worden geleverd aan de uiteindelijk beoogde eigenaar. De Kroon laat dit aspect echter in het midden, het wijst slechts op het feit dat het betrokken perceel ten tijde van het verzoekbesluit niet was voorzien van de beoogde industriële bebouwing volgens de door de gemeente Venlo voorgestane verkaveling. Om die reden moet volgens de Kroon worden geconcludeerd dat de op het perceel geprojecteerde bestemming Bedrijventerrein nog niet is gerealiseerd en er dus kan worden onteigend. Daarover zou mogelijk ook anders kunnen worden gedacht. De reden dat werd

¹² KB 27 mei 2019, nr. 2019001025, Stcrt. 2019, nr. 32510 (Reconstructie rijksweg A1).

¹³ Dit geldt ook bij titel II. Zie KB van 30 augustus 2019, nr. 2019001740, Stcrt. 2019, nr. 52727 (Dijktraject Gameren).

¹⁴ KB 4 april 2019, nr. 2019000677, Stcrt. 2019, nr. 23134 (Valkenswaard).

¹⁵ KB 25 april 2019, nr. 2019000845, Stcrt. 2019, nr. 26674 (Onteigeningsplan TPN Klaver).

Kroniek onteigeningsrecht 2019

gekozen voor het onteigeningsinstrument was namelijk niet zozeer dat de gemeente Venlo bebouwing kon oprichten, maar om gronden bouwrijp te maken en vervolgens uit te geven.

2.3. Noodzaak tot onteigening

2.3.1. Noodzaak tot onteigening: toetsing van het minnelijk overleg

De Kroon toetst tevens of de voorgestane onteigening wel noodzakelijk is. Het meest voorkomende verweer tijdens de afgelopen kroniekperiode was dat het minnelijk overleg, voorafgaand aan de start van de administratieve onteigeningsprocedure, onvoldoende serieus was.

Een belangrijk punt in dit kader is dat het door de onteigenaar uitgebrachte aanbod voldoende concreet en onvoorwaardelijk moet zijn. De Kroon lijkt in dit kader echter niet heel streng te zijn. Zo is in het verleden reeds geoordeeld dat een onteigenaar aan zijn aanbod de gebruikelijke voorwaarden van 'goedkeuring door het bevoegd gezag' en 'schone grond' mag verbinden. Ook was al duidelijk dat het aanbod van een onteigenaar een zogenoemde P.M.-post mag bevatten voor de vergoeding van de door de grondeigenaar gemaakte deskundigenkosten. Dat is ook logisch, aangezien de onteigenaar niet kan weten wat de hoogte is van de gemaakte deskundigenkosten (tenzij er declaraties zijn overgelegd). Een P.M.-post is dan onvermijdelijk. In een KB van 8 februari 2019 was er in de aanbiedingsbrief een P.M.-post opgenomen voor een schadecomponent die al wel kon worden begroot, te weten de waardevermindering van het overblijvende.¹⁶ Wij vermoeden dat dit normaal gesproken niet door de beugel kan. Men kan immers niet van een grondeigenaar verwachten dat hij een aanbod kan beoordelen waarin nog in het midden wordt gelaten wat de vergoeding voor de waardevermindering van het overblijvende zal zijn. In het voornoemde KB van 8 februari 2019 had het hanteren van een P.M.-post voor de waardevermindering van het overblijvende echter geen fatale gevolgen. Dat had te maken met de specifieke omstandigheden van het aan de orde zijnde geval. Kennelijk kon uit de stukken worden afgeleid dat de onteigenaar met het opnemen van een P.M.-post tot uitdrukking wilde brengen dat de grondeigenaar het bestaan van een waardedaling nog kon onderbouwen. Het uitgangspunt van de onteigenaar was echter dat er geen waardedaling optrad. Tegen die achtergrond meende de Kroon dat er – ondanks dat de vergoeding voor de waardedaling op P.M. was gesteld – toch was voldaan aan het vereiste van een voldoende serieus minnelijk overleg.

Van een onteigenaar wordt verwacht dat hij niet alleen met de grondeigenaar onderhandelt, maar ook met eventuele derde-belanghebbenden. Van een verzoeker tot onteigening wordt in dit kader – zo volgt uit een KB van 21 januari 2019¹⁷ – verwacht dat hij op zijn minst in het kadaster en in het handelsregister van de Kamer van Koophandel kijkt. Verder dient de verzoeker om onteigening aan de grondeigenaar te vragen of hij nog op de hoogte is van eventuele pachters of huurders. In een ten behoeve van het project ViA15 geslagen KB had de verzoeker om onteigening via de grondeigenaar vernomen dat er een nieuwe pachter was. Er werd vervolgens echter nagelaten om een aanbod te doen aan die pachter, hetgeen leidde tot de afwijzing van het onteigeningsverzoek.¹⁸

Op het moment dat er meerdere overheden betrokken zijn bij het project waarvoor wordt onteigend, dan

¹⁶ KB 8 februari 2019, Stcrt. 2019, nr. 10784 (Onteigening reconstructie rijksweg A9).

¹⁷ KB 21 januari 2019, nr. 2019000064, Stcrt. 2019, nr. 5352 (Project Zuidasdok).

¹⁸ KB 3 juli 2019, nr. 2019001316, Stcrt. 2019, nr. 40766 (Project ViA15).

Kroniek onteigeningsrecht 2019

geldt er een aanvullende eis voor het minnelijk overleg. In die situatie moet – zo volgt uit een KB van 30 augustus 2019¹⁹ – de rolverdeling tussen de diverse partijen in het minnelijk overleg aan de grondeigenaar kenbaar zijn gemaakt. In de bewuste kwestie bestond die rolverdeling eruit dat de provincie Noord-Brabant de aanbestedingsbrieven verstuurde (en later ook het onteigeningsverzoek indiende), terwijl de gemeente Boekel een coördinerende rol had gespeeld bij het onderzoek naar een kavelruil.²⁰ Dit was volgens de Kroon voldoende duidelijk voor de grondeigenaar. Op het moment dat een externe grondverwerver een aanbod uitbrengt, moet de rolverdeling eveneens duidelijk zijn. In dit kader dient – blijkens een KB inzake de versterking van dijktraject Gameren²¹ – door de externe grondverwerver duidelijk te worden gemaakt dat hij het aanbod doet namens de latere verzoeker tot onteigening.

Een relatief nieuw fenomeen bij onderhandelingen ter voorkoming van onteigening is de zogenoemde meewerkvergoeding. Dit betreft een bedrag dat de grondeigenaar krijgt bovenop de schadeloosstelling waarop hij wettelijk gezien aanspraak kan maken in ruil voor het snel ondertekenen van een koopovereenkomst. De gedachte is dan dat op deze manier een kostbare en tijdrovende onteigeningsprocedure wordt voorkomen. In het KB van 18 juni 2019 stelde de grondeigenaar – met een beroep op het gelijkheidsbeginsel – dat er aan hem ten onrechte geen meewerkvergoeding was aangeboden door de provincie Groningen.²² De Kroon ging daar echter niet in mee. Uit het dossier kon namelijk worden afgeleid dat bepaalde grondeigenaren zich hadden gegroepeerd en in die hoedanigheid overleg hadden gevoerd met de verzoeker. De leden van de groep hadden – zo stelde de Kroon vast – bedongen dat zij een meewerkvergoeding kregen in ruil voor het voldoen aan bepaalde voorwaarden. Reclamant had die vergoeding ook gekregen ware het niet dat hij niet bereid was om lid van de groep te worden. Tegen die achtergrond was er volgens de Kroon geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel doordat er aan de groep wel een meewerkvergoeding was aangeboden. Wij menen overigens dat een meewerkvergoeding – onder omstandigheden – mogelijk zou kunnen leiden tot verboden staatssteun.

Onze ervaring is dat er in veel gevallen – hangende de administratieve onteigeningsprocedure – nog overeenstemming wordt bereikt met de grondeigenaar. Desalniettemin worden de bewuste percelen – zo volgt ook uit het KB van 30 augustus 2019²³ – zekerheidshalve door de Kroon ter onteigening aangewezen. De praktijk leert namelijk dat overeenstemming niet altijd leidt tot een probleemloze eigendomsoverdracht en dan is het van belang om onteigening ‘als stok achter de deur’ te hebben.²⁴

De hierboven beschreven lijn zal onder de vigore van de Aanvullingswet echter niet onverkort worden voortgezet. Uit artikel 11.7, eerste lid, onder c van die wet volgt namelijk dat de noodzaak tot onteigening ontbreekt indien ‘aannemelijk is dat partijen op afzienbare termijn overeenstemming zullen bereiken die vervolgens leidt tot een spoedige levering’. Op het moment dat het in de lijn der verwachting ligt dat partijen eruit gaan komen, mag het bestuursorgaan het bewuste perceel dus strikt genomen niet ter onteigening aanwijzen. Dit vormt een risico voor de algehele voortgang van het project waarvoor de grond wordt verworven. Er kan immers niet geheel worden uitgesloten dat grondeigenaren eerst (met succes) als verweer voeren dat er geen noodzaak tot onteigening is in verband met een op handen zijnde deal om vervolgens – indien de onteigening is afgewend – hun hakken toch in het zand te steken. Wij verwachten

¹⁹ KB 30 augustus 2019, nr. 2019001666, Stcrt. 2019, nr. 52102 (Project Randweg Boekel).

²⁰ KB 21 januari 2019, nr. 2019000064, Stcrt. 2019, nr. 5352 (Project Zuidasdok).

²¹ KB 30 augustus 2019, nr. 2019001740, Stcrt. 2019, nr. 52727 (Dijktraject Gameren).

²² KB 18 juni 2019, nr. 2019001169, Stcrt. 2019, nr. 35688 (Onteigening verbreding N366).

²³ KB 30 augustus 2019, nr. 2019001666, Stcrt. 2019, nr. 52102 (Project Randweg Boekel).

²⁴ Zie bijvoorbeeld: KB 21 maart 2018, nr. 2018000514, Stcrt. 2018, nr. 18733 (rijksweg A16).

Kroniek onteigeningsrecht 2019

dat sommige overheden vanuit strategisch oogpunt ervoor zullen kiezen om de percelen zekerheidshalve ter onteigening aan te wijzen. Er zijn dan namelijk twee scenario's denkbaar: ofwel er wordt alsnog geleverd waardoor de procedure bij de rechtbank niet meer nodig is, ofwel partijen bereiken toch geen definitieve overeenstemming. In die laatste situatie zou de onteigenaar ter zitting bij de rechtbank kunnen aanvoeren dat de omstandigheid dat partijen er op dat moment nog steeds niet uit zijn, aantoont dat partijen er ten tijde van het nemen van de onteigeningsbeschikking niet 'bijna uit waren'.

2.3.2. Noodzaak tot onteigening: zelfrealisatieverweer

In de afgelopen kroniekperiode is ook weer enkele keren het verweer gevoerd dat de noodzaak tot onteigening ontbrak, omdat de grondeigenaar bereid en in staat was om de in het bestemmingsplan opgenomen ontwikkeling zelf te realiseren. De meeste van deze zogenoemde zelfrealisatieverweren zijn echter afgewezen, bijvoorbeeld omdat reclamant had nagelaten om een concreet plan in te dienen.²⁵ In een KB dat is geslagen ten behoeve van de onteigening van prostitutiepanden in Amsterdam slaagde het zelfrealisatieverweer echter wel.²⁶ De grondeigenaar had namelijk aangevoerd dat hij bereid en in staat was om het plan zelf uit te voeren en wel – na enig aarzelen – conform de eisen die het (nieuwe) bestemmingsplan daaraan stelde. Bovendien had de grondeigenaar een omgevingsvergunning aangevraagd en gekregen om enkele inwendige verbouwingen door te voeren waardoor het pand – in plaats van voor prostitutie – kon worden gebruikt voor wonen, kantoren of detailhandel. Tegen die achtergrond was er geen noodzaak om te onteigenen, aldus de Kroon.

Interessant is dat er in deze kwestie nog geen sprake was van een getekende zelfrealisatieovereenkomst. Dit had te maken met het feit dat de grondeigenaar niet akkoord wilde gaan met enkele door de gemeente Amsterdam gestelde voorwaarden, waaronder de verplichting om het pand bij verkoop eerst aan te bieden aan de gemeente Amsterdam. Zulks achtte de Kroon echter niet problematisch, omdat de voorwaarden die partijen verdeeld hielden niet noodzakelijk waren om een tijdige verwezenlijking van het bestemmingsplan te garanderen.

2.3.3. Noodzaak tot onteigening: minder vergaand middel

In de kroniekperiode zijn er ook enkele grondeigenaren geweest die stelden dat onteigening een te zwaar middel was, omdat hetzelfde resultaat kon worden bereikt met een gedoogplicht. Dit verweer is echter telkens door de Kroon gepasseerd. De Kroon motiveert dit doorgaans door te wijzen op het feit dat een gedoogplicht – gelet op de omstandigheden van het geval – onvoldoende waarborgen biedt voor de verzoeker om onteigening. Zo werd in een KB dat is geslagen ten behoeve van het dijktraject Gameren overwogen dat het waterschap de eigendom van de grond nodig had – en dus niet genoeg had aan een gedoogplicht – omdat zij ook onder meer onderhoud moet kunnen uitvoeren²⁷. In een ander KB benadrukte de Kroon dat het werk, dat onder meer bestond uit het slopen van een oude windturbine, überhaupt niet mogelijk kon worden gemaakt met een gedoogplicht op basis van de Belemmeringenwet Privaatrecht.²⁸ Een dergelijke gedoogplicht is volgens de Kroon namelijk alleen mogelijk voor de aanleg en instandhouding van openbare werken en ziet niet op de verwijdering daarvan.

²⁵ KB 30 augustus 2019, nr. 2019001739, Stcrt. 2019, nr. 52097 (Onteigeningsplan bestemmingsplan Buitengebied 2016 Zeewolde).

²⁶ KB 20 maart 2019, nr. 2019000565, Stcrt. 2019, nr. 18374 (Raambordelen Binnenstad II).

²⁷ Zie KB 3 juli 2019, nr. 2019001316, Stcrt. 2019, nr. 40766 (Dijktraject Gameren).

²⁸ KB 30 augustus 2019, nr. 2019001739, Stcrt. 2019, nr. 52097 (Onteigeningsplan bestemmingsplan Buitengebied 2016 Zeewolde).

Kroniek onteigeningsrecht 2019

2.4. Publiek belang

De Kroon toetst ook of de onteigening het publiek belang dient. Een onteigening is – zo volgt uit oudere KB's – niet in het publiek belang als het werk waarvoor wordt onteigend tot doel heeft om één specifieke private partij te bevoordelen.²⁹ Grondeigenaren klagen met enige regelmaat dat een onteigening een privaat belang dient, maar vinden zelden gehoor bij de Kroon. Het KB inzake het bedrijventerrein TPN Klaver vormt daarop geen uitzondering, ondanks het feit dat de onteigening van het bewuste perceel naar ons oordeel in ieder geval deels het belang van een specifieke onderneming leek te dienen.³⁰ De onteigening van het perceel was namelijk nodig zodat een naast dat perceel gelegen bedrijf zou kunnen uitbreiden. Desalniettemin oordeelde de Kroon dat er werd voldaan aan het vereiste van publiek belang. Dit lichtte de Kroon toe door te stellen dat de onteigening – meer in algemene zin – zou bijdragen aan de ontwikkeling van het bedrijventerrein in Venlo, hetgeen in het publiek belang is. Vervolgens werd benadrukt dat de omstandigheid dat er ook een particulier belang zou worden gediend inherent is aan de realisatie van een bestemmingsplan.

2.5. Algemene ontwikkelingen

Als wij alle KB's bekijken, dan valt ons twee dingen op. Om te beginnen zijn er relatief weinig verzoeken ingediend om gronden ter onteigening aan te wijzen om ter plaatse natuur te realiseren. Dit strookt met de conclusie van het Planbureau voor de leefomgeving dat provincies terughoudend zijn met het inzetten van het onteigeningsinstrument voor natuur.³¹ Uit het KB dat is geslagen ten behoeve van PAS-maatregel Lingebied en Diefdijk-Zuid volgt overigens dat dit juridisch gezien geen probleem is.³² Wij zijn benieuwd of er in de toekomst meer zal worden onteigend ten behoeve van natuur.

Een andere ontwikkeling die wij zien, is dat verzoekers om onteigening steeds vaker een onteigeningsverzoek indienen dat is gebaseerd op een globaal plan voor het werk waarvan op een later moment nog duidelijk wordt hoe het exact zal worden ingevuld. Dit houdt verband met de zogenoemde 'design and construct benadering', die erop neerkomt dat aan (private) inschrijvers wordt overgelaten hoe zij – binnen het geboden ruimtebeslag – het werk precies willen uitvoeren. In het ten behoeve van het project Zuidasdok geslagen KB was door de keuze voor design and construct nog onduidelijk of een fly-over zou worden ondersteund door een pijler of door een kolom. Ook kon het werk nog 1 meter hoger of lager of 2 meter naar weerszijden worden verplaatst op basis van de uitmeet- en flexibiliteitsbepalingen uit het tracébesluit.³³ Dit vond de Kroon geen probleem. Er lijkt wel – zij het redelijk impliciet – als voorwaarde te worden gesteld dat het ruimtebeslag geen wijziging mag ondergaan.

Wij menen overigens dat ten tijde van de schadebegroting door rechtbankdeskundigen wel duidelijk moet zijn hoe het werk exact zal worden uitgevoerd. Dit kan immers relevant zijn voor de begroting van de waardevermindering van het overblijvende die teweeg wordt gebracht door het werk zelf. In theorie zouden partijen ook met de rechtbankdeskundigen kunnen afspreken dat er – bij bestaande onduidelijkheid over de wijze van uitvoering – uit moet worden gegaan van een worstcasescenario voor wat betreft de afmetingen van het werk. Dit voorkomt dat de waardedaling te laag wordt begroot.

²⁹ KB 21 november 2017, nr. 2017002002, Stcrt. 2018, nr. 196 (Gennep); Zie ook: KB 14 mei 2018, nr. 2018000845, Stcrt. 2018, nr. 29031 (Onteigeningsplan De Bulders).

³⁰ KB 25 april 2019, nr. 2019000845, Stcrt. 2019, nr. 26674 (TPN Klaver).

³¹ Zie brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 21 maart 2017.

³² KB 23 januari 2020, nr. 2020000137, Stcrt. 2020, nr. 9076 (Onteigeningsplan PAS-maatregel Lingebied en Diefdijk-Zuid).

³³ KB 21 januari 2019, nr. 2019000064, Stcrt. 2019, nr. 5352 (Project Zuidasdok). H.X. Botter was betrokken bij dit project.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

3. Gerechtelijke procedure

3.1 Procesrechtelijke jurisprudentie

3.1.1 Vooruitlopend op onteigening grond inleveren?

Met beperkte regelmaat komt het voor dat een onteigenaar in kort geding tracht om de te onteigenen grond vooruitlopend op een onteigeningsvonnis in volle eigendom te krijgen. In 2019 is dit tweemaal voorgekomen met een voor de onteigenaar teleurstellend resultaat. In een vonnis van 17 april 2019 oordeelt de voorzieningenrechter te Rotterdam dat, in het betreffende geval, de publiekrechtelijke onteigeningsprocedure voor de onteigenaar de aangewezen juridische weg is om te bewerkstelligen dat deze een perceel vrij van beperkte rechten in eigendom krijgt.³⁴ De Staat wenste in die zaak een zakelijk recht te beëindigen om een werk te verwezenlijken en volgens de voorzieningenrechter voorziet de onteigeningswet daarin bij uitstek. Bovendien biedt de onteigeningswet voor de eigenaar of beperkt gerechtigde die onteigend zal worden, belangrijke waarborgen. De Staat is de onteigeningsweg ook ingeslagen maar heeft die verder, om onduidelijke redenen, niet vervolgd. De voorzieningenrechter overweegt dat het feit dat de onteigeningsprocedure uitsluitend als een uiterst redmiddel geldt, zoals de Staat betoogt (en die daarom in dit geval niet geschikt zou zijn, zo begrijpen wij), niet kan worden gevolgd. De voorzieningenrechter oordeelt dat er een koninklijk besluit voorhanden is en dat op het moment van de totstandkoming van het koninklijk titelbesluit het nut, de noodzaak en het urgente en publiek belang van de voorgenomen onteigening is komen vast te staan. Na de totstandkoming van dat besluit kon de Staat aan de gedaagde een dagvaarding doen betekenen voor de gerechtelijke onteigeningsprocedure. Die procedure is bedoeld om te leiden tot het wijzen van een vonnis waarin de onteigening wordt uitgesproken en de hoogte van de schadeloosstelling wordt bepaald. Door inschrijving van het onteigeningsvonnis komen vervolgens alle op de te onteigenen onroerende zaak rustende privaatrechtelijke rechten/lasten die zijn afgeleid van het eigendomsrecht te vervallen, de zogenoemde titel zuiverende werking van het onteigeningsvonnis. En deze titelzuivering is nu precies wat de Staat beoogt te bereiken.

De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde in een vonnis van 27 juni 2019 in lijn met het hiervoor besproken vonnis.³⁵ ProRail wees in de betreffende kwestie op het algemeen belang dat wordt gediend met spoedige uitvoering van de werkzaamheden aan een tracé. Daarnaast wees ProRail op de contractuele verplichtingen die zij jegens de aannemer is aangegaan, de financiële consequenties voor haar indien verbintenissen niet worden nagekomen en de noodzaak van de aanleg van een kostbare damwand (en dus extra kosten) indien zijn niet op korte termijn over de strook grond kan beschikken. Het recht van de gedaagde om in beginsel over zijn eigendom te kunnen beschikken zoals het hem goedddunkt prevaleert volgens de voorzieningenrechter boven de belangen die ProRail benoemt en die alle zonder meer als gerechtvaardigd moeten worden beschouwd. Onteigening van het perceel lijkt weliswaar aanstaande, maar het voert te ver daar reeds nu op voor te sorteren en voorbij te gaan aan de voor gedaagde met relevante waarborgen omklede onteigeningsprocedure, aldus de voorzieningenrechter. Een vergelijking met Rechtbank Arnhem 22 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6425 en Rechtbank Limburg, 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8580

³⁴ Rb. Rotterdam 17 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4305.

³⁵ Rb. Noord-Nederland, 27 juni 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2784, H.X. Botter was als advocaat van ProRail betrokken bij deze zaak.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

(waarin de vorderingen slaagden) gaat – zo oordeelt de voorzieningenrechter – mank. In die procedures werden tot ontruiming strekkende vorderingen reeds voor het moment van onteigenen toegewezen, echter bevond het traject van onteigening zich in een aanzienlijk verder gevorderd stadium. Er lag een Koninklijk Besluit, er was een bodemprocedure aanhangig gemaakt en in deze procedures was inmiddels vonnis gewezen.

3.1.2. Artikel 22 Rechtsvordering

Op grond van artikel 2 onteigeningswet is artikel 22 Rechtsvordering (Rv) van toepassing in het onteigeningsgeding. Artikel 22 Rv schrijft voor dat de rechter partijen of een van hen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, weigeren of de rechter mededelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de toelichting onderscheidenlijk de bescheiden. De rechter beslist dan of de weigering onderscheidenlijk de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. Indien de rechter beslist dat de weigering onderscheidenlijk de beperking niet gerechtvaardigd is, kan hij daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

Teneinde in een procedure een voorlopig oordeel over de schadeloosstelling te kunnen geven, hebben de deskundigen in een bij de Rechtbank Den Haag aanhangige zaak na de vervroegde opneming onder meer de gemeente gevraagd bepaalde stukken te overleggen.³⁶ Vervolgens heeft de gemeente de gevraagde stukken deels overgelegd en deels niet vanwege het vertrouwelijke karakter van diverse stukken. Tegen het voorstel van de gemeente dat alleen de deskundigen en de rechtbank van deze stukken mogen kennisnemen, kwamen de verweerders in verzet. Zij stelden voor dat de deskundigen de rechtbank zouden vragen de gemeente te bevelen de stukken over te leggen. Zo geschiedde. Daartoe door de rechtbank verzocht hebben deskundigen hun informatieverzoek aan de gemeente nader toegelicht. Kennisneming van de opgevraagde stukken was van belang om de waarde van het te onteigenen perceel te kunnen bepalen en zonder die stukken, die met name zien op door de gemeente met marktpartijen gemaakte afspraken over de waarde van in het betreffende gebied gelegen gronden, zullen de deskundigen – aldus deskundigen – voor de waardebepaling aangewezen zijn op aannames en inschattingen. In deze reactie van de deskundigen heeft de rechtbank aanleiding gezien de gemeente bij griffiersbrief te bevelen om de opgevraagde stukken aan de rechtbank en de deskundigen te overleggen. Daaraan voorafgaand dienden partijen zich uit te laten over de mogelijkheden geboden in de artikelen 22 lid 2 (kennisneming door alleen de rechter en deskundigen op grond van gewichtige redenen) en 28 lid 1 sub b Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (verbod mededelingen te doen aan derden omtrent de verkregen informatie). De gemeente voerde vervolgens als gewichtige reden aan dat openbaar maken van de gevraagde informatie haar economische en financiële belangen kan schaden. Ook voerde zij aan dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State reeds had geoordeeld dat het overzicht van kosten en dekking evenals de overige stukken onder de door de Wet openbaarheid bestuur (Wob) geboden uitzonderingen vallen en niet overgelegd behoeven te worden, indien daartoe een Wob-verzoek zou zijn gedaan. Daarnaast beriep de gemeente zich op geheimhoudingsbedingen van lopende overeenkomsten met derden. De rechtbank oordeelde na kennis te hebben genomen van de betreffende stukken dat beperking van de kennisneming (uitsluitend door de rechtbank en de deskundigen) niet gerechtvaardigd is. Daartoe overweegt de rechtbank dat voor de beantwoording van de vraag of er gewichtige redenen aanwezig zijn, blijkens vaste jurisprudentie (verwezen worden naar HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350) op zichzelf niet beslissend is of de rechter in het kader van een

³⁶ Rb. Den Haag 21 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:931.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

procedure op grond van de openbaarheid van bestuur de weigering om die gegevens openbaar te maken gegrond heeft of zou hebben geoordeeld. Het bestaan van een wettelijke verplichting tot geheimhouding is op zichzelf evenmin voldoende, zo oordeelt de rechtbank onder verwijzing naar HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421. Ook op grond van een contractuele verplichting tot geheimhouding tegenover een derde kan een partij zich niet onttrekken aan verzochte inzage stelt de rechtbank onder verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:939. Van gewichtige redenen kan aldus de rechtbank slechts sprake zijn indien in de concrete omstandigheden van het geval de belangen die worden beschermd door de gevraagde informatie niet te verstrekken, zwaarder wegen dan de belangen die met kennisneming van die informatie zijn gediend. Dit laatste is niet, althans onvoldoende, gebleken aldus de rechtbank. De rechtbank overweegt daarbij dat het gaat om een onteigeningsprocedure, waarbij de gemeente zich als overheidsinstantie in het openbaar belang bezittingen wenst toe te eigenen. De onteigende heeft belang bij het vaststellen van een reële prijs voor de te onteigenen grond waarbij recente ontwikkelingen over het prijsniveau kunnen worden meegewogen. De gemeente heeft geen concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat haar belang (het mogelijk schaden van haar financiële en economische belangen) opweegt tegen het belang van de onteigenden bij een voorlopig oordeel over de schadeloosstelling dat is gefundeerd op meer dan enkel aannames en inschattingen en tegen het belang van de waarheidsvinding. De rechtbank laat bij voornoemd oordeel meewegen dat de onteigende heeft aangeboden de van de gemeente te verkrijgen informatie vertrouwelijk te behandelen. Verder rekent de rechtbank de gemeente aan dat noch gesteld noch gebleken is dat de gemeente gebruik heeft gemaakt van de uitzondering in de contractuele geheimhoudingsclausules voor een wettelijke openbaringsverplichting die de gemeente ruimte biedt om van de contractuele geheimhoudingsverplichting te worden ontslagen.

3.1.3. Noodzaak tot onteigening - onderhandelen ex artikel 17 onteigeningswet



Zonder onderhandeling, is er geen noodzaak tot onteigening. Veel inhoudelijke verweren tegen onteigening zien (vaak tevergeefs) op dit onderdeel. In een kwestie die diende bij de Rechtbank Den Haag stelt de onteigende dat de gemeente tekort is geschoten in de naleving van haar verplichting zoals in artikel 17 OW genoemd.³⁷ Beide partijen hadden in de beoordeelde kwestie besloten om elk een eigen

³⁷ Rb Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:608.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

deskundige aan te dragen die samen een niet bindend advies zouden uitbrengen. In plaats van dit advies af te wachten deed de gemeente een laatste bieding en is het tot een advies van de deskundigen niet meer gekomen. Daarmee heeft de gemeente het traject afgebroken en geen kans gegeven en evenmin een volwaardig gespecificeerd aanbod gedaan, aldus de onteigende. De gemeente betwist dat zij zich in de periode tussen het KB en de dagvaarding onvoldoende heeft ingespannen om het perceel minnelijk te verwerven. Tussen de deskundigen is er overleg geweest en de gemeente heeft de bevindingen van de, naar wij aannemen door haar, ingeschakelde deskundige betrokken bij haar bieding. Het aanbod dat is gedaan is volgens de gemeente zorgvuldig opgesteld en onderbouwd met een taxatierapport. Anders dan de onteigende komt de rechtbank tot het oordeel dat de gemeente heeft voldaan aan haar verplichting zoals omschreven in artikel 17 OW. De gemeente heeft na het slaan van het KB ermee ingestemd dat ieder van partijen een deskundige zou aandragen en dat aan die deskundigen een niet bindend deskundigenadvies zou worden gevraagd. Deze twee deskundigen zijn samen aan de slag gegaan en hebben onderling overleg gevoerd. Volgens de rechtbank is door de onteigende niet, althans onvoldoende bestreden, dat de uitgangspunten van de twee deskundigen voor de waardering van het onteigende ver uit elkaar lagen. Toen de gemeente dit bekend werd heeft zij, kennelijk in de veronderstelling dat een gezamenlijk oordeel van de deskundigen niet te verwachten was, alsnog een laatste aanbod gedaan. Naar aanleiding daarvan is weer contact geweest tussen de deskundigen. Het aanbod van de gemeente is naar aanleiding van dit contact onderbouwd met een taxatierapport. Inhoudelijke bespreking van het aanbod van de gemeente bevestigt dat de uitgangspunten van partijen zeer ver uiteen liggen. De rechtbank constateert dat door de onteigende op het met het taxatierapport onderbouwde aanbod van de gemeente geen tegenbod is gedaan. Ook heeft de onteigende geen tegenrapport toegezonden. De onteigende heeft uitsluitend vastgehouden aan de telkens door hem genoemde waarde, een bedrag dat krap vijf keer hoger is dan het bedrag, dat door de gemeente, onderbouwd met een taxatierapport, was geboden. Alle hiervoor genoemde feiten en omstandigheden in aanmerking genomen is de rechtbank van oordeel dat de gemeente voldoende serieus te werk is gegaan bij haar pogingen om alsnog tot overeenstemming te komen over een minnelijke verwerving. Het feit dat partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen en eveneens het feit dat er ondanks een belofte tot overleg het niet meer tot een overleg is gekomen, doen daaraan niet af volgens de rechtbank. Daarbij neemt de rechtbank in acht dat de gemeente gerechtvaardigd mocht veronderstellen dat de kans dat partijen er samen uit zouden komen, verwaarloosbaar klein was, gelet op het verloop van de onderhandelingen in de periode tussen het KB en de dagvaarding, maar ook gezien de onderhandelingen voorafgaand aan het KB. De standpunten van partijen lagen te ver uiteen om een vergelijk mogelijk te maken. De rechtbank hecht verder belang aan het feit dat dit (de standpunten lagen ver uit elkaar) nog eens werd bevestigd tijdens de descente. Kort en goed: waar het op aankomt is of de onteigenaar op het moment van dagvaarden, er redelijkerwijs van uit mocht gaan dat er geen overeenstemming zou worden bereikt. Feiten van ná dat moment kunnen, zo kan geconstateerd worden, bijdragen aan het oordeel dat dit zo was.

Het gebeurt vaak dat onderhandelingen zich verder uitstrekken dan onderhandelingen over het onteigende; bijvoorbeeld over grondruil en/of aankoop van een geheel bedrijf. De vraag die dan kan rijzen is of er voldoende is onderhandeld over de verkrijging van louter het onteigende? Een dergelijke vraag speelde in een zaak waarin de Rechtbank Limburg op 10 juli 2019 vonnis wees.³⁸ Partijen hebben voor en na het definitief worden van het onteigeningsbesluit en voor het uitbrengen van de dagvaarding uitgebreid onderhandeld om te komen tot minnelijke verwerving van de betrokken perceelsgedeelten. In deze onderhandelingen is meermalen een schadevergoeding uitgedrukt in geld aangeboden en in die zin

³⁸ Rb. Limburg 10 juli 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9342.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

is – aldus de rechtbank – in ieder geval aan het formeel basisvereiste voldaan. Daarnaast is ook in inhoudelijke zin voldaan aan het voorschrift van artikel 17 OW nu er langdurig en veelvuldig is onderhandeld. Tussen partijen is in overwegende mate onderhandeld over andere wijzen om schadeloos te stellen, namelijk door het onderzoek van uitbreidingsmogelijkheden, wat in belangrijk mate is gebeurd op aangeven van de onteigende. Daarom kon de onteigende naar het oordeel van de rechtbank de onteigenaar niet verwijten dat deze niet of nauwelijks over alleen een geldbedrag voor het onteigende heeft onderhandeld. De rechtbank overweegt verder dat de onteigende ten onrechte lijkt te stellen dat de gemeente compensatiegrond dient aan te bieden. Dat is naar het oordeel van de rechtbank niet het geval, omdat (a) een aanbod voor de vergoeding van de werkelijke waarde dient te worden gedaan in geld en (b) het verlies van de uitbreidingsmogelijkheden op eigen terrein niet wordt veroorzaakt door de onteigening (dat wil zeggen: het verlies van de eigendom van de betrokken perceelsgedeelten) maar door het wijzigen van de bestemming van die perceelsgedeelten door het al in 2009 onherroepelijk geworden bestemmingsplan. Op grond van het verloop van de onderhandelingen oordeelt de rechtbank dat artikel 17 OW niet is geschonden. Ten overvloede – zo lijkt het – overweegt de rechtbank verder dat het niet zo is dat de gemeente niet zou kunnen of mogen vasthouden aan haar bod, zeker niet nu dit bod met taxatierapporten is onderbouwd en niet gezegd kan worden dat de gemeente een evident onredelijk bod op tafel heeft gelegd.

Lezenswaardig als het gaat om onderhandelen is de conclusie AG van 1 februari 2019. Daarin onderstreept de AG dat de omstandigheden van het geval bepalen of de poging van de onteigenende partij om er in der minne uit te komen, als redelijk kwalificeert.³⁹ Een aanbod dat zodanig laag is dat het niet serieus kan worden genomen of is gebaseerd op evident onhoudbare uitgangspunten, is, aldus de AG, niet redelijk te noemen. Hij plaatst daarbij twee kanttekeningen. Op de eerste plaats is volgens de AG van belang hetgeen tussen partijen naar aanleiding van het aanbod is besproken. Een redelijk en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 17 OW leidt ertoe dat de onteigenaar een kwalitatief discutabel aanbod niet telkens hoeft te verbeteren. De AG wijst in dit kader ook op de strekking van artikel 17 OW: het *zo mogelijk* vermijden van een gerechtelijke procedure. Als partijen in een serieuze gedachtewisseling tot de conclusie komen dat de tussen hen bestaande kloof onoverbrugbaar is en een onteigeningsprocedure onvermijdelijk, dan ligt het minder voor de hand om de onteigenaar op onvolkomenheden in het aanbod af te rekenen, aldus de AG. Op de tweede plaats wijst de AG erop dat niet werkbaar is dat de rechter bij een artikel 17 OW-verweer diepgaand onderzoek zou moeten doen naar de waarde van het onteigende, de uitgangspunten voor de schadeloosstelling en de hoogte van verschillende schadeposten. Enerzijds beschikt de rechter in de eerste fase van de vervroegde onteigening meestal nog niet over het (voorlopig) deskundigenoordeel en anderzijds is het processuele debat over de uitgangspunten en de hoogte van de schadeloosstelling nog niet voltooid. Volgens de AG kan er (in die eerste fase van de vervroegde onteigeningsprocedure) alleen worden gelet op hetgeen de rechter ook zonder deskundige voorlichting gemakkelijk behoort in te zien. De rechtbank achtte mede van belang in deze zaak dat uit de correspondentie en een gesprek met de adviseur van de onteigenden duidelijk was geworden dat tussen partijen een aanzienlijk verschil van mening bestond over de vraag of sprake was van waardevermindering van het overblijvende en over bijkomende schade. Dit laatste acht de AG niet onbegrijpelijk.

Interessante overwegingen over onderhandelen treft men ook aan in de conclusie AG van 6 september 2019 die leidde tot een arrest dat is afgedaan met artikel 81 RO.⁴⁰ In deze kwestie stelde de onteigende

³⁹ PHR 1 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:93, r.o. 3.7-3.9 (concl. W.L. Valk) en HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:401.

⁴⁰ PHR 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1111, r.o. 3.4-3.6 (concl. W.L. Valk) en HR 1 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1680.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

zich onder andere op het standpunt dat de onteigenaar niet voldoende had onderhandeld omdat deze het laatste aanbod niet had verhoogd in lijn met het binnen de aanvaardingstermijn uitgebrachte voorlopig deskundigenadvies waarin een hogere schadeloosstelling werd geadviseerd. De AG overweegt onder meer dat de enkele omstandigheid dat een voorlopig advies van deskundigen een hogere schadeloosstelling adviseert dan het aanbod inhoudt, onvoldoende grond vormt om te oordelen dat de onteigenaar niet serieus heeft onderhandeld. De AG zegt dat het 'uiteraard' zo is, eenvoudig omdat een onteigenaar niet gebonden is aan wat deskundigen adviseren. Dat geldt niet minder en eerder te meer waar het een voorlopig advies van deskundigen betreft. Het is het goed recht van de onteigenaar om te proberen deskundigen tot een nader advies in andere zin te bewegen en/of de onteigeningsrechter ervan te overtuigen dat deskundigen de plank hebben misgeslagen. Gelukt de onteigenaar dit niet, dan staat het hem vervolgens nog vrij om in cassatie zijn kansen te beproeven. Eerst wanneer een onherroepelijk rechterlijk oordeel over de schadeloosstelling voorligt, eindigt het recht van de onteigenaar om over de hoogte van de te vergoeden onteigeningsschade eigen gedachten te hebben, althans zich door zulke gedachten te laten leiden. De AG overweegt dat de ratio van art. 17 OW erin is gelegen te bevorderen dat het onteigende in der minne door de onteigenaar wordt verkregen. Dit betekent echter niet dat de onderhandelingsplicht van de onteigenaar een zodanige inhoud behoort te krijgen, dat afbreuk wordt gedaan aan diens recht op toegang tot de rechter. Een vervroegd deskundigenonderzoek kan weliswaar bijdragen aan minnelijke overeenstemming, maar een andersluidend (voorlopig) deskundigenadvies leidt er niet toe dat een onteigenaar zijn aanbod daarop dient aan te passen. Omtrent de omvang van het aanbod overweegt de AG dat een aanbod van de onteigenaar 'dat zodanig laag is dat het niet serieus kan worden genomen en/of van evident onhoudbare uitgangspunten voor de vaststelling van de schade uitgaat', niet beantwoordt aan art. 17 OW. Hetzelfde kan worden gezegd van het aanbod dat 'op voorhand als kennelijk onwerkkelijk en onredelijk kan worden aangemerkt'. Dat het (voorlopig) advies van de deskundigen van een (beduidend) hogere schadeloosstelling uitgaat dan het aanbod inhoudt en/of van andere uitgangspunten uitgaat, is op zichzelf echter nog geen grond om dit aan te nemen.

3.1.4. Noodzaak tot onteigening - zelfrealisatie

In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 23 januari 2019 stelt de onteigende dat de onteigening in strijd is met het gemeentelijk beleid zoals neergelegd in 'de ontwikkelstrategie'.⁴¹ De onteigende voert aan dat hij zelf graag, in overeenstemming met de ontwikkelstrategie van de gemeente, wilde participeren in de ontwikkeling en dat de onteigening dit doorkruist. De Afdeling had in de betreffende kwestie al geoordeeld dat er geen sprake was van strijd met de ontwikkelstrategie omdat er onder meer een aanbod tot grondruil was gedaan. De rechtbank constateert dat het verweer, een noodzaak-verweer betreft waarover de Kroon reeds heeft geoordeeld. Naar het oordeel van de rechtbank hebben zowel de Afdeling als de Kroon, gelet op de gegeven motivering (het gaat hier om een gebied met een infrastructurele bestemming), in redelijkheid kunnen besluiten om het verweer van de onteigende te passeren. De rechtbank komt aldus niet toe aan een zelfstandige beoordeling daarvan, reden waarom dit verweer (ook) in deze procedure niet kan slagen. Met het vorenstaande wordt maar weer een onderstreept dat men noodzaak-verweren niet te laat moet aanvoeren.

3.1.5 Noodzaak tot onteigening - grondruil

In de hiervoor reeds aangehaalde onteigeningskwestie bij de Rechtbank Den Haag van 23 januari 2019

⁴¹ Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:608.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

stelde de onteigende dat de wens bestond om door grondruil of een andere alternatieve oplossing onteigening te voorkomen. Daarover had overleg moeten worden gevoerd en dat zou ten onrechte niet zijn gebeurd zodat een noodzaak zou ontbreken. De rechtbank overweegt dat het verweer zich richt op de vraag of de Kroon in redelijkheid tot onteigening kon besluiten. Tussen partijen is er overleg geweest over het minnelijk verwerven van het perceel en daarbij mogen – aldus de rechtbank – de verwachtingen over en weer uit de voorgaande periode worden betrokken, evenals het feit dat de uitgangspunten van partijen ver uiteen liggen. Ook is over grondruil gesproken. De gemeente heeft echter gesteld, en dat is onvoldoende weersproken, dat de onteigende aan de gemeente kenbaar heeft gemaakt deze ruil niet als serieuze optie te zien. Verder is niet bestreden dat er geen ander ruilobject was. De Kroon heeft daarom, nu er is onderzocht of grondruil wellicht een mogelijkheid zou zijn, in redelijkheid kunnen besluiten tot onteigening, aldus de rechtbank.

3.1.6. Gebrek aan onteigeningstitel

De rechter heeft te beoordelen of een onteigening rechtmatig is. De Rechtbank Den Haag oordeelde op 23 januari 2019 in dat kader over het verweer dat er een gebrek kleefde aan de onteigeningstitel.⁴² Als gebrek werd opgevoerd dat aan het onteigeningsbesluit een bestemmingsplan ten grondslag lag dat ten onrechte was goedgekeurd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, omdat de Afdeling niet juist was voorgelicht door de gemeente. Omdat er een gebrek kleeft aan de uitspraak van de Afdeling, zou het onteigeningsbesluit niet rechtmatig is. Zonder een woord te wijden aan de (on)mogelijkheid tot herziening zoals opgenomen in artikel 8:119 Algemene wet bestuursrecht, gaat de rechtbank inhoudelijk in op de zaak en concludeert dat geen gebreken aan de uitspraak van de Afdeling kleven. Omdat geen gebrek kleeft aan de Afdelingsuitspraak heeft de Kroon in redelijkheid van deze uitspraak uit kunnen gaan en is er geen sprake van ongeldigheid van de onteigeningstitel, aldus de rechtbank.

De onteigende stelde verder dat de gemeenteraad niet juist was geïnformeerd over de onderhandelingen en dat daarom het verzoekbesluit niet deugde. Het college van burgemeester en wethouders zou op de hoogte zijn geweest van lopende onderhandelingen tussen de onteigende en (naar wij aannemen) een ontwikkelaar, maar zou hebben nagelaten om hierover aan de gemeenteraad mededeling te doen. Als gevolg daarvan kon de gemeenteraad geen zorgvuldige belangenafweging maken, aldus de onteigende. Zij was immers niet op de hoogte van alle relevante feiten. Als de gemeenteraad op de hoogte was geweest van de onderhandelingen dan had zij geweten dat zij, indachtig het participatiebeleid, de ontwikkeling waarop de onteigening zag aan de markt kon overlaten en had zij niet tot onteigening besloten, aldus de onteigende. De rechtbank vat dit verweer op als een verweer tegen de rechtmatigheid van de onteigeningstitel. Indien het onteigeningsbesluit van de gemeenteraad onrechtmatig zou zijn, dan zou deze gestelde onrechtmatigheid de rechtmatigheid van de onteigeningstitel raken, aldus de rechtbank. Zo ver komt het echter niet. Het verweer slaagt niet. Redengevend daarvoor is op de eerste plaats dat het op de weg van de onteigende lag om zelf de gemeenteraad over de gestelde onderhandelingen te informeren, nu het hier in wezen een zelfrealisatieverweer betrof. Hiervoor heeft de onteigende voldoende mogelijkheden gehad, aldus de rechtbank. In de tweede plaats kón het college volgens de rechtbank de raad niet informeren, omdat het voor het college (te) onduidelijk was wat de rechtsverhouding tussen de onteigende en de ontwikkelaar was en in welke fase de onderhandelingen zich bevonden.

⁴² Rb. Den Haag 23 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:608.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

3.1.7. Afwijkende termijnen onteigeningswet

De onteigeningsprocedure wijkt op onderdelen af van het commune procesrecht, hetgeen noopt tot oplettendheid zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad van 19 juli 2019.⁴³ Uit artikel 52, artikel 53 en artikel 54 I van de onteigeningswet volgt dat in een onteigeningszaak binnen twee weken na het verkrijgen van een vonnis cassatie moet worden aangetekend door middel van een cassatieverklaring en dat vervolgens binnen zes weken – of bij een vonnis waarin vervroegd de onteigening is uitgesproken binnen twee weken – die cassatieverklaring met een uiteenzetting van de gronden waarop het cassatieberoep berust (de procesinleiding) en het oproepingsbericht, bezorgd of betekend moet worden aan de wederpartij. Daaraan wordt strikt de hand gehouden, zo blijkt in dit arrest. De gemeente heeft binnen de termijn van twee weken na de uitspraak de cassatieverklaring afgelegd en in vervolg daarop tijdig binnen de termijn van zes weken, een procesinleiding ingediend. Eerst een week later heeft de gemeente de cassatieverklaring, de procesinleiding en het oproepingsbericht van de griffier laten betekenen aan de onteigenden en dat is te laat. De Hoge Raad oordeelt ambtshalve dat een mededeling en toezending van een kopie van de cassatieverklaring en een kopie van de brief aan de Hoge Raad met de procesinleiding (de aanbiedingsbrief) binnen de termijn, gevolgd door bezorging van alle stukken na afloop van de termijn, niet volstaat. Het oproepingsbericht van de griffier kan overigens eventueel later gezonden worden indien dit niet tijdig is afgegeven.⁴⁴

3.1.8. Artikel 61 onteigeningswet is geen onteigeningsprocedure

In een arrest van 17 mei 2019 maakt de Hoge Raad duidelijk dat de op artikel 61 van de onteigeningswet gebaseerde vordering, een normale civiele vordering is.⁴⁵ Dat is van belang omdat daarmee ook artikel 50 van de onteigeningswet buiten toepassing blijft en de onteigende partij geen aanspraak kan maken op een vergoeding van de kosten voor rechtskundige en deskundige bijstand. Het feit dat geen sprake is van een onteigeningsprocedure brengt verder mee dat de rechter niet zelfstandig onderzoekt of sprake is van een reden tot toekenning van een naar billijkheid vast te stellen schadeloosstelling, zoals dat in een onteigeningsprocedure wel het geval is. Men moet actief feiten en (bijkomende) omstandigheden stellen die grondslag kunnen vormen voor een naar billijkheid te bepalen schadeloosstelling.

3.1.9. Belemmeringen uit exploitatieplan belemmering voor onteigening?

In een conclusie AG van 10 mei 2019, die heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2019 waarbij de zaak op grond van artikel 81 lid 1 RO is afgedaan, zijn lezenswaardige overwegingen opgetekend over de verhouding tussen onteigening en een exploitatieplan.⁴⁶ De AG overweegt dat, anders dan het bestemmingsplan, het exploitatieplan in de onteigeningswet niet wordt genoemd. Volgens de bekende Handreiking Administratieve Onteigeningsprocedure is het exploitatieplan in de administratieve fase van betekenis in verband met de mogelijkheid dat een particuliere eigenaar een beroep doet op zelfrealisatie, omdat de Kroon dan onder meer zal dienen te beoordelen of de door de eigenaar voorgenomen wijze van uitvoering overeenstemt met de eisen die het exploitatieplan bevat. Afgezien hiervan legt de Handreiking geen verband tussen de door de Kroon uit te voeren toetsing en het exploitatieplan. De veronderstelling van het cassatiemiddel is dat ook afgezien van de beoordeling

⁴³ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1246, NJ 2019/376, m.nt. E.W.J. de Groot.

⁴⁴ Zo volgt uit HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2161, NJ 2018/467.

⁴⁵ HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:757, NJ 2019/375, m.nt. E.W.J. de Groot.

⁴⁶ PHR 10 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:487 (concl. W.L. Valk) en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1045.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

van een beroep op zelfrealisatie, zulk een verband er wél is. De AG overweegt dat dit hem niet onjuist voorkomt. Indien de uitvoering van het plan waarvoor onteigend wordt, niet mogelijk is omdat de voor die uitvoering benodigde vergunningen niet kunnen worden verleend omdat een exploitatieplan daaraan in de weg staat, raakt dat de noodzaak van onteigening. Uit een plan dat niet uitvoerbaar is, kan de noodzaak van onteigening, aldus de AG uiteraard niet voortvloeien. Het gaat de AG echter veel te ver om in iedere strijdigheid met een exploitatieplan een beslissend argument te zien om aan te nemen dat er geen noodzaak tot onteigening is. De reden daarvoor is dat het mogelijk is om ten minste jaarlijks een exploitatieplan te herzien zodat een daarin gelegen belemmering om een werk uit te voeren, kan worden opgeheven. Daarom draagt niet iedere strijdigheid met een exploitatieplan hetzelfde karakter, aldus de AG. Hij overweegt dat als er sprake is van locatie-eisen die aan vergunningverlening in de weg staan, men kan zeggen dat de overheid kennelijk niet goed weet wat zij wil. Het oordeel dat de noodzaak tot onteigening ontbreekt zolang de bedoelde strijdigheid niet is opgeheven doordat alsnog in de diverse overheidsplannen (onteigeningsplan, bestemmingsplan en exploitatieplan) overeenstemmende keuzes worden gemaakt, lijkt de AG in dat geval gemakkelijk voorstelbaar. Indien daarentegen uitsluitend vertraging in de grondexploitatie – zoals in de te beoordelen kwestie – de oorzaak van de strijdigheid is, in die zin dat het tijdvak waarbinnen de exploitatie volgens het plan zal plaatsvinden reeds is verlopen (of zál verlopen voordat het plan waarvoor onteigend wordt, zal worden uitgevoerd), dan is dat, aldus de AG geen grond om de noodzaak tot onteigening te ontkennen. Het spreekt in dat geval immers vanzelf dat die strijdigheid bij gelegenheid van de herziening van het exploitatieplan zal worden geredresseerd. In de omstandigheid dat de termijn voor het bouwrijp maken van de grond in het exploitatieplan is verlopen, heeft de rechtbank daarom terecht geen aanleiding gezien om aan te nemen dat de onteigening in strijd is met het recht. Het oordeel van de rechtbank moet aldus worden begrepen dat ervan uit kan worden gegaan dat de strijdigheid met het exploitatieplan bij een spoedig te verwachten herziening van het exploitatieplan zal worden opgeheven. Gelet op dat uitgangspunt kan, aldus de AG, in de te beoordelen kwestie niet worden gezegd dat de onteigening niet (meer) geschiedt ten behoeve van het doel waarvoor volgens het onteigeningsbesluit onteigend wordt, noch dat onteigening niet (meer) geschiedt ter uitvoering van het bestemmingsplan.

AKD rust moment!

Neem even een moment voor jezelf!

Het is nogal een lap tekst tenslotte!



3.2. Materieel recht

3.2.1. Residuele berekening of vergelijkingstransacties?

In het arrest van 29 januari 2019 oordeelt het hof over de vraag of men moet uitgaan van voorhanden

Kroniek onteigeningsrecht 2019

zijnde vergelijkingstransacties en/of van een residuele berekening.⁴⁷ Tussen partijen (en deskundigen) bestond in de betreffende zaak verschil van inzicht over de vraag of de op grond van de vergelijkingsmethode geschatte waarde dient te worden gecorrigeerd aan de hand van de uitkomst van de residuele grondwaarde berekening. Het hof meent dat een dergelijke correctie niet passend is. Er zijn, aldus het hof, transacties voorhanden die naar het oordeel van deskundigen en van het hof voldoende vergelijkbaar zijn met de veronderstelde transactie in het vrije verkeer tussen de onteigende en de gemeente. In een dergelijk geval bestaat er naar het oordeel van het hof in het algemeen geen aanleiding de uitkomst van die vergelijking te corrigeren op basis van de residuele grondwaardeberekening. Daarbij neemt het hof in acht dat deskundigen hebben aangegeven dat de uitkomst van een residuele berekening in hoge mate afhankelijk is van tal van veronderstellingen die aan de berekening ten grondslag worden gelegd en dat kleine nuances in één of meer van die veronderstellingen, tot grote fluctuaties in uitkomst kunnen leiden. Dit betekent, aldus het hof, dat ook als een residuele grondwaardeberekening met de grootst mogelijke deskundigheid en zorgvuldigheid wordt uitgevoerd – en het hof gaat er zonder meer van uit dat deskundigen dat hebben gedaan – de uitkomsten van die methode onvoldoende betrouwbaar zijn om op grond daarvan het resultaat van de vergelijkingsmethode in de te beoordelen kwestie aan te passen, althans in dit geval.

3.2.2. Vergelijkingstransacties en correctie verschillen in oppervlakte

In de bekende zaak Hoog Dalem werd een grote oppervlakte (ruim 23 ha) onteigend. De onteigenaar stelde dat men bij onteigening moest uitgaan van verkoop en aankoop van de hele kavel en dat daarom – mede gezien de problemen om zo'n grote aankoop te financieren – uitgegaan moest worden van een lagere waarde.⁴⁸ Het hof constateert ten eerste dat er diverse transacties in de nabijheid hebben plaatsgevonden die als in beginsel voldoende vergelijkbaar zijn te kwalificeren met een veronderstelde koop in het vrije verkeer tussen de onteigende en de gemeente. Vervolgens overweegt het hof dat de waarde van het onteigende op de voet van art. 40a OW moet worden bepaald op basis van een veronderstelde koop tussen de onteigende en de onteigenende partij in het vrije verkeer, dat wil zeggen met abstrahering van de dreiging die uitgaat van onteigening voor de verkoper en van de druk voor de onteigenende partij dat deze juist de onteigende grond nodig heeft. Daarbij moet er, aldus het hof, van uit worden gegaan dat de onteigenende overheid de aankoop (en de onteigening) kan betalen respectievelijk financieren. De mogelijke problemen die een particuliere ontwikkelaar bij de financiering van een dergelijke aankoop zou ondervinden, spelen – aldus wederom het hof – daarbij slechts in zoverre een rol, dat deze problemen de marktprijs voor de grond kunnen drukken. Aangezien partijen bij de in art. 40a OW veronderstelde transactie in het vrije verkeer een dergelijke lagere marktprijs in aanmerking zullen nemen, kunnen in de markt bestaande problemen met de financiering indirect tot gevolg hebben dat ook een overheidslichaam als de gemeente minder voor grond met een groot oppervlak wil betalen. Daar staat volgens het hof tegenover dat de problemen met de financiering van de verwerving van een groot stuk grond zouden kunnen worden weggenomen door verkoop aan meerdere partijen, hetzij in afzonderlijke transacties hetzij aan één entiteit (zoals een commanditaire vennootschap) waarin meerdere partijen onderling samenwerken. Op basis van hetgeen deskundigen ter zitting hebben aangevoerd acht het hof aannemelijk dat dergelijke transacties in de praktijk ook inderdaad plaatsvinden. De tegenwerping van de gemeente dat de onteigeningswet uitgaat van verkoop aan één koper gaat naar het oordeel van het hof niet op, nu de veronderstelde verkoop aan meerdere, al dan niet samenwerkende partijen, niet de verkoop is als bedoeld in art. 40b OW, maar een verkoop tussen marktpartijen waardoor de marktprijs

⁴⁷ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:158. E.W.J. de Groot is bij deze zaak als advocaat betrokken.

⁴⁸ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:158.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

voor grotere stukken grond wordt beïnvloed, welke marktprijs weer van invloed kan zijn op de wel in artikel 40b OW veronderstelde verkoop door de onteigende aan de gemeente. Het hof acht op grond van het voorgaande – zelfstandig oordelend en dus zonder dat deskundigen daarover een advies hebben uitgebracht – aannemelijk dat op de peildatum een stuk grond met een oppervlak als dat van de onteigende wat minder makkelijk in de markt lag dan de aanzienlijk kleinere vergelijkingstransacties. Daarom is er volgens het hof aanleiding voor een reductie op de in de vergelijkingstransacties gerealiseerde prijzen. Een grote reductie is dit echter niet zo oordeelt het Hof, want ook indien financiering door één partij niet mogelijk zou blijken te zijn vanwege de omvang van het te verwerven perceel, kunnen marktpartijen in beginsel terugvallen op verwerving door een samenwerkingsverband van ontwikkelaars. Het prijsdrukkend effect wordt daarom volgens het hof alleen bepaald door de extra inspanningen en kosten in verband met het opzetten en uitvoeren van een dergelijk samenwerkingsverband. Met deze redenering komt het hof (alsnog) uit op de door deskundigen geadviseerde waarde gebaseerd op de residuele waardeberekening. Verkeerde methode, maar uitkomst omarmd.

3.2.3. Kosten na peildatum vallen hoger uit

In onteigeningzaken wordt de schadeloosstelling vastgesteld per peildatum. De vraag die daarbij kan rijzen: moet (lees *moet* en dus niet *mag*) men rekening houden met gegevens die pas nadien beschikbaar komen? Het Hof Den Haag beantwoordt deze vraag bevestigend.⁴⁹ Deskundigen hadden geoordeeld dat een aanvankelijk door de onteigenaar genoemd bedrag (dat na peildatum hoger bleek uit te vallen) geduid kon worden als een redelijke schatting voor de kosten van sanering van de in het onteigende aangetroffen verontreiniging. Volgens deskundigen zou een redelijk handelend koper met dat bedrag rekening houden. Het hof oordeelt – in navolging van deskundigen – dat het feit dat na de peildatum is gebleken dat de aanvankelijke bedrag te laag was geraamd, niet betekent dat bij de bepaling van de waarde van het onteigende met deze hogere kosten rekening zou moeten worden gehouden. Het hof neemt daarbij in acht dat deskundigen het bedrag aan (vooraf geschatte) saneringskosten, vergelijkbaar hebben geacht met de vervuiling waarmee ten aanzien van vergelijkingstransacties rekening werd gehouden. Het hof overweegt dat de omstandigheid dat is gebleken dat de kosten van sanering later (ver na de peildatum) hoger zijn uitgevallen geen drukkend effect heeft op de waarde van het onteigende, aangezien een redelijk koper daarmee op de peildatum geen rekening zou hebben gehouden.

⁴⁹ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:158.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

3.2.4. Baatafroming



Artikel 40e van de onteigeningswet schrijft voor dat bij het bepalen van de werkelijke waarde van een zaak de prijs wordt verminderd of vermeerderd met voordelen of nadelen ten gevolge van bestemmingen die door het werk waarvoor onteigend wordt, tot uitvoering komen en bestemmingen, voor de feitelijke handhaving waarvan onteigend wordt. Dit is aan de orde voor zover deze voordelen of nadelen ook na toepassing van artikel 40d redelijkerwijze niet of niet geheel ten bate of ten laste van de onteigende behoren te blijven. In de zaak Hoog Dalem waarin de gemeente eerst pleitte voor toepassing van artikel 40 c (eliminieren) stelde de gemeente na verwijzing dat (een deel van) het voordeel dat de onteigende genoot als gevolg van de gewijzigde (niet geëlimineerde) woningbouwbestemming moest worden 'afgeroomd'. In een tussenarrest had het hof daarover geoordeeld:

“(i) dat het enkele feit dat de onteigende profiteert van de waardestijging die door het bestemmingsplan is veroorzaakt, onvoldoende is om deze waardevermeerdering af te romen, omdat dit onverenigbaar zou zijn met het beginsel dat een op het onteigende rustende bestemming in beginsel niet wordt geëlimineerd; (ii) uit de wetsgeschiedenis van art. 40e OW afgeleid kan worden dat voor baatafroming slechts plaats is in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met omstandigheden waarin planschade (als destijds voorzien in art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening en thans in art. 6.1 Wet ruimtelijke ordening) kan worden toegekend, maar dan spiegelbeeldig toegepast; (iii) dat een waardevermeerdering die in de lijn der verwachting ligt in beginsel niet kan worden afgeroomd; (iv) dat art. 40e OW ook toepassing kan vinden indien het onteigende geen deel uitmaakt van een complex.”

Voortbordurend op voormeld oordeel uit het tussenarrest oordeelt het hof in het eindarrest dat deskundigen aan de hand van historisch onderzoek overtuigend hebben beargumenteerd waarom uitbreiding van de bestemming wonen in de richting van het onteigende in de lijn der verwachting lag (lees de situatie als bedoeld onder iii doet zich voor).⁵⁰ De omstandigheid dat de gemeente een voorkeur had voor uitbreiding in andere richting en door de provincie gedwongen zou zijn om in oostelijke richting uit te breiden, doet daar niet aan af. Die omstandigheid betekent immers, aldus het hof, niet dat het niet

⁵⁰ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:158.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

voor de hand lag dat de provincie die voorkeursvariant zou beletten ter bescherming van de provinciale ecologische hoofdstructuur en het Groene Hart, met als gevolg dat de gemeente (alsnog) gedwongen zou zijn om in de oostelijke richting uit te breiden. Voor het overige is het hof niet van zodanig (bijzondere) omstandigheden gebleken dat afroming in dit geval gerechtvaardigd zou zijn. Er is dus geen aanleiding voor afroming van (een deel van) de aan de onteigende toekomende waarde van het onteigende, aldus het hof.

3.2.5. Vereenzelviging

Op grond van de onteigeningswet hebben de onteigende en de in artikel 3 van die wet aangewezen belanghebbenden een positie in het onteigeningsgeding en kunnen zij aldus aanspraak maken op schadeloosstelling. Soms komt het voor dat er partijen zijn die niet tot de in artikel 3 genoemde belanghebbenden behoren, maar die toch schade leiden. Soms wordt dat probleem opgelost doordat de onteigende een schadeloosstelling krijgt voor de door deze 'derden' geleden schade die de onteigende aan hen af dient te dragen. Een dergelijke kwestie speelde voor de Rechtbank Gelderland.⁵¹ De rechtbank overweegt dat er reden is om in het geval een uitzondering op de hoofdregel aan te nemen (als je geen in de wet aangewezen belanghebbende bent, dan geen vergoeding) omdat de onteigende een boerderij samen met bijbehorende agrarische grond (waaronder het perceel waarvan het onteigende deel uitmaakt) heeft aangekocht en geleverd gekregen. Vanaf de levering aan de onteigende heeft een holding (waarvan de aandelen (middellijk) bij dezelfde persoon lagen) de exploitatie van boerderij ter hand genomen. Deze holding heeft investeringen in het bedrijf gedaan en het omgevormd naar een biologische boerderij. Daarbij diende de boerderij met name als marketinginstrument voor de holding. De holding betaalde geen vergoeding voor het gebruik van de gronden aan de onteigende. De onteigende en de holding leefden ten onrechte in de veronderstelling dat de gronden feitelijk behoorden tot het concern van de holding. Met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst in 2016 is (onder meer) afgesproken dat de door de onteigende te ontvangen koopsom voor het de gronden, waarvan een deel onteigend is, zou worden voldaan als agiostorting. In deze omstandigheden – met name de band tussen de onteigende en de holding, de jarenlange exploitatie van de grond door de holding zonder dat daar een vergoeding tegenover stond – moet de positie van de holding op één lijn worden gesteld met die van de juridisch eigenaar die de onteigende zaak voor eigen doeleinden aanwendt. De door de onteigeningswet verlangde volledige vergoeding van de schade die het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de eigendomsontneming omvat in het onderhavige geval daarom naar het oordeel van de rechtbank naar redelijkheid tevens een vergoeding van de bedrijfsschade van de holding. Er bestaat aldus de rechtbank geen goede grond deze schade voor rekening van holding te laten in plaats van voor rekening te laten komen van de gemeenschap wier belang met de onteigening is gediend. Daarom komt ook de door holding geleden schade die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening is, in aanmerking voor vergoeding aan de onteigende. Het oordeel van de rechtbank sluit aan bij de lijn en formulering van de Hoge Raad.⁵²

3.2.6. Afwijken deskundigenrapport

Volgens vaste rechtspraak dient de onteigeningsrechter zelfstandig te onderzoeken welke schadevergoeding aan de onteigende partij toekomt en is hij daarbij niet gebonden aan het advies van de

⁵¹ Rb. Gelderland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:964.

⁵² Zie onder meer HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1731.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

door de rechtbank zelf benoemde deskundigen.⁵³ Komt de onteigeningsrechter omtrent de schadeloosstelling tot andere inzichten dan de deskundigen, dan dient uit de motivering van de uitspraak te blijken waarom de rechter het advies van de deskundigen niet volgt. In de door de Hoge Raad in diens arrest van 8 maart 2019 te beoordelen kwestie was de rechtbank afgeweken van het oordeel van deskundigen.⁵⁴ De vraag was of dit oordeel door de beugel kon. De Hoge Raad oordeelt dat dit het geval is. Het handelde in de betreffende zaak om de grondwaarde voor een hotelcomplex. De waarde van het totale object – kort gezegd: het volledige hotelcomplex met omliggende gronden, waaronder het onteigende – was door de deskundigen getaxeerd op € 36.425.708,00. Na aftrek van de bouwkosten resteerde een grondwaarde van afgerond € 13.000.000,00. Vervolgens hebben de deskundigen die grondwaarde toegerekend aan diverse categorieën van grondgebruik, namelijk bouwblok/footprint, parkeren, ruwe parkeergrond, water en groenvoorziening. Het onteigende betreft volgens de taxatie van deskundigen 11.679 m² ruwe parkeergrond met een toegerekende waarde van € 147,50 per m² en 22.365 m² groenvoorzieningen met een toegerekende waarde van € 13,00 per m². De rechtbank heeft in rechtsoverweging 5.9.1 van haar eindvonnis de toegerekende waarde van het bouwblok (ook aangeduid als ‘footprint’) van 17.987 m² bvo vastgesteld op € 290 per m² bvo in plaats van de door de deskundigen getaxeerde € 245,00 per m² bvo. Het belang hiervan zal duidelijk zijn: waar de toegerekende waarde van het bouwblok toeneemt, resteert minder van de totale grondwaarde om toe te rekenen aan andere categorieën van grondgebruik, waaronder de categorieën waarbinnen het onteigende valt. Tegen deze beslissing richt het cassatiemiddel zich. De Hoge Raad constateert dat de rechtbank wat betreft de toerekening van de waarde van de grond aan het onteigende, toegespitst op de door de deskundigen onderscheiden onderdelen, enige aanknopingspunten zag in het verweer van de onteigenaar dat op de te onderscheiden onderdelen van een wat andere invulling zou moeten worden uitgegaan dan in het deskundigenadvies is gebeurd. De rechtbank motiveert vervolgens een hoge waarde voor de footprint door te wijzen op (a) de bijzondere, gunstige kenmerken van de locatie, (b) de aldaar aan te nemen huurwaarde van het hotelcomplex, die (c) met name dient te worden verbonden aan de goede exploitatiemogelijkheden van de vierkante meters van het bouwblok. De Hoge Raad constateert dat de rechtbank met de omstandigheden vermeld onder (b) en (c) respondeert op het argument dat de onteigenaar bij pleidooi naar voren heeft gebracht, inhoudende dat als de omzet van het hotel (ook) volgens de deskundigen bepalend is voor de waarde van de totale kavel, dit ook gevolgen moet hebben voor de waarde van de grond waarop die omzet feitelijk wordt gerealiseerd. Omdat de deskundigen de huurwaarde in de loop van de procedure hoger hadden begroot kon – aldus de Hoge Raad - de rechtbank oordelen dat die hogere huurwaarde met name diende te worden verbonden aan de goede exploitatiemogelijkheden van de vierkante meters van het bouwblok; waardoor de waarde van het onteigende dus daalde. In het licht van de vrijheid die aan de onteigeningsrechter toekomt en gelet op de stukken van het geding heeft de rechtbank haar oordeel over de waarde volgens de Hoge Raad aldus voldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het blijft toch enigszins wonderlijk dat op geen enkele wijze blijkt dat de rechtbank op dit onderdeel deskundigen bevestigd heeft. Dat lijkt ons toch wel het minste als het gaat om zulke ingrijpende beslissingen.

3.2.7. Schadeloosstelling op grond van artikel 61 OW

Op grond van artikel 61 lid 1 van de onteigeningswet dient het werk waarvoor onteigend wordt, gestart te worden binnen drie jaar nadat het onteigeningsvonnis kracht van gewijsde heeft gekregen. Als dat niet gebeurt, moet de onteigenaar het onteigende ter overneming (weer) aanbieden aan de onteigende. In de

⁵³ Zie onder meer HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5349.

⁵⁴ HR 8 maart 2019 ECLI:NL:HR:2019:315.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

een kwestie waarover de Hoge Raad oordeelde in een arrest van 17 mei 2019 was het werk niet in de genoemde periode gestart maar drie maanden later.⁵⁵ Omdat de onteigenaar het onteigende niet had aangeboden aan de onteigenden, hadden deze teruglevering gevorderd op grond van artikel 61 lid 3 van de onteigeningswet. Die vordering was afgewezen en die afwijzing staat in cassatie niet ter discussie. Waar het om draait is een subsidiaire vordering gebaseerd op artikel 61 lid 3 tot toekenning van een 'naar billijkheid te bepalen schadeloosstelling boven op de reeds ontvangen schadeloosstelling in de reeds afgeronde onteigeningsprocedures'. In de betreffende kwestie gaat het enerzijds om het karakter van de in artikel 61 lid 3 bedoelde naar billijkheid te bepalen schadeloosstelling. Anderzijds gaat het om de vraag welke omstandigheden in aanmerking genomen dienen te worden bij het bepalen van die schadeloosstelling. De Hoge Raad oordeelt omtrent het karakter van de vordering, dat de (dreiging van een te betalen) schadeloosstelling weliswaar is bedoeld als prikkel om ontijdige onteigening te voorkomen, maar dat dit niet betekent dat de vergoeding een punitief karakter heeft. Omtrent de billijke schadeloosstelling oordeelt de Hoge Raad dat acht geslagen moet worden op alle omstandigheden van het geval. Volgens de Hoge Raad ligt in de overwegingen van het hof besloten dat het hof de overschrijding van de termijn zo gering heeft geoordeeld dat er geen aanleiding was voor het toekennen van enige vergoeding, ook niet gezien de strekking gelegen in de 'prikkefunctie' van artikel 61 lid 3 onteigeningswet. Omdat voornoemd oordeel zozeer verweven is met de feiten kan het in cassatie niet op onjuistheid worden onderzocht en onbegrijpelijk is het oordeel ook niet aldus de Hoge Raad.

3.2.8. Eliminatie

In een arrest van 19 juli 2019 verduidelijkt de Hoge Raad hoe de eliminatieregel zoals neergelegd in artikel 40 c van de onteigeningswet moet worden uitgelegd.⁵⁶ De eliminatieregel houdt kort gezegd in dat er bij het bepalen van de onteigeningsschadeloosstelling geen rekening wordt gehouden met de voor- en nadelen van het werk waarvoor onteigend wordt en de plannen voor dat werk. In beginsel wordt wel rekening gehouden met het bestemmingsplan dat het werk mogelijk maakt, tenzij het bestemmingsplan is gebaseerd op een concreet plan voor het werk en daarmee vereenzelvigd moet worden. De tekst van artikel 40 c aanhef onder 1 kent daarbij geen beperkingen. Het bereik van het artikel is in de tekst niet beperkt tot een bepaald soort werken. Artikel 40 c aanhef en onder 1 luidt aldus: *'Bij het bepalen van de schadeloosstelling wegens verlies van een onroerende zaak wordt geen rekening gehouden met voordelen of nadelen, teweeggebracht door het werk waarvoor onteigend wordt.'* De tekst van de wet brengt aldus mee dat in geval een gemeente of een provincie onteigent ten behoeve van woningbouw en de grond, na onteigening, bouwrijp verkoopt aan een private marktpartij die daarop een woonwijk (het werk) realiseert, bij het bepalen van de schadeloosstelling met de voordelen van dat werk geen rekening gehouden zou mogen worden. Consequentie van een letterlijke uitleg van de tekst is aldus dat de eigenaar van de onteigende grond niet de voordelen geniet van de bestemmingswijziging op diens grond. In het arrest Perkpolder van 15 januari 2016 oordeelde de Hoge Raad dat artikel 40 c aanhef onder 1 betrekking heeft op werken die tot stand worden gebracht voor rekening en risico van rechtspersonen als bedoeld in art. 2:1 lid 1 en 2 BW (overheidswerken)⁵⁷. Deze uitleg brengt mee dat in het beschreven geval, waarin de gemeente of de provincie weliswaar onteigent, maar het werk wordt gerealiseerd voor rekening en risico van een private partij, de eliminatieregel niet (integraal maar beperkt) van toepassing is. De voor- en nadelen van dat deel van het werk dat de private marktpartij voor eigen rekening en risico realiseert, wegen voor dat deel van het werk mee bij het bepalen van de schadeloosstelling. In het

⁵⁵ HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:757.

⁵⁶ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1246.

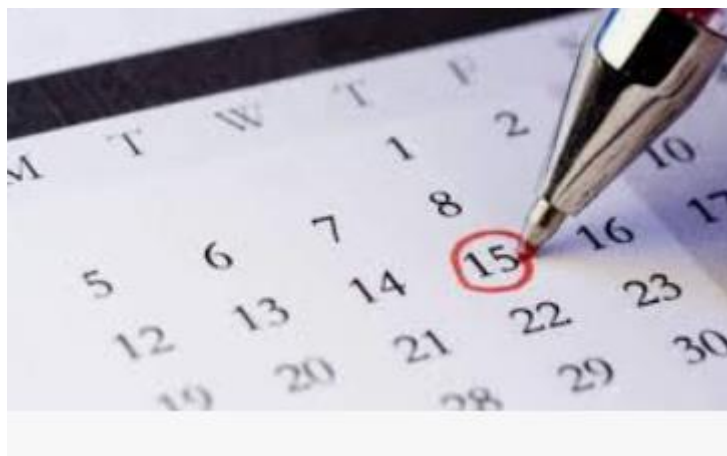
⁵⁷ HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:25, NJ 2016/397.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

voorbeeld voornoemd betekent dit dat het voordeel dat ontstaat door de bestemming woningbouw ten goede komt aan de onteigende; deze kan aanspraak maken op de waarde van de 'ruwe bouwgrond'. Gezien de formulering van het oordeel door de Hoge Raad in het arrest van Perkpolder rees in de praktijk de vraag: wat betekent het voorgaande voor het geval waarin er onteigend wordt door een private partij als bedoeld in artikel 1 van de onteigeningswet zoals bijvoorbeeld ProRail (niet zijnde een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2: 1 lid 1 of lid 2) ten behoeve van een spoorwegwerk en deze dat werk ook doet aanleggen? Geldt dan de eliminatieregels niet en moet bijgevolg in een dergelijk geval bij het bepalen van de schadeloosstelling rekening gehouden worden met de waardedrukkende invloed van het werk waarvoor onteigend wordt? In het arrest van 19 juli 2019 maakt de Hoge Raad duidelijk dat dit niet het geval is. Het arrest Perkpolder heeft volgens de Hoge Raad niet de strekking om (ook) in een dergelijk geval de werking van de eliminatieregels buiten toepassing te stellen. Het arrest Perkpolder moet, aldus de Hoge Raad, beperkt worden uitgelegd nu het ziet op een specifieke situatie. Het arrest heeft louter betrekking op de situatie dat het werk niet door de onteigende partij zelf wordt gerealiseerd, maar door een private partij. In een dergelijk geval moet – zo overweegt de Hoge Raad in bovenstaand arrest – artikel 40 c aanhef onder 1 beperkt worden uitgelegd en wel aldus dat in dergelijk geval eliminatie alleen (ook dan) kan plaatsvinden als die private partij het werk geheel voor rekening en risico van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2 lid 1 en 2 BW uitvoert. Het voorgaande betekent dat, ongeacht wie er van de onteigeningswet benoemde partijen onteigent, de voor- en nadelen van het werk waarvoor onteigend wordt bij het bepalen van de schadeloosstelling buiten beschouwing blijven en dat die regel vooralsnog in één geval beperkt uitgelegd moet worden. Die beperking doet zich voor als de onteigende partij het werk waarvoor onteigend wordt niet zelf realiseert, maar een private marktpartij dat doet én deze private partij dat geheel of deels voor eigen rekening en risico doet. In een dergelijk geval 'elimineert men' de voordelen van dat (private) werk niet.

3.2.9. Peildatum

Artikel 40 a OW brengt mee dat de schadeloosstelling moet worden bepaald per datum dat het onteigeningsvonnis wordt ingeschreven (de peildatum). Soms wordt daarvan afgeweken.



Kroniek onteigeningsrecht 2019

Een voorbeeld van een afwijking vormt het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 28 augustus 2019.⁵⁸ De rechtbank overweegt dat afwijken volgens de Hoge Raad is toegestaan wanneer onteigenaar en onteigende hebben afgesproken dat de onteigenaar de te onteigenen gronden eerder in gebruik zal nemen.⁵⁹ Dat is in dit geval gebeurd. Vooruitlopend op de onteigening zijn, met toestemming over en weer, gronden voor de peildatum in gebruik genomen. Daarom wordt de datum van ingebruikneming in afwijking van het bepaalde in artikel 40a OW als peildatum genomen nemen.

3.2.10. Complex

In de kwestie Hoog Dalem is door de onteigenaar na verwijzing onder meer de vraag opgeworpen wat de omvang van het complex is.⁶⁰ Het hof omzeilt deze vraag en overweegt daartoe dat deskundigen de vraag welke omvang het complex heeft, onder ogen hebben gezien in verband met de residuele grondwaardeberekening. Het hof constateert daarbij dat uit het deskundigenrapport niet blijkt dat de omvang van het complex van belang is voor de waarde van het onteigende zoals vastgesteld volgens de door deskundigen eveneens toegepaste vergelijkingsmethode. Aangezien het hof niet de uitkomst van de residuele grondwaardeberekening (mede) aan zijn oordeel ten grondslag legt, maar (uitsluitend) de vergelijkingsmethode, oordeelt het hof dat het niet hoeft in te gaan op de vraag welke omvang het complex heeft.

In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 28 augustus 2019 rees tevens de vraag wat wel en wat geen onderdeel vormde van een complex als bedoeld in artikel 40 d OW.⁶¹ De vraag was met name of bepaalde wegen en bermen en gronden onder windturbines wel of niet tot een complex behoorden. De rechtbank oordeelt dat de deskundigen (met partijen) de waarde van het onteigende terecht bepaalden op basis van de complexbenadering. Het onteigende maakt deel uit van het plangebied van het inpassingsplan. Dit plangebied vormt, aldus de rechtbank, een exploitatiegebied en dient als complex in de zin van artikel 40d OW te worden beschouwd. Het antwoord op de vraag wat tot dit complex behoort, is volgens de rechtbank afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Beantwoording van de vraag zal, zo overweegt de rechtbank, steeds moeten plaatsvinden met het oog op de ratio van de bepaling: onteigenden dienen niet te worden beloond respectievelijk gedupeerd vanwege het feit dat binnen het complex toevallig het ene stuk grond een andere bestemming heeft dan het andere. Aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wat wel en niet tot het complex behoort kunnen aldus de rechtbank onder meer worden gevonden in de functionele, geografische en/of financiële samenhang van de in exploitatie te brengen onroerende zaken. De rechtbank oordeelt dat een bepaalde in het complex gelegen weg geen ontsluiting vormt van het nieuwe bedrijventerrein en primair een regionale functie heeft. Uit het beeldkwaliteitsplan en de plantoelichting volgt dat voornaamste functie van de weg is gelegen in het verbinden van een kern met andere in de directe omgeving gelegen bedrijventerreinen. Daarom vormt de weg geen onderdeel van het complex. Dit geldt ook voor de landschappelijk inpassing. De deskundigen hebben, naar het oordeel van de rechtbank, ten aanzien van het groen en water ten onrechte de functionele samenhang die bestaat met de wegen en fietspaden (die niet tot het complex behoren) losgelaten ten faveure van de beeldkwaliteit van het bedrijventerrein voor de omgeving. De rechtbank oordeelt dat het groen en water er is vanwege de naastgelegen wegen en fietspaden en niet vanwege het bedrijventerrein. De rechtbank acht derhalve, anders dan de

⁵⁸ Rb. Rotterdam 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6963.

⁵⁹ Zie HR 30 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9992, NJ 1988/868.

⁶⁰ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:158.

⁶¹ Rb. Rotterdam 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6963.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

deskundigen, de functionele samenhang die bestaat tussen de wegen en fietspaden (die geen onderdeel vormen van het complex) met de bermen en sloten van doorslaggevende betekenis. Omtrent gronden onder windturbines oordeelt de rechtbank dat deze tot het complex behoren, omdat de realisatie (en rendabele) exploitatie van de windturbines enkel en alleen door het inpassingsplan mogelijk wordt gemaakt. Met de deskundigen oordeelt de rechtbank dat de windturbines, gezien de functionele, geografische en financiële samenhang, moeten worden beschouwd als onderdeel van het gehele complex. De rechtbank verworpt het standpunt dat een afslag had moeten plaatsvinden op bepaalde gronden binnen het complex, omdat het gaat om reeds bestaande wegen en waterlopen. De egalisatieregeling van artikel 40d OW staat daaraan volgens rechtbank in de weg.

3.2.11. Redelijk handelend verkoper en koper

Artikel 40 b OW bepaalt in lid 2 dat bij het vaststellen van de waarde van het onteigende, uitgegaan moet worden van de prijs zoals die tot stand zou komen bij een veronderstelde koop in het vrije commerciële verkeer tussen de onteigenaar als redelijk handelend koper en de onteigende als redelijk handelende verkoper. Een mooi voorbeeld van de wijze waarop aan dat uitgangspunt in rechte invulling wordt gegeven vormt een vonnis van de Rechtbank Limburg van 4 september 2019.⁶²

De deskundigen hadden allereerst onderzocht of het onteigende kon worden getaxeerd naar zijn gebruikswaarde, maar concludeerden dat – uitgaande van de (resterende) gebruiksmogelijkheden – het saldo van de waarde van de bedrijfswoning, de waarde van het grasland en de sloopkosten van de loodsen zoveel minder bedraagt dan de waarde van het onteigende als ruwe bouwgrond met bedrijfswoning, dat zij hebben afgezien van een uitwerking van een dergelijke taxatie. De deskundigen hebben het onteigende getaxeerd naar zijn waarde als voor glastuinbouw te ontwikkelen perceel met bedrijfswoning. De redenering van deskundigen volgt de rechtbank niet. De rechtbank onderzoekt eerst de kenmerken van het onteigende en constateert dat op het onteigende in het verleden een kleinschalig agrarisch bedrijf werd uitgeoefend, welk bedrijf echter vijftien jaar geleden is beëindigd. Het huidige gebruik voor de huisvesting van arbeidsmigranten, opslag en paardenwei is niet in overeenstemming met de oude bestemming (er is geen lopend agrarisch bedrijf meer en de woning is in die zin niet in gebruik als bedrijfswoning) en naar wij aannemen ook niet met de vigerende bestemming. Voortzetting van het bestaand gebruik kan naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen uitgangspunt voor de begroting van de werkelijke waarde zijn. Uitgangspunt is volgens de rechtbank daarom de waarde op basis van potentieel gebruik, dat wil zeggen gebruik overeenkomstig de huidige, maar nog niet gerealiseerde, bestemming, te weten de bestemming Agrarisch-Projectvestiging Glastuinbouw. De rechtbank constateert daarbij dat het perceel is gelegen in een gebied waarin reeds ondernemingen zijn gevestigd waarin een glastuinbouwbedrijf wordt gedreven, welke bedrijven op grond van het bestemmingsplan een oppervlakte dienen te hebben van tenminste 5 ha. Het onteigende perceel is daarom te klein om daarop een nieuw zelfstandig glastuinbouwbedrijf te ontwikkelen, zodat feitelijk voor ontwikkeling alleen de optie aan de orde is van uitbreiding van een bestaand glastuinbouwbedrijf met het onteigende. Na het onderzoek naar de kenmerken van het onteigende, onderzoekt de rechtbank de kenmerken van de (redelijk handelende) koper. De rechtbank oordeelt dat een redelijk handelende koper geïnteresseerd zal zijn in het onteigende perceel voor uitbreiding van het eigen bedrijf, maar niet voor het starten van een nieuw bedrijf, omdat het perceel daarvoor te klein is. Daarbij zal een geïnteresseerde koper wel eisen stellen aan de inrichting van het perceel, in die zin dat de daarop te plaatsen bebouwing een efficiënte exploitatie mogelijk moet maken. Om die reden zal een redelijk handelende koper niet geïnteresseerd zijn in handhaving van de bestaande bedrijfswoning, omdat het dan voor bedrijfsuitbreiding resterende perceelsgedeelte zal leiden

⁶² Rb. Limburg 4 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9394.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

tot een suboptimale inrichting van de te realiseren kasuitbreiding. De rechtbank constateert dat er feitelijk slechts één gegadigde koper is, namelijk de buurman, die reeds een bedrijf heeft dat voldoet aan de oppervlakte-eis van het bestemmingsplan. Deze buurman zal, aldus de rechtbank, daarom alleen geïnteresseerd zijn in aankoop van het onteigende als dat economisch rendabel is; hij heeft het perceel immers niet nodig om te komen tot de ter plaatse geldende minimumomvang van een bedrijf. De rechtbank neemt aan dat een redelijk handelende koper niet geïnteresseerd zal zijn in een bedrijfswoning. De reden daarvoor is dat onweersproken is aangevoerd dat de in het betrokken gebied reeds gerealiseerde bedrijven alle een perceel hebben waarop een bedrijfswoning kan worden gerealiseerd, maar dat niemand daarvan gebruik heeft gemaakt. Er worden in het gebied alleen bestaande bedrijfswoningen gehandhaafd. Van nieuwbouw van bedrijfswoningen is geen sprake. Ook overigens is niet gebleken van enige behoefte aan bedrijfswoningen. Dat wordt volgens de rechtbank onderstreept door de omstandigheid dat ook de feitelijke gegadigde koper, de buurman, niet geïnteresseerd is gebleken in de bedrijfswoning en dat de betrokken woning inmiddels feitelijk ook is gesloopt. De rechtbank constateert dat sprake is van een koper met een sterke positie. Na het onderzoek naar de koper, volgt het onderzoek naar de redelijk handelende verkoper. De rechtbank overweegt dat een redelijk handelende verkoper zich zal realiseren dat voortzetting van het feitelijke gebruik een weinig aantrekkelijke optie is, omdat (a) kamerverhuur aan arbeidsmigranten in strijd is met de vigerende bestemmingsplannen en slechts vanwege de naderende onteigening door de gemeente is gedoogd en (b) de onderhoudstoestand van zowel woning als loodsen investeringen zou vergen (in herstel dan wel sloop). Daarnaast zal die verkoper zich realiseren dat het perceel te klein is voor het ontwikkelen van een zelfstandig nieuw glastuinbouwbedrijf en dat er op deze locatie geen vraag is naar een bedrijfswoning, terwijl ander gebruik van de woning niet is toegelaten. Naast deze meer abstracte benadering, acht de rechtbank van belang dat de feitelijke eigenaar de woning niet zelf bewoont en de grond niet zelf als agrariër exploiteert. Wel is sprake van verhuur van woning, loodsen en weide, maar de betrokken huurovereenkomsten zijn gericht op tijdelijk en spoedig te beëindigen gebruik en dus kennelijk gedacht als (zeer) tijdelijk en dat in het licht van de naderende onteigening. De rechtbank constateert dat sprake is van een verkoper die in een relatief zwakke positie zit en zich bij een transactie zal laten leiden door de gedachte dat een substantieel vermogen vast zit in een niet door haarzelf gebruikt perceel waar zij feitelijk weinig kanten mee uit kan. In acht genomen de voormelde overwegingen omtrent a) de kenmerken van het onteigende, b) de positie van de redelijk handelend koper en c) de positie van de redelijk handelende verkoper komt de rechtbank tot een werkelijke waarde van het onteigende, bestaande uit alleen de waarde als voor glastuinbouw te ontwikkelen perceel.

3.2.12. Bodembestanddelen

In een vonnis van 4 december 2019 oordeelt de rechtbank over de vraag of er reden is voor een vergoeding van vrijkomende bodembestanddelen. De vraag rijst: wat nemen we als uitgangspunt? Een fictief werk of het werk zoals de onteigenaar dat uitvoert? De rechtbank oordeelt dat het laatste het geval is en overweegt dat er rekening moet worden gehouden met de feiten en omstandigheden welke bepalend zijn voor de activiteit van de onteigenaar bij de uitvoering van het werk waarvoor onteigend wordt, aangezien dat werk en de uitvoering ervan de voorwaarde vormen, van de vervulling waarvan de mogelijkheid tot realisering van de in het te onteigenen goed aanwezige latente meerwaarde afhankelijk is.⁶³

⁶³ Rb Overijssel 4 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4952.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

3.2.13. Het overblijvende



Op grond van artikel 41 OW heeft een onteigende aanspraak op een vergoeding voor de mindere waarde van het overblijvende mits deze mindere waarde een direct en noodzakelijk gevolg is van de onteigening. In een kwestie die speelde in het arrondissement Limburg rees in verband met het voorgaande de vraag of een perceel geduid moest worden als overblijvende of niet. De Rechtbank Limburg oordeelde dat dit niet het geval was zodat er ook geen aanspraak ex artikel 41 Ow bestond.⁶⁴ De onteigende was eigenaresse van het aan het onteigende aangrenzend perceel met een oppervlakte van 7 ca. Het perceel was belast met een opstalrecht ten behoeve van Enexis Limburg BV voor het hebben van een trafo. De rechtbank oordeelt dat sprake is van bloot eigendom van een niet bij de onteigende maar bij Enexis in gebruik zijnd perceel, dat geen functionele relatie heeft met het onteigende. Daarom is er volgens de rechtbank geen sprake van een situatie waarin zich waardevermindering van het als overblijvende te kwalificeren perceel, doet gevoelen. Volgens de rechtbank is het perceel niet een overblijvend deel van het onteigende perceel (in de zin van: na onteigening resterend stukje daarvan) en is daarmee ook functioneel niet zodanig verbonden dat het – ondanks de separate kadastrale nummering – toch als overblijvend perceelsgedeelte zou moeten worden aangemerkt.

3.2.14. Huren na tervisielegging

Op grond van artikel 42 lid 3 OW heeft een huurder die een overeenkomst sluit na tervisielegging geen aanspraak op schadeloosstelling. De huurder heeft louter een vordering op diens verhuurder tenzij anders overeengekomen. Het kan dus van belang zijn of sprake is van een na onteigening doorlopende huur of van een nieuwe overeenkomst. Het belang daarvan wordt duidelijk in een vonnis van de Rechtbank Limburg van 4 september 2019.⁶⁵ De rechtbank overweegt dat, anders dan de deskundigen doen, de rechtbank de twee (in tijd opvolgende) huurovereenkomsten, als afzonderlijke huurovereenkomsten ziet en niet als een verlengde huurovereenkomst. Partijen zijn namelijk in de eerste, afzonderlijke huurovereenkomst, overeengekomen dat die wordt aangegaan voor de duur van één jaar en loopt tot en

⁶⁴ Rb Limburg 4 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9394.

⁶⁵ Rb Limburg 4 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9394.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

met 30 november 2016. Tevens is nadrukkelijk overeengekomen dat de huurovereenkomst na het verstrijken van de periode waarvoor zij is aangegaan (één jaar), niet wordt voortgezet en van rechtswege onvoorwaardelijk is ontbonden. Daarnaast is overeengekomen dat de huurovereenkomst door beide partijen tussentijds, met een opzegtermijn van één maand, kan worden opgezegd. Naar het oordeel van de rechtbank zijn partijen dan ook heel bewust een huurovereenkomst voor de duur van één jaar aangegaan, zonder mogelijkheid tot verlenging, maar wel met de mogelijkheid snel tot een einde van de overeenkomst te kunnen komen. De tweede, afzonderlijke huurovereenkomst is ondertekend op en ingegaan ná de tervisielegging. Op grond van artikel 39 OW – en dus op grond van artikel 42 lid 4 OW – oordeelt de rechtbank dat daarom bij het vaststellen van de schadeloosstelling geen rekening kan worden gehouden met de schade van de huurder.

3.2.15. Onteigeningsgevolg of niet

Wil men aanspraak kunnen maken op een onteigeningsschadeloosstelling dat moet de schade een direct en noodzakelijk gevolg zijn van de onteigening. In de hiervoor aangehaalde kwestie die speelde bij de Rechtbank Limburg was een huurder tussengekomen en in die hoedanigheid maakte deze aanspraak op een schadeloosstelling in verband met het verlies van de huur van de kippenshuur en het verlies van de pacht of huur van het grasland. De rechtbank oordeelt dat deze interveniënt geen aanspraak op een schadeloosstelling heeft, omdat diens schade geen gevolg is van de onteigening.⁶⁶ De rechtbank acht daarvoor redengevend dat de betreffende interveniënt gelet op de overeenkomsten, daargelaten de juridische kwalificatie daarvan, reeds bij het aangaan daarvan wist dat er elk moment een einde zou kunnen komen aan die overeenkomsten. Dat betekent, aldus de rechtbank, dat het verlies van het genot van het gehuurde geen gevolg is van de onteigening, maar een gevolg van de tussen de verhuurder en huurder gemaakte contractuele afspraken over het (spoedige) einde van de huur. De gekozen bewoordingen trekken hier de aandacht omdat men aldus beredeneerd voor tervisielegging geen contracten meer zou kunnen sluiten. Dat kan niet de bedoeling zijn. Het zou wellicht logischer zijn geweest indien de rechtbank hier had geformuleerd – en wellicht bedoelt de rechtbank dat ook – dat er geen schade is omdat in de contracten besloten ligt dat deze eindigen bij onteigening.

3.2.16. Werk waarvoor onteigend wordt

Als men niet meer onteigent voor het werk waarvoor een Koninklijk Besluit is verkregen, dan zal een vordering niet ontvankelijk zijn. In een nogal belegen zaak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het werk waarvoor onteigend wordt hetzelfde blijft zolang het doel waarvoor onteigend wordt hetzelfde blijft.⁶⁷ In een conclusie van 6 september 2019 gaat de Advocaat Generaal in op de vraag of een wijziging in een plan voor aanleg van een weg, met zich brengt dat er niet meer wordt onteigend voor uitvoering van het oorspronkelijke en door de Kroon getoetste inpassingsplan.⁶⁸ De te beantwoorden vraag is of de Provincie ontvangen kan worden in haar vordering tot onteigening van het perceelsdeel van de eigenaar nu de concrete invulling van het plan (de aanleg van een weg) waarvoor onteigening wordt gevorderd op twee punten is gewijzigd in een nieuw inpassingsplan ten opzichte van het oorspronkelijke, door de Kroon getoetste plan: (i) de maximumsnelheid op de aan te leggen weg is verlaagd van 100 naar 80 km/uur, en in verband daarmee (c.q. daarom) (ii) de mogelijkheid is geopend om als wegdek ander (goedkoper) geluidwerend asfalt te gebruiken dan 2-laags ZOAB. Verder is er – voor zoveel de eigenaar betreft – niets

⁶⁶ Rb Limburg 4 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9394.

⁶⁷ HR 4 juni 1941, ECLI:NL:HR:1941:10, NJ 1941/772.

⁶⁸ PHR 06 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:858 en HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1860.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

veranderd, al zijn in het nieuwe inpassingsplan onder meer ook een aantal (andere) percelen ‘terugbestemd’ in verband met de gekrompen ambities (het gekrompen budget) van de Provincie.

De Advocaat-Generaal overweegt dat de onteigeningsrechter in beginsel slechts – ex tunc – toetst of de Kroon in redelijkheid tot het oordeel kon komen dat onteigening noodzakelijk is voor het voorgenomen werk. In casu zijn na het onteigenings-KB van 29 juni 2016 de omstandigheden echter gewijzigd. De provincie had na Koninklijk Besluit een herzien inpassingsplan vastgesteld. Dit nieuwe gegeven brengt mee dat de onteigeningsrechter zelfstandig moet beoordelen of de noodzaak tot onteigening in het licht van die wijziging nog steeds bestaat. De rechter moet ex nunc bezien of ondanks het nieuwe plan het nog om hetzelfde werk gaat als voorzien in het door de Kroon beoordeelde plan. Volgens de Advocaat-Generaal had de rechtbank deze beoordeling uitgevoerd in de te beoordelen kwestie waarin het plan was aangepast. De rechtbank heeft vastgesteld dat het ‘werk’ waarvoor op basis van het oorspronkelijk inpassingsplan onteigening noodzakelijk was geoordeeld de bestemming ‘Verkeer’ heeft en bestaat uit een wegtracé met 2x2 rijstroken, en dat de toevoeging in het nieuwe inpassingsplan daaraan niets heeft veranderd, zodat in beginsel elke rijsnelheid en toplaag toelaatbaar zijn. Het enige dat is veranderd, is de gebruiksregel in verband met het geluidsniveau. De rechtbank heeft die aanpassing irrelevant geoordeeld voor de onveranderde bestemming ‘verkeer’ en de meer specifieke, eveneens onveranderde bestemming ‘wegtracé met 2x2 rijstroken’. De noodzaak tot onteigening voor de wegaanleg lijkt de Advocaat-Generaal evident nog steeds te bestaan, ook als er iets langzamer mag worden gereden over iets geslotener/goedkoper asfalt op overigens dezelfde weg als door de Kroon beoordeeld. Een reële mogelijkheid tot realisatie van dat wegtracé door de eigenaar zelf, is niet gesteld. Dit oordeel volgt de Hoge Raad gezien het feit dat de zaak met artikel 81 wordt afgedaan.

3.2.17. Proceskosten

Artikel 50 van de onteigeningswet brengt mee dat de kosten verbonden aan deskundige en rechtskundige bijstand voor rekening komen van de onteigenaar. Dat is echter geen carte blanche om alles voor rekening te laten voor de onteigenaar. Bezien moet worden of het maken van de kosten redelijk was en of de hoogte daarvan redelijk is. In een arrest van 20 januari 2019 werd in dat kader geklaagd over het tarief van de advocaat. Dat zou te hoog zijn. Het hof ziet dat niet zo. Het hof stelt dat er geen (objectieve) aanknopingspunten zijn voor de stelling dat het uurtarief van € 395,00 exclusief btw (voor een gespecialiseerd advocaat) buitensporig hoog is.⁶⁹ De Rechtbank Gelderland oordeelde dat een uurtarief van meer dan € 400,00 inclusief btw, ook voor gespecialiseerde en ervaren advocaten, de rechtbank (te) hoog voorkwam en gaat uit van een tarief van € 400,00 inclusief btw.⁷⁰ De Rechtbank Limburg oordeelde op 4 september 2019 dat de stelling dat de door de onteigenaar gezaaide twijfel over de vraag of het gehanteerde uurtarief in overeenstemming is met de kwaliteit als deskundige, onterecht is.⁷¹ De rechtbank oordeelt dat de deskundige reeds gedurende lange tijd betrokken is geweest in de procedure/het geschil, een uurtarief hanteerde dat in de branche niet uitzonderlijk is en niet gebleken is dat de deskundigheid van de deskundige niet in verhouding staat tot het door hem gedeclareerde uurtarief.

⁶⁹ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:158.

⁷⁰ Rb. Gelderland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:964.

⁷¹ Rb. Limburg 04 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9394.

Kroniek onteigeningsrecht 2019

3.2.18. Proceskosten niet belanghebbende

Kan men aanspraak maken op kosten van deskundige en rechtskundige bijstaand ook als je geen belanghebbende blijkt te zijn of geen aanspraak kunt maken op schadeloosstelling? Het antwoord van de Rechtbank Limburg is: ja, dat kan.⁷² De rechtbank overweegt dat aan een interveniënt geen schadeloosstelling is toegekend. Naar het oordeel van de rechtbank had deze interveniënt echter in beginsel wel voldoende belang om tussen te komen, gezien zijn op zich niet onverdedigbare stelling dat sprake was van een huurovereenkomst die is afgesloten voor tervisielegging. De rechtbank vindt het daarom niet onredelijk dat de betreffende interveniënt in de procedure is tussengekomen, zodat de rechtbank het redelijk acht aan hem ter zake een vergoeding van kosten toe te kennen. Ditzelfde geldt voor een interveniënt die stelde eigenaar te zijn. De rechtbank overweegt daarbij dat het niet onredelijk is dat ook deze interveniënt in de procedure is tussengekomen. Artikel 3 OW staat er immers niet aan in de weg om te trachten tussen te komen als pretense eigenaar. Zou de eigendom door de gedagvaarde partij worden erkend, dan kan de pretense eigenaar de procedure overnemen van de gedagvaarde partij. Op voorhand kansloos was dat dus niet, aldus de rechtbank.

3.2.19 Nabrander: btw-compensatie over de schadeloosstelling?

Een vonnis dat in onze vorige kroniek te weinig aandacht heeft gekregen is een vonnis van de Rechtbank Gelderland van 28 maart 2018.⁷³ Wij maken van de gelegenheid gebruik deze omissie hierbij te herstellen. In een korte overweging van de rechtbank is het volgende te lezen: *‘Naar aanleiding van het betoog van de onteigende dat het erop lijkt dat zij aanspraak mag maken op vergoeding van de btw over de declaraties van de door haar ingeschakelde bijstand, heeft de gemeente aangevoerd dat in het onderhavige geval sprake is van levering van een bouwterrein in de zin van de Wet Omzetbelasting (dat wil zeggen onbebouwde grond die kennelijk bestemd is om te worden bebouwd met een of meer gebouwen of een gedeelte van een gebouw) en daarmee een met btw-belaste levering. In dit betoog dient de gemeente te worden gevolgd. Op grond hiervan dient de gemeente 21% over de werkelijke waarde van het onteigende aan de onteigende schade te vergoeden.’* Kort en goed brengt voormelde overweging mee dat aan een onteigende boven op de schadeloosstelling compensatie moet worden geboden voor de door de onteigende af te dragen btw. We zien met belangstelling uit naar het oordeel van de Hoge Raad op dit punt.



Bedankt voor je aandacht!

⁷² Rb. Limburg 04 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:9394.

⁷³ Rb. Gelderland 28 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1807.