

Overheid en Aansprakelijkheid, O&A 2012/60, Kroniek onteigeningsrecht

Vindplaats: O&A 2012/60	Bijgewerkt 24-07-2012 tot:
Auteur: J.A.M.A. Sluysmans ^[1]	

Kroniek onteigeningsrecht

1. Inleiding

Het is inmiddels al weer drie jaar geleden dat er in dit tijdschrift aandacht is besteed aan recente ontwikkelingen in het onteigeningsrecht.^[2] Er is dus een ruime keuze aan onderwerpen om deze kroniek mee te vullen. Na een korte blik op de recent verschenen nieuwe literatuur, zal ik beurtelings aandacht besteden aan zowel de administratieve als de gerechtelijke onteigeningsprocedure. De nadruk zal daarbij liggen op de gerechtelijke procedure, nu dat deel van het onteigeningsrecht in mijn optiek meer aansluit bij de focus van dit tijdschrift. Binnen die gerechtelijke procedure richt ik mij dan in het bijzonder op de positie van de deskundige in het onteigeningsrecht en de regels van schadeloosstellingsrecht.

2. Publicaties

Uiteraard is er in de voorbije jaren een aanzienlijke hoeveelheid aan artikelen en annotaties op het gebied van het onteigeningsrecht verschenen. In belangrijke mate zullen deze ook in de voetnoten van deze bijdrage zijn terug te vinden. Ik wil hier enkel de op het rechtsgebied betrekking hebbende boeken voor het voetlicht halen.

Over de tweede druk van het Lexplicatie-deel *Onteigeningswet/Vorderingswet*^[3] kan ik kort zijn. Deze nieuwe druk zorgt ervoor dat dit deel uit de serie van wetgeving-met-toelichting na de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet weer up-to-date is. Van meer belang is het verschijnen van een tweetal nieuwe handboeken, namelijk enerzijds *Onteigening, Het spel en de knikkers*^[4] en anderzijds *Onteigeningsrecht in de praktijk*.^[5] Laatstgenoemd boek beoogt de niet of nauwelijks ingewijde lezer een korte introductie te bieden op het onteigeningsrecht. Het is duidelijk een inleidend werk. Het eerstgenoemde handboek heeft – aldus de inleidende woorden – een meeromvattende ambitie, namelijk het geven van een ‘volledig overzicht’ van zowel de procedurele kenmerken en eigenaardigheden van het onteigeningsrecht als de schade- en begrotingstechnische aspecten. Met name dat laatste aspect komt in *Het spel en de knikkers* goed uit de verf. Aan de hand van vele concrete rekenvoorbeelden komt het schadeloosstellingsrecht hier werkelijk tot leven.

Het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken is ook de voornaamste focus van het Leidse proefschrift *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken. Een studie naar theorie en praktijk*.^[6] In deze studie wordt onderzoek gedaan naar de herkomst en grondslag van de schadeloosstellingsregels in het onteigeningsrecht. De onderzoeksvraag luidt of die regels nog wel voldoen – hetgeen enigszins verrassend zou zijn gezien de eerbiedwaardige leeftijd van de wet van 1851 – en zo ja, hoe dat dan komt. Het antwoord is dat de meeste ‘stakeholders’ prima met de schaderegels uit de voeten kunnen en die schaderegels ‘vitaal’ blijven omdat zij minder wortelen in de wet dan in de rechtspraak. Die rechtspraak – gevormd door de Hoge Raad – kan waar en wanneer nodig worden aangepast (‘genuanceerd’) in het licht van de veranderende behoeften in recht en maatschappij. Van die taak heeft de Hoge Raad zich in elk geval in het onteigeningsrecht – zo is mijn conclusie – tot nog toe prima gekweten.

Bij onze zuiderburen verscheen in 2011 eveneens een (lijvige) dissertatie op het gebied van het onteigeningsrecht, namelijk *De onteigening ten algemene nutte als instrument van ruimtelijke ordening*.^[7] De inhoud van het proefschrift is breder dan de titel doet vermoeden. Zeker, Verbist onderzoekt systematisch alle verbanden tussen onteigening en ruimtelijke ordening om tot de conclusie te komen dat het in alle opzichten beter zou zijn als de wetgeving op de ruimtelijke ordening de enige basis voor de onteigening zou zijn, maar en passant bevat het boek tevens een fundamentele reflectie over het wezen van de onteigening zelf. Met name dit laatste aspect maakt het ook voor Nederlandse lezers meer dan de moeite waard.

Tot slot noem ik, als curiositeit, het rapport *Grond te koop*^[8], een door het Departement Landbouw en Visserij van de Vlaamse overheid uitgegeven onderzoek(je) naar een vergelijking van prijzen van landbouwgronden en onteigeningsvergoedingen in Vlaanderen en Nederland. Kort gezegd luiden de bevindingen dat in Nederland ruimhartiger wordt vergoed dan in Vlaanderen (vooral aan pachters), alsmede dat Nederland beschikt over een vele male betere database voor het achterhalen van vergelijkingstransacties die het waarderingswerk in belangrijke mate ondersteunen. Dat is een welverdiende pluim op onze vaderlandse hoed.

3. Administratieve onteigeningsprocedure

Op 31 maart 2010 is – zoals bekend – de Crisis- en herstelwet (Chw) in werking getreden en daarmee ook de in art. 3.9 Chw opgenomen wijziging van de Onteigeningswet (hierna ook wel: OW). Die wet heeft (permanente) wijzigingen aangebracht in de Onteigeningswet, onder meer inhoudende dat de zogenaamde ‘bestemmingsplanonteigeningen’ (titel IV OW) worden geharmoniseerd met de infrastructurele onteigeningen van titel IIa OW. Dat betekent de facto dat het onteigeningsbesluit niet meer wordt genomen door de gemeenteraad (met aanvullende goedkeuring door de Kroon), maar de raad nu de Kroon moet verzoeken tot het nemen van een onteigeningsbesluit (door die Kroon).^[9] De achtergrond van deze wijziging is dat daarmee een versnelling in de procedure wordt beoogd. Waar de Kroon voorheen in bestemmingsplanonteigeningen (onder titel IV) negen maanden de tijd had voor een goedkeuringsbesluit, resteren nu (onder titel IIa) slechts zes maanden voor het nemen van een (zelfstandig) besluit. Die tijdsdruk is echter – zeker in de aanloopfase – teveel gebleken voor de Kroon. De uitweg die de Kroon voor zichzelf heeft gecreëerd is om verzoeken tot het nemen van een onteigeningsbesluit gedurende enige tijd (soms maanden) op de stapel te laten liggen, alvorens ze daadwerkelijk in behandeling te nemen. Op die wijze wordt het begintijdstip van de termijn van zes maanden opgeschoven. De beoogde versnelling in de procedure is dan ook (nog) niet bereikt.^[10]

Een verzoek aan de Kroon om een onteigeningsbesluit te nemen, moet in alle gevallen worden voorafgegaan door pogingen tot minnelijke verwerving van het beoogde onteigende. Zo niet, dan moet worden aangenomen dat de noodzaak tot onteigening niet vaststaat. Ten bewijze van het gevoerde minnelijk overleg dient een overzicht van het minnelijk gevoerde overleg met bewijsstukken te worden ingediend, ‘het logboek’. Zaken die uit het logboek onder andere moeten blijken zijn het verloop van het minnelijk overleg, de financiële aanbiedingen die zijn gedaan en eventueel overleg over een mogelijk beroep op zelfrealisatie. Wanneer de eigenaar bereid en in staat is tot zelfrealisatie ontbreekt – zo is bekend – in beginsel de noodzaak tot onteigening. Uit het besluit van 27 december 2010, blijkt dat de Kroon van oordeel is dat het niet aan de gemeente is om een onderzoek te doen naar de mogelijkheid van zelfrealisatie: niettegenstaande de vergewisplicht van art. 3.2 Awb, is het aan de grondeigenaar om ter zake initiatieven te ontplooien.^[11]

Anders dan voor de inwerkingtreding van de Chw kunnen belanghebbenden in titel IV onteigeningen enkel nog bij de Kroon zienswijzen indienen, en niet meer bij de gemeente.^[12] Belanghebbenden die tijdig een zienswijze hebben ingediend, worden in de gelegenheid gesteld, te worden gehoord. Belanghebbenden hoeven in de optiek van de Kroon echter niet in elkaars aanwezigheid te worden gehoord. Het horen heeft ten doel om de indieners

van schriftelijke zienswijzen tegen een ontwerpbesluit in staat te stellen die zienswijzen mondeling toe te lichten.^[13] Ik heb moeite met deze benadering, omdat het beginsel van hoor en wederhoor hierdoor in de knel komt. Ik constateer overigens wel dat hierin enige kentering lijkt te zijn gekomen. Sinds 1 november 2011 zijn de titel IV- en titel IIa-teams samengevoegd en wordt gewerkt aan een harmonisatie van werkprocessen. Naar verluidt hebben de titel IV-ambtenaren de werkwijze van de titel IIa-ambtenaren om wel te kiezen voor een openbare hoorzitting in aanwezigheid van alle belanghebbenden (in elk geval bij wijze van 'pilot') overgenomen.

Met het verzoek tot onteigening dient de verzoeker om onteigening een lijst van namen en adressen van de belanghebbenden mee te zenden, aldus art. 79 onder 6 OW. De Kroon stuurt naar de in deze lijst genoemde belanghebbenden een persoonlijke kennisgeving van de terinzagelegging van het ontwerp-KB (conform art. 3:13 Awb). Volgens de Kroon kan de economische eigenaar overigens niet als een belanghebbende worden beschouwd.^[14]

In recente KB's heeft de Kroon geoordeeld dat het niet sturen van de persoonlijke kennisgeving niet automatisch leidt tot het afwijzen van het onteigeningsverzoek:

"Nu de pachter geen zienswijzen naar voren heeft gebracht, kan immers niet met zekerheid worden vastgesteld dat hij door het verzuim niet in zijn belangen is geschaad. Om die reden wijzen Wij het verzoek tot aanwijzing ter onteigening in zoverre dan ook af."^[15]

Uit de KB's kan dus worden afgeleid dat wanneer de betreffende belanghebbende een zienswijze heeft ingediend, de Kroon van mening is dat hij, ondanks het ontbreken van de belanghebbende op de belanghebbendenlijst, niet in zijn belangen is geschaad.^[16] Dat lijkt mij een prima benadering.

In art. 5.4 Chw is het overgangsrecht geregeld. Onteigeningsprocedures waarin het ontwerp onteigeningsbesluit vóór 31 maart 2010 ter inzage is gelegd, doorlopen de procedure van de onteigeningswet zoals deze luidde vóór bedoelde datum. Een koninklijk besluit tot goedkeuring van een besluit tot onteigening dat is genomen vóór 31 maart 2010, wordt na deze datum gelijkgesteld aan een koninklijk besluit als bedoeld in art. 78 OW. Uit de eerste KB's die inmiddels onder de Chw zijn verschenen, blijkt dat het oude kroonbeleid op hoofdlijnen wordt voortgezet.^[17]

4. Gerechtelijke onteigeningsprocedure

4.1 Toepasselijkheid van burgerlijk procesrecht

Art. 2 OW bepaalt dat in het onteigeningsgeding de regels van burgerlijke rechtsvordering van toepassing zijn voor zover daarvan in de wet niet is afgeweken. Deze bepaling is in de literatuur wel zodanig uitgelegd dat afwijking van het burgerlijk procesrecht enkel aan de orde is in de gevallen waarin de Onteigeningswet daarin expliciet voorziet. De Hoge Raad heeft gekozen voor een ruime opvatting, die inhoudt dat niet alleen de wet zelf toepasselijkheid van regels van burgerlijk procesrecht kan uitsluiten, maar ook het systeem van de wet.^[18] Meest recent is deze opvatting nog bevestigd in een beschikking van 12 februari 2010^[19].

De familie Merckelbagh werd door de gemeente Heerlen onteigend ten behoeve van wegaanleg. Merckelbagh c.s. kwamen van het onteigeningsvonnis in cassatie, de gemeente concludeerde voor antwoord en de Hoge Raad bepaalde een datum voor schriftelijke toelichting. Circa drie maanden voor de beoogde datum voor schriftelijke toelichting werd aan de gemeente betekend een exploit tot schorsing van de cassatieprocedure, omdat Merckelbagh c.s. na het onteigeningsvonnis (en na het instellen van cassatieberoep) de onteigende gronden hadden verkocht aan de Antilliaanse vennootschap Latrusco en langs die weg hun rechtsbetrekking tot het onteigende hadden verloren. In een rolbeschikking van 12 februari 2010 volgde de Hoge Raad de conclusie van A-G Strikwerda dat schorsing niet strookt met het op snelheid gerichte systeem van de onteigeningsprocedure en bepaalde dat het geding niet was geschorst. Toen Latrusco vervolgens probeerde om zich alsnog te voegen in de

cassatieprocedure oordeelde de Hoge Raad dat 'uit het stelsel van de Onteigeningswet en uit de aard van het onteigeningsgeding' voortvloeit dat daarin voor voeging geen plaats is.^[20]

Niet uitgesloten is – althans volgens de Rechtbank Roermond in een (nog) ongepubliceerd vonnis van 21 maart 2012^[21] – de toepasselijkheid van de substantiëringsplicht. Volgens de rechtbank moeten ook in een onteigeningsprocedure (op grond van art. 2 OW) de bekende weren van de gedaagde worden opgenomen in de dagvaarding. Dit oordeel lijkt mij juist. Ik zou daar nog aan toe willen voegen dat het mij ook geen goede zaak – en een kleine moeite – lijkt om in dagvaarding en conclusie van antwoord alvast enige schets te geven van de aard van de schadediscussie die partijen nog voeren. Niet alleen bij de benoeming van deskundigen, maar ook voor een optimale voorbereiding van de descente door zowel de rechter-commissaris als de deskundigen is het immers goed om al vooraf enig zicht te hebben op hetgeen partijen verdeeld houdt. Een enkel geschil over de waarde van grond met een agrarische bestemming is toch van een andere aard dan een debat over verplaatsing dan wel liquidatie van een onderneming.

Art. 2 OW speelt ook een rol in de bepaling van de positie van deskundigen in de onteigeningsprocedure. Op die rol kom ik terug in de volgende paragraaf.

4.2 Deskundigen

In de gerechtelijke onteigeningsprocedure vervullen de door de rechtbank benoemde deskundigen een belangrijke rol. Zij hebben tot taak de rechtbank te adviseren over de omvang van de aan de onteigende toe te leggen schadeloosstelling, welke een volledige behoort te zijn. In dat kader moeten zij zowel een antwoord geven op juridische vragen (welke regels moeten hier worden toegepast?) als op feitelijke vragen (welke feiten achten deskundigen relevant)? Hun definitieve advies heeft de trekken van een 'rompvonnis' en hoewel de rechtbank niet aan dat advies is gehouden – de rechter moet namelijk ambtshalve de schade vaststellen – blijkt dat advies vanzelfsprekend een groot gewicht in de schaal te leggen. Als het advies van deskundigen helder en gemotiveerd is, kan het rechterlijk oordeel volledig gebaseerd zijn op het advies van deskundigen.^[22]

Nu de deskundigen – en hun advies – een zo belangrijke rol in de onteigeningsprocedure vervullen, zou de verwachting mogen zijn dat die rol ook goed in de wet is geregeld. Het tegendeel (b)lijkt echter het geval te zijn.^[23] Mede om die reden is de positie van deskundigen in het onteigeningsrecht de voorbije jaren een onderwerp van voortdurende aandacht^[24] en waarschijnlijk (mede) tegen die achtergrond zien we ook meer en meer uitspraken die betrekking hebben op die (positie van) deskundigen.

Principieel van aard – en daarom zeker van belang – is een uitspraak van de Rechtbank Roermond van 2 november 2011^[25] waarin de rechtbank moest oordelen over de vraag of in het licht van de hiervoor al besproken hoofdregel van art. 2 OW (inhoudende dat in beginsel de regels van het burgerlijk procesrecht in de onteigeningsprocedure van toepassing zijn) de commune regels die zien op de benoeming van deskundigen ook in de onteigeningsprocedure van toepassing zijn. Zou dat het geval zijn, dan zouden partijen zich – onder meer – vooraf moeten kunnen uitlaten over de door de rechtbank te benoemen deskundigen.

In 'de praktijk' wordt sinds jaar en dag aangenomen dat die regels niet in de onteigeningsprocedure gelden, vandaar mijn gebruik van het woord '(b)lijkt' in de voorgaande alinea. Art. 32 OW zou namelijk de toepasselijkheid van deze regels expliciet uitsluiten. De vraag is echter of die heersende opvatting juist is. Art. 32 bepaalt letterlijk dat "de formaliteiten, bij het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering voorgeschreven omtrent het getuigenverhoor en het berigt van deskundigen, (...) ten deze niet toepasselijk" zijn. Zoals W.J.I. van Wijmen signaleert is tweërlei lezing van deze bepaling mogelijk: de woorden 'ten deze' slaan terug op art. 31 (dat bepaalt dat de rechter-commissaris personen kan oproepen 'wier inlichtingen hij tot betere beoordeling der zaak nuttig mogt achten') of zij zijn algemeen bedoeld en zien op de gehele (schadeloosstellings)procedure.^[26] Niet

alleen Van Wijmen zelf, maar ook Wijting^[27], alsmede A-G Loeb in een goed gedocumenteerde conclusie voor de in cassatie uiteindelijk geroyeerde zaak *Van Dijk/Rotterdam*^[28] tonen op mijns inziens overtuigende wijze aan dat art. 32 van oudsher een nauwe samenhang vertoont met art. 31, welk artikel de rechter-commissaris de (overigens nauwelijks gebruikte) mogelijkheid biedt om op eigen initiatief personen te doen horen wier opvatting hij nuttig acht voor de beoordeling van de zaak. Art. 32 beoogt – zo is hun gedachte, die dus ook de mijne is – ten aanzien van deze bijzondere variant van het ‘getuigenverhoor’ de commune regels rond het getuigenverhoor buiten toepassing te laten.

De Rechtbank Roermond^[29] is echter een andere opvatting toegedaan, waarbij helaas aan de hiervoor verkort weergegeven tegengestelde opvattingen geen aandacht wordt besteed, maar groot belang wordt toegekend aan het feit dat – volgens de rechtbank – de door die rechtbank gekozen wetsinterpretatie al gedurende decennia de heersende is. Ik zou menen dat deze uitspraak in elk geval andermaal onderstreept de noodzaak om snel te komen tot een duidelijk regulerend kader voor het functioneren van deskundigen.

De gebondenheid van deskundigen aan het beginsel van hoor en wederhoor lijkt gelukkig geen twijfel.^[30] In het arrest *Stroetinga/Tynaarlo*^[31] is zulks nog eens bevestigd. Aan de orde was de wens van de gemeente om de exploitatiegegevens die zagen op het plan waarvoor werd onteigend zo veel mogelijk vertrouwelijk te houden. Om die reden werden deze gegevens in eerste instantie vertrouwelijk aan de door de rechtbank benoemde deskundigen ter hand gesteld. Pas als de deskundigen die gegevens ook in hun advies aan de rechtbank zouden gebruiken zou – zo was afgesproken – ook de onteigende inzage krijgen in die gegevens. De deskundigen gebruikten inderdaad de exploitatiegegevens in hun (concept)rapport, waarna de onteigende in de gelegenheid werd gesteld om van die gegevens kennis te nemen. Die mogelijkheid heeft zij ongebruikt gelaten, hoewel zij wel op het rapport heeft gereageerd. Op haar klacht dat deze ‘inzageregeling’ een schending van art. 6 EVRM en dan in het bijzonder van het beginsel van hoor en wederhoor oplevert, oordeelt de Hoge Raad – in navolging van de rechtbank – dat het beginsel van hoor en wederhoor door deze gang van zaken niet is geschonden. Kennelijk is de Hoge Raad – in mijn ogen alleszins begrijpelijk – van oordeel dat Stroetinga nog voldoende gelegenheid had om van de gebruikte exploitatiegegevens kennis te nemen en op basis van die kennis een (nader) standpunt in de schadeloosstellingsdiscussie te betrekken.^[32]

Een ander sprekend voorbeeld waaruit blijkt hoe precair de positie van de rechtbankdeskundige in onteigeningsprocedures kan zijn, is te vinden in een vonnis van de Rechtbank 's-Hertogenbosch.^[33] Nadat het onderzoek ter terechtzitting was gesloten en een datum voor vonnis van de onderhavige zaak was bepaald, heeft de voorzitter van de commissie van deskundigen een brief gestuurd aan de raadslieden van de gedaagde partijen in de nog lopende onteigeningsprocedures in verband met de verlegging van de Zuid-Willemsvaart, met uitzondering van de onderhavige zaak. In deze brief geeft de voorzitter het volgende te kennen:

“Deskundigen zijn onlangs in één van de andere nog lopende onteigeningsprocedures in verband met de verlegging van de Zuid-Willemsvaart door de gedaagde partij benaderd met vragen over de onafhankelijkheid van de deskundige ten opzichte van de Staat. Naar aanleiding van deze vragen heeft de deskundige moeten vaststellen dat hij door in één zaak werkzaamheden te verrichten in opdracht van en ten behoeve van de Staat onvoldoende heeft onderkend dat die werkzaamheden strijdig zouden kunnen zijn met zijn werkzaamheden als onafhankelijke rechtbankdeskundige in onteigeningszaken op naam van de Staat.”^[34]

Hoewel de voorzitter van de commissie van deskundigen aangeeft geen enkele reden te hebben om te twifelen aan de integriteit en onafhankelijkheid van de deskundige bij zijn optreden als rechtbankdeskundige in onteigeningszaken op naam van de Staat, acht de rechtbank termen aanwezig partijen ook in de onderhavige zaak de gelegenheid te bieden zich uit te laten, waartoe de zaak naar de rol wordt verwezen. Niettegenstaande dat het onderzoek ter terechtzitting al was gesloten en een datum voor vonnis was bepaald, heeft de Rechtbank

's-Hertogenbosch besloten dat de zaak weer op de rol komt voor het nemen van een akte door partijen hieromtrent.

Het is overigens zeker niet zo dat de rechtbank in alle gevallen klakkeloos deskundigen volgt. Een illustratie biedt van deze stelling biedt het vonnis van de Rechtbank Haarlem van 2 februari 2011.^[35] Bij tussenvonnis heeft de rechtbank bepaald dat een aanvullend deskundigenrapport moest worden uitgebracht omtrent een door de onteigende aangedragen vergelijkingstransactie. In het aanvullend deskundigenbericht hebben de deskundigen wederom advies uitgebracht. Ter onderbouwing van hun advies hebben de deskundigen aangegeven dat de waardering van de grond op € 15/m² is gebaseerd op hun op kennis en ervaring gebaseerd intuïtief inzicht. De rechtbank is, gelet op de prijzen van de aangedragen transacties, die aanmerkelijk hoger liggen dan de geadviseerde waarde, er onvoldoende van overtuigd dat een redelijk handelend verkoper bereid is om de grond van de hand te doen voor de prijs van € 15/m². De rechtbank oordeelt dat op basis van de thans voorliggende adviezen van de deskundigen geen oordeel kan worden gegeven over de waarde van de grond, zodat andermaal deskundigenadvies nodig is. De rechtbank acht het, gelet op het voorgaande, noodzakelijk dat dit advies niet louter is gegrond op kennis en ervaring gebaseerd op intuïtief inzicht, maar dat daarbij gemotiveerd acht wordt geslagen op vergelijking met de vele transacties die in de regio plaatsvinden. Daartoe besluit de rechtbank om – een uitzonderlijke stap – nieuwe deskundigen te benoemen.

4.2 Schadeloosstelling

4.2.1 De elimineringsregel: art. 40c OW

Bij de waardering van het onteigende geldt als uitgangspunt dat die waarde gelijk is aan de prijs die een redelijk handelend koper en verkoper in het normale commerciële verkeer zouden overeenkomen. Op die hoofdregel brengt de wet een aantal nuanceringen aan, waaronder de zogenaamde elimineringsregel. Deze elimineringsregel – gecodificeerd in art. 40c OW – bepaalt dat bij de waardebepaling geen rekening mag worden gehouden met de voor- en nadelen teweeggebracht door de realisering van het werk waarvoor wordt onteigend, overheidswerken die in verband staan met het werk waarvoor onteigend wordt of de plannen voor de zojuist genoemde werken. Met de in art. 40c bedoelde plannen wordt in beginsel niet ook bedoeld een bestemmingsplan.^[36] In de bekende zaken *Staat/Matser*^[37] en *Staat/Markus*^[38] heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat het aan de onteigening ten grondslag liggende bestemmingsplan wél moet worden geëlimineerd ('weggedacht') als het plan niet als een zelfstandige wens van de lagere overheid (meestal de gemeente) kan worden beschouwd, maar 'van hogerhand' (dus door provincie of rijk) is opgelegd. In die gevallen wordt het bestemmingsplan gelijkgesteld met het in art. 40c OW bedoelde plan en behoeft er geen rekening te worden gehouden met het bestemmingsplan bij het bepalen van de schadeloosstelling.^[39]

In de zaken die leidden tot de arresten van HR 9 juli 2010^[40], heeft de Hoge Raad een belangrijke nuancering aangebracht in de hierboven beschreven *Matser-Markus*-leer. De Hoge Raad oordeelt dat het 'van hogerhand'-criterium niet doorslaggevend is, maar dat relevant is of:

“de in het bestemmingsplan aan het onteigende gegeven bestemming bepaald is door een ten tijde van de vaststelling van dat bestemmingsplan al bestaand (concreet) plan en het bestemmingsplan in zoverre dan ook slechts is vastgesteld teneinde daarmee de juridisch-planologische onderbouwing en regeling te geven die de beoogde aanleg van het werk waarvoor onteigend wordt mogelijk moet maken. Als dat het geval is, moet het bestemmingsplan in zoverre worden aangemerkt als behorende tot de in art. 40c, aanhef en onder 3o, bedoelde plannen zodat de waardeverminderende invloed daarvan bij de vaststelling van de werkelijke waarde van het onteigende buiten beschouwing zal moeten blijven.”

Die nuancering komt er dus op neer dat wanneer er al een (concreet) plan bestond voor het werk waarvoor onteigend wordt en het bestemmingsplan (dus) niet meer is dan de juridisch-planologische onderbouwing voor

dat werk het bestemmingsplan moet worden aangemerkt als een plan zoals bedoeld in art. 40c OW en (dus) moet worden geëlimineerd. Dit criterium laat echter – minst genomen – de vraag open wat de Hoge Raad nu voor ‘(concreet) plan’ voor ogen heeft.

De Hoge Raad zelf heeft zich nog niet nader uitgelaten over de genuanceerde eliminatieregels. In een tiental gelijklopende arresten met betrekking tot onteigeningen in Eendragtspolder^[41] – waar het ging om plannen die voorzagen in de realisering van een waterberging, een natuurgebied en een roeibaan – deed die gelegenheid zich weliswaar voor, maar de Hoge Raad heeft die kans niet benut. De Hoge Raad loopt hier eigenlijk om het pijnpunt heen door te oordelen dat niet is gebleken dat op het onteigende enige verwachtingswaarde rustte, zodat belang ontbreekt bij de klachten gericht op het – volgens onteigenden – ten onrechte niet-eliminieren van de vigerende bestemmingsplannen door de rechtbank.

Het Hof 's-Gravenhage heeft – in de verwijzingsprocedure(s) naar aanleiding van de voornoemde ‘9 juli-arresten’ – in een aantal (nog ongepubliceerde) arresten van 31 januari 2012^[42] wel gepoogd een uitleg te geven aan het door de Hoge Raad bedoelde ‘planbegrip’. Daartoe overweegt het hof:

“Het hof volgt de provincie wel in de gedachte dat de Hoge Raad niet het oog heeft gehad op een al bestaande (concreet) plan met een planologisch karakter. In relatie tot artikel 40c Ow pleegt immers onderscheid gemaakt te worden tussen het bestemmingsplan, al of niet in wording, en het plan voor het werk. Wanneer de Hoge Raad een (voor)ontwerp van het bestemmingsplan N209 of een in verband daarmee uitgevoerde studie als de milieueffectrapportage bedoeld zou hebben, had het tegen deze achtergrond in de rede gelegen om dat in de formulering van de maatstaf tot uitdrukking te brengen. (...) De Hoge Raad heeft klaarblijkelijk het oog gehad op een planvormingsproces dat voorafgaand aan (of ten hoogste naast) het planologische traject is gevolgd.”

Uiteindelijk oordeelt het Hof dat in dit geval inderdaad sprake is van een dergelijk plan. Dat plan wordt vervolgens geëlimineerd, waarbij het hof zelfstandig de werkelijke waarde bepaalt.

In de lagere rechtspraak zijn inmiddels diverse voorbeelden van toepassing van de genuanceerde eliminatieregels te vinden. Ik wijs op vonnissen van de Rechtbanken Haarlem^[43], Arnhem^[44] en Utrecht^[45]. In laatstgenoemde zaak bestond het werk waarvoor onteigend werd uit de aanleg van een verzorgingsplaats inclusief motorbrandstofverkooppunt aan de oostzijde van Rijksweg A27 tussen het knooppunt Eemnes en de Stichtse Brug. Allang voor de thans aan de orde zijnde planologie bestonden concrete plannen ten aanzien dit werk, reden waarom deze lucratieve bestemming – ten nadele van de onteigende – werd geëlimineerd.^[46]

Te verwachten valt dat deze leer in de komende jaren door de Hoge Raad nader zal worden uitgewerkt en/of toegelicht nu zij nog ruimte genoeg biedt voor toepassingsvragen.^[47]

4.2.2 De egaliseringsregel: art. 40d OW

Bovengenoemde arresten inzake de Eendragtspolder^[48] schenken tevens aandacht aan de zogenaamde egaliseringsregel van art. 40d OW. Op grond van deze regel vindt een egaliseringsregel plaats, in die zin dat bij het bepalen van de waarde van een deel van een complex rekening wordt gehouden met alle, voor de verschillende delen van dat complex geldende bestemmingen. De gedachte achter deze bepaling dat onteigenden niet dienen te worden beloond respectievelijk gedupeerd vanwege het feit dat binnen het complex toevallig het ene stuk grond een andere (waardevoller) bestemming heeft dan het andere.^[49] Bij toepassing van deze egaliserings- of complexregel spelen voornamelijk twee vragen een rol: is er sprake van een complex als bedoeld in art. 40d OW en zo ja, is er aanleiding om binnen het complex te komen tot een afwijkende waardering?

Het zojuist besproken arrest *Dowato c.s./BBL* illustreert de eerste vraag. De vraag was of de voor de realisering van waterberging en recreatiegebied nodige gronden in de Eendragtspolder samen met de voor de ontwikkelingen in de Zuidplaspolder nodige gronden als één geheel in exploitatie dienden te worden gebracht, zodat bij de bepaling van de waarde van de onteigende gronden krachtens art. 40d OW mede zou moeten worden gelet op de bestemmingen van gronden die in de Zuidplaspolder zijn gelegen. De rechtbank verwierp deze visie en heeft geoordeeld dat het onteigende geen deel uitmaakt van een complex: de bestemmingen waterberging en recreatie in de Eendragtspolder vormen een onafhankelijke ruimtelijke ontwikkeling, die losstaat van de toekomstige ontwikkeling van de Zuidplaspolder. Volgens de Hoge Raad, geeft het oordeel van de rechtbank, zoals dit mede in het licht van het advies van de deskundige moet worden begrepen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige hangt het oordeel van de rechtbank zo zeer samen met waarderingen van feitelijke aard, dat het in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Ook dit arrest geeft geen algemene concrete handvatten voor de beantwoording van de vraag wanneer nu wel en niet sprake is van een complex. De Hoge Raad beoordeelt de omvang van het complex casuïstisch.^[50]

Het arrest *Janssen/Venray*^[51] van 15 april 2011 ziet op de tweede vraag. Aan de orde was – kort samengevat – de vraag of binnen het complex een extra waarde toekomt aan zogenaamde voorstroken, perceelsgedeelten die direct gelegen zijn aan een ook in het nieuwe plan te handhaven ontsluitingsweg en om die reden (doorgaans) met minder kosten tot ontwikkeling kunnen worden gebracht dan andere delen van het plangebied. De Hoge Raad stelt voorop dat art. 40d OW niet ertoe strekt de waardeverschillen die zich tussen verschillende stukken grond voordoen om andere redenen dan de daaraan gegeven bestemmingen, geheel te elimineren. Aan een onteigend stuk grond dat deel uitmaakt van een complex als bedoeld in art. 40d OW kan dan ook een hogere waarde worden toegekend dan de complexwaarde volgens dat artikel, indien de bijzondere ligging of hoedanigheid ervan de waarde daarvan zodanig beïnvloedt dat bij een veronderstelde verkoop ervan in het vrije commerciële verkeer tussen een redelijk handelende verkoper en een redelijk handelende koper, een hogere prijs tot stand zou komen dan de complexwaarde.

Ik merk op dat mijns inziens de Afdeling in de rechtspraak over inbrengwaarden in exploitatieplannen een koers vaart die afwijkt van de voornoemde benadering van de Hoge Raad. De Afdeling lijkt namelijk de bijzondere kwaliteit – de meerwaarde – die een perceel kan hebben vanwege het liggen op een zichtlocatie niet bij de waardering te willen betrekken, omdat die status van zichtlocatie uit het bestemmingsplan zou voortvloeien.^[52]

4.2.3 Kapitalisatiefactor

Kapitaliseren is een methode om een in de toekomst jaarlijks terugkerende schade in één keer in zijn totaal vast te stellen. In het algemeen wordt in geval van onteigening voor de eigenaar de factor 10 gehanteerd. In het arrest *Soest/Islamitische Stichting*^[53] heeft de Hoge Raad de factor 10 nogmaals bevestigd. In deze zaak ging het om de onteigening van een moskee. Uitgangspunt was dat een nieuwe moskee elders zou worden teruggebouwd. De jaarlijkse rentelast voor de onteigende heeft de rechtbank, in afwijking van het advies van de deskundigen, gekapitaliseerd met factor 15. De rechtbank baseerde die keuze op twee omstandigheden: het 'voordeel nieuw voor oud'^[54] van de nieuwe moskee zou zich over een zeer lange periode uitstrekken en gelet zou moeten worden op de bijzondere aard van het moskeegebouw, die zou maken dat het niet aannemelijk is dat het gebouw in de nabije toekomst zal worden verkocht.

De Hoge Raad oordeelt – terecht – dat geen van beide voornoemde omstandigheden rechtvaardigen dat een andere kapitalisatiefactor wordt gehanteerd dan de in het onteigeningsrecht voor de bepaling van de aan de onteigende toekomende vergoeding van jaarlijkse schade gebruikelijke factor 10. De kapitalisatiefactor ziet immers slechts op de wijze waarop de jaarlijkse rentelast wordt omgerekend tot een bedrag ineens waaruit de onteigende die rentelast gedurende een aantal jaren kan opbrengen. Dat aantal jaren houdt geen verband met

het tijdvak gedurende welke het voordeel 'nieuw voor oud' zich naar verwachting zal voordoen, noch met het aantal jaren waarin de onteigende naar verwachting eigenaar zal blijven van een nieuw te stichten gebouw. Een woordelijke vrijwel identieke overweging is terug te vinden in het arrest *Dusseldorp/Apeldoorn*^[55] van 20 april 2012.

5. *Varia*

5.1 Renteberekening

Grondbeginsel van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken is dat alle schade die rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de onteigening behoort te worden vergoed. Het is niet zo dat bij één vonnis uitspraak wordt gedaan over zowel de onteigening als de schadeloosstelling voor onteigening. De onteigening wordt vervroegd uitgesproken en gaat gepaard met een voorschot op de schadeloosstelling, doorgaans 90% van het aanbod bij dagvaarding. Het vonnis houdende de schadeloosstelling volgt soms wel jaren later.

Wanneer de definitieve schadeloosstelling hoger uitkomt dan het toegekende voorschot, mist de onteigende gedurende een bepaalde periode een deel van de schadeloosstelling waarop hij al per peildatum – datum waarop het vervroegd uitgesproken onteigeningsvonnis wordt ingeschreven in de openbare registers – aanspraak had. De Hoge Raad bevestigt in het al eerder genoemde arrest *Janssen/Venray*^[56] dat het door de onteigenaar te vergoeden nadeel dat de onteigende lijdt door het gemis van het bedrag waarmee de uiteindelijke schadeloosstelling het betaalde voorschot te boven gaat in de periode tussen de dag waarop het vonnis van vervroegde onteigening is ingeschreven in de openbare registers en de dag waarop de schadeloosstelling wordt vastgesteld, moet worden begroot naar de waarde van het gemiste genot. Dat genot is niet noodzakelijkerwijze gelijk aan de wettelijke rente over het gemiste bedrag. Verwijzend naar het arrest *De Bruyn c.s./Waterschap Rivierland*^[57] komt de Hoge Raad echter tevens tot het oordeel dat in gevallen waarin partijen in het onteigeningsgeding zich niet hebben uitgelaten over de modaliteit van de toe te kennen vergoeding voor het hier bedoelde nadeel, de rechtbank ervan mag uitgaan dat dit nadeel vergoed wordt door de onteigenende partij te verwijzen in de (ingevolge art. 6:119 lid 2 BW samengesteld te berekenen) wettelijke rente over het gemiste bedrag. Overigens – en dit is belangrijk – kan de onteigenaar dit 'renterisico' niet bij de onteigende leggen door bijvoorbeeld tussentijds (ongevraagd) aanvullende voorschotten uit te keren.^[58]

In dit verband is tevens van belang het eveneens al eerder genoemde arrest *Stroetinga/Tynaarlo*.^[59] Stroetinga ontving een schadeloosstelling die louter bestond uit de werkelijke waarde van het onteigende. Die definitieve schadeloosstelling viel echter lager uit dan het toegekende voorschot. Het te veel betaalde moest natuurlijk aan de gemeente worden geretourneerd, maar de vraag kwam op of – en zo ja hoeveel – rente Stroetinga over dit excedent aan voorschot zou moeten (terug)betalen. De rechtbank hanteerde een percentage van 2%. Hierdoor ontving Stroetinga uiteindelijk een bedrag lager dan de werkelijke waarde van het onteigende (namelijk die waarde minus de daarmee verrekende rente).

De Hoge Raad oordeelde al in het arrest *List/Staat*^[60] dat in geval het aan de onteigende toegekende voorschot de uiteindelijk toekomende schadeloosstelling te boven gaat het genot van dat voorschot een voor verrekening in aanmerking komend voordeel is. Bij de bepaling van dat voordeel mag niet zomaar de wettelijke rente worden gehanteerd, maar moet worden uitgegaan van de 'aanwending die een redelijk handelend onteigende aan het voorschot zal geven met inachtneming van de kans dat dit voor een deel zal moeten worden terugbetaald.' Dit voordeel mag echter, zo vervolgt de Hoge Raad, niet worden verrekend met de werkelijke waarde van het onteigende. Deze situatie lijkt zich in het geval *Stroetinga/Tynaarlo* ook voor te doen, maar de cassatieklacht van Stroetinga wordt toch verworpen met een beroep op art. 81 RO. Hier lijkt sprake van een misslag. De verwerping van de cassatieklacht impliceert immers dat de Hoge Raad ofwel van oordeel is dat een te veel ontvangen voorschot 'gewoon' moet worden terugbetaald met rente (en daarmee afstand neemt van de gedachte dat het

tijdelijk genot van een te hoog voorschot een te verrekenen voordeel is) ofwel meent dat verrekening van voordelen met de werkelijke waarde (thans) wel is toegestaan. In elk van deze beide varianten zou een 'omgaan' van de Hoge Raad echter niet gepaard hebben mogen gaan met een verwerping van het cassatieberoep zonder nadere motivering.

5.2 Zekerheidsstelling

In art. 54i lid 4 OW is opgenomen dat de rechtbank voor de onteigende partij en bekende derde belanghebbenden een som als zekerheid bepaalt voor de voldoening van de aan ieder van hen verschuldigde schadeloosstelling. Weliswaar kan de onteigende partij afstand doen van het haar wettelijke toekomstige recht op zekerheidsstelling, maar daarvoor is een ondubbelzinnige wilsverklaring van de rechthebbende vereist.

In de zaak die leidde tot het arrest *EWV en Koeman/Hoorn*^[61] van 23 december 2011 had de Rechtbank Hoorn ten aanzien van de door de gemeente te stellen zekerheid voor het verschil tussen de aangeboden schadeloosstelling en het voorschot overwogen dat de gemeente bij pleidooi heeft aangevoerd dat zij 'goed is voor haar geld' en dat niet gevreesd hoeft te worden dat zij niet overgaat tot betaling van het resterende deel van de schadeloosstelling. Zekerheidsstelling hoefde volgens de rechtbank dus niet plaats te vinden. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat de rechtbank aldus heeft miskend dat art. 54i lid 4 OW – waarin staat, voor zover thans van belang, dat de rechtbank voor de onteigende partij en bekende derde belanghebbenden een som als zekerheid bepaalt voor de voldoening van de aan ieder van hen verschuldigde schadeloosstelling – 'ongeclausuleerd imperatief is geformuleerd'.^[62] Daarbij wordt mede gelet op de wetsgeschiedenis van deze bepaling, waarin staat dat zekerheidsstelling op constitutionele gronden niet kan worden beperkt tot de gevallen waarin de onteigende partij daarom verzoekt, daar schadeloosstelling (betaald of) verzekerd moet zijn, tenzij de rechthebbende afstand doet van het recht op zekerheidsstelling.

Afstand van het recht op zekerheidsstelling overeenkomstig art. 54i lid 4 OW vereist dus een ondubbelzinnige wilsverklaring. Enkel het niet reageren op de stelling van de gemeente dat zij 'goed is voor haar geld en dat niet gevreesd hoeft te worden dat zij niet overgaat tot betaling van het resterende deel van de schadeloosstelling' mag niet leiden tot de conclusie dat de onteigenden afstand zouden hebben gedaan van hun recht op zekerheidsstelling.

5.3 Cassatietermijn

Het onteigeningsrecht kent een bijzonder regime voor het instellen van cassatieberoep.^[63] Cassatieberoep wordt ingesteld door het binnen twee weken na vonnis (doen) afleggen van een zogenaamde cassatieverklaring ter griffie van de rechtbank die het te bestrijden vonnis heeft gewezen. Gaat het om een vervroegd onteigeningsvonnis, dan moet deze verklaring met bijbehorende dagvaarding worden betekend binnen twee weken na afloop van voornoemde termijn. Gaat het om een schadeloosstellingsvonnis dan bedraagt die tweede termijn zes weken.

In de zaken die leidden tot de arresten HR 14 oktober 2011^[64] en 20 mei 2011^[65] was de verklaring weliswaar tijdig afgelegd, maar geschiedde de betekening te laat. Zulks leidde in beide gevallen tot niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep.

De bijkomende – en beduidend meer interessante – vraag in deze zaken was wat een dergelijke te late betekening betekent voor het (kunnen) inschrijven van het vervroegd onteigeningsvonnis in de openbare registers, immers de methode om daadwerkelijke eigendomsovergang van onteigende naar onteigenaar te kunnen laten plaatsvinden. De Hoge Raad overweegt in niet mis te verstane bewoordingen dat indien een vonnis van vervroegde onteigening als bedoeld in art. 54i OW in kracht – art. 54m OW spreekt ten onrechte over 'gezag' – van gewijsde is gegaan doordat de tijdig ter griffie afgelegde cassatieverklaring niet binnen de in art. 54i lid 1

OW bedoelde termijn van twee weken is gevolgd door betekening daarvan aan en dagvaarding van de onteigende partij, moet de griffier de (in art. 25 lid 1 aanhef en onder a Kadw bedoelde) verklaring dat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan (en dus kan worden ingeschreven in de openbare registers) desgevraagd onverwijld aan de onteigenende partij afgeven. Daarbij doet niet ter zake dat na afloop van de termijn van twee weken van art. 54l lid 1 OW alsnog betekening van de cassatieverklaring en dagvaarding in cassatie heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad geeft hiermee een voor de onteigeningspraktijk nuttige aanwijzing.

Ook staat de Hoge Raad stil bij de vraag wanneer het vonnis waarbij de onteigening wordt uitgesproken in de openbare registers kan worden ingeschreven. Voor de opvatting dat het vonnis, indien de griffier nalaat de bedoelde verklaring af te geven, nog in de openbare registers kan worden ingeschreven binnen een termijn van twee maanden nadat de Hoge Raad de onteigende partij in haar cassatieberoep niet-ontvankelijk heeft verklaard, biedt art. 54m OW geen ruimte. Wanneer dus de cassatiedagvaarding en de cassatieverklaring niet tijdig zijn betekend, met als gevolg dat de inschrijving van het vonnis in de openbare registers niet heeft plaatsgevonden binnen een termijn van twee weken nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan doordat tijdig ter griffie een cassatieverklaring is afgelegd, zal inschrijving pas kunnen plaatsvinden nadat de rechtbank een vonnis heeft gewezen waarin de schadeloosstelling voor de onteigende is vastgesteld en dat vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

5.4 Teruglevering

Het terugvorderingsrecht van art. 61 OW maakt van stond af aan deel uit van de Onteigeningswet 1851.

Krachtens dit artikel kan de onteigende onder bepaalde omstandigheden – kort gezegd: wanneer het werk waarvoor is onteigend niet of niet tijdig (namelijk: binnen drie jaar) wordt gerealiseerd – het onteigende bij de rechter terugvorderen of aanvullende schadeloosstelling eisen. Geringe aanpassingen van het oorspronkelijke werk zijn overigens (thans) wel toegestaan.

De zaak die leidde tot het arrest *Roymans/Eindhoven en Staat* van 25 februari 2011^[66] betreft een terugvordering van onteigende grond rond vliegveld Welschap. De rechtbank nam weliswaar aan dat – zoals door Roymans was betoogd – binnen de in art. 61 OW genoemde termijn van drie jaar geen werkzaamheden waren verricht gericht op totstandbrenging van het werk waarvoor destijds was onteigend, maar dat de vordering tot teruglevering afstuitte op het feit dat inmiddels niet meer de gemeente, maar de Staat eigenaar was van de betreffende grond. Die visie wordt gedeeld door het hof en de Hoge Raad. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het hof dat op grond van art. 61 OW een vordering tot teruglevering dient ingesteld te worden tegen de oorspronkelijke onteigenaar. De tekst ('terugvorderen') en de strekking (effectieve bescherming van de onteigende tegen de onteigenaar als zich bepaalde omstandigheden aan diens zijde voordoen) van deze bepaling verzetten zich tegen een ruime uitleg die het mogelijk maakt dat deze vordering ook tegen een ander dan de onteigende partij wordt geldend gemaakt. "Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling (...), blijkt dat het recht van terugvordering van de onteigende is bedoeld als bescherming van hem tegen onnodige of ontijdige onteigening. Daarom kan deze vordering alleen tegen de onteigende [de gemeente, en dus niet de Staat] worden ingesteld."^[67] Een door Roymans nog bepleite vereenzelviging van de gemeente en de Staat is volgens de Hoge Raad niet aan orde, omdat zowel in de administratieve als de gerechtelijke fase is vastgesteld dat de onteigening plaatsvond in het belang van de gemeente (realisering van het bestemmingsplan), zodat in cassatie wordt uitgegaan van het onjuiste uitgangspunt dat in feite de Staat de belanghebbende partij was bij de onteigening. Ten slotte behoren volgens de Hoge Raad tot de werkzaamheden in art. 61 OW alleen die werkzaamheden die dienen ter uitvoering van het werk zelf. Voorbereidende werkzaamheden kunnen niet worden gerekend tot uitvoering van het werk waarvoor onteigend is.

6. EVRM

Bijna aan het slot van deze kroniek gekomen, wil ik nog kort aandacht besteden aan enkele uitspraken van het EHRM op het gebied van het onteigeningsrecht.

Allereerst noem ik het arrest *Potomska en Potomski/Polen*.^[68] De zaak betrof een Pools echtpaar dat in 1974 van de Staat een perceel grond had gekocht waarop zich een negentiende eeuwse Joodse begraafplaats bevond. Die begraafplaats werd vervolgens aangewezen als monument hetgeen maakte dat het echtpaar die grond niet kon exploiteren zonder toestemming van de bevoegde autoriteiten, welke toestemming niet werd verleend. Herhaalde pogingen tot onteigening liepen op niets uit, omdat de autoriteiten niet over voldoende fondsen bleken te beschikken om de onteigening te bekostigen. Uiteindelijk wendden de echtelieden zich tot het EHRM met een klacht over schending van art. 1 EP EVRM.

Het Hof honoreert de klacht. Het Hof rekent de Poolse autoriteiten aan dat een langdurige belemmering plaatsvindt die een reëel genot van het perceel onmogelijk maakt zonder dat de getroffen burgers een effectief middel ten dienste staat om aan die situatie een einde te maken, zoals een aanspraak om te worden onteigend. Impliciet lijkt het EHRM hier onder bijzondere omstandigheden een soort 'recht op onteigening' te erkennen. Dat is een interessante gedachte, die wellicht verdere overweging verdient.

In de tweede plaats wijs ik op het arrest *Helly c.s./Frankrijk*. De heer Helly en de zijnen hebben het geluk rechthebbenden te zijn op de gronden waaronder de grot van Chauvet is gesitueerd, een schitterend beschilderde grot uit de prehistorie. Teneinde de grot en de directe omgeving daarvan effectief te beschermen, gaat de Franse Staat over tot onteigening van die gronden. Het Cour d'Appel te Lyon waardeert het onteigende met inachtneming van de aanwezigheid van de grot en zoekt daarbij aansluiting bij de vergoeding die in het verleden (in 1972) door de Staat minnelijk is betaald aan de eigenaren van de grot van Lascaux (een andere bekende Franse grot). Uiteindelijk ontvangen Helly c.s. (gezamenlijk) een schadeloosstelling van ruim € 767.000. Deze beslissing van het hof houdt in cassatie stand. Helly c.s. menen dat art. 1 EP EVRM in het geding is en stellen ten overstaan van het EHRM aan de orde of zij wel een acceptabele schadeloosstelling hebben ontvangen. Zij menen dat voor de waardering van de grot aansluiting moet worden gezocht bij prijzen die worden betaald voor werken van kunstenaars van internationale faam, zoals Van Gogh, Chagall, Picasso of Klimt. Het EHRM acht de klacht ongegrond en wijst erop dat art. 1 EP EVRM geen garantie biedt op een volledige schadeloosstelling.^[69] Er moet een evenwicht bestaan ('fair balance') tussen het met de onteigening gediende algemeen belang en het belang van de burger op bescherming van zijn eigendom. Het uitkeren van een vergoeding voor onteigening dient die balans te handhaven. De nationale rechter – die terecht rekening heeft gehouden met het bijzondere karakter van het onteigende – is in beginsel vrij in de door hem gehanteerde waarderingsmethode die in het onderhavige geval niet als arbitrair kan worden aangemerkt.^[70]

In de derde plaats noem ik nog het arrest *Tarnawczyk/Polen*.^[71] In 1977 wordt een onteigening van de woning van mevrouw Tarnawczyk aangekondigd, maar de daadwerkelijke onteigening blijft uiteindelijk uit. Ook worden rondom de woning wat werkzaamheden uitgevoerd, maar daarmee houdt men op enig moment op. Tarnawczyk wil de schade ten gevolge van deze werkzaamheden vergoed zien, maar de Poolse autoriteiten geven aan dit pas te doen bij de onteigening. In 1999 wordt evenwel aangekondigd dat de onteigening definitief geen doorgang vindt. Opvolgende verzoeken van Tarnawczyk om schadevergoeding worden afgewezen, omdat zij niet het juiste openbare lichaam zou hebben aangesproken. Het EHRM is van oordeel dat een op handen zijnde onteigening, gecombineerd met een onmogelijkheid tot het verkrijgen van een schadevergoeding (namelijk: pas als onteigend wordt), ertoe leiden dat sprake is van inmenging in het eigendom van verzoekster. Nu ook geen sprake is van een 'fair balance' – de afwijzing van het verzoek na 22 jaar ellende omdat het verkeerde orgaan wordt aangesproken is niet proportioneel – neemt het hof een schending van art. 1 EP aan. Tarnawczyk is door de Poolse gang van zaken getroffen door een 'excessive and disproportionate burden', die vergoed dient te worden.

7. Slotsom

De afgelopen jaren hebben geleid tot een verdere aanscherping, verfijning en vernieuwing van de jurisprudentie op het terrein van het onteigeningsrecht. Meest in het oog springend – en voer voor de nodige publicaties – vormt de nuancering van de *Matser-Markus*-leer in de *9 juli*-arresten. Ook de rol van de deskundige in het onteigeningsrecht is sterk in de belangstelling gekomen en zal dat – in afwachting van nadere regelgeving – ook voorlopig wel blijven.

Voor wie het onteigeningsrecht een warm hart toedraagt – en dat zijn er, gezien de snelle groei van de in 2011 opgerichte Vereniging voor Onteigeningsrecht, velen – zijn de vooruitzichten ook boeiend. Het thans bestaande streven om te komen tot een Omgevingswet brengt met zich een bezinning op de (toekomstige) vormgeving van de regels van onteigeningsrecht, die immers ook deel uitmaken van het omgevingsrecht in brede zin. Behoort het onteigeningsrecht veeleer tot het publiekrecht of tot het privaatrecht? Moet het dan op Awb-leest worden geschoeid, of moeten de bemoeienis van de Kroon en de civiele rechter worden behouden? Zal gemorrelt worden aan de regels van schadeloosstellingsrecht of blijft het gave jurisprudentiebouwwerk van de Hoge Raad ook voor de toekomst behouden? Mijn eigen opvattingen daaromtrent zijn genoegzaam bekend. Hoe de wetgever hierover denkt, is onderwerp van een volgende kroniek.

Voetnoot

[1]

Mr J.A.M.A. Sluysmans is advocaat bij Van der Feltz advocaten in Den Haag en als gastmedewerker verbonden aan de Universiteit Leiden. Dank gaat uit naar Anne Hendriks voor de waardevolle ondersteuning bij het schrijven van deze bijdrage. Het artikel is afgesloten op 13 juli 2012.

[2]

J.F. de Groot, 'Noodzaak voor onteigening: actualiteiten en zelfrealisatie', *O&A* 2009, p. 38-50.

[3]

J.A.M.A. Sluysmans, *Onteigeningswet/Vorderingswet*, Deventer: Kluwer 2011.

[4]

E. van der Schans & A.C.M.M. van Heesbeen, *Onteigening. Het spel en de knikkers*, Doetinchem: Reed Business 2011.

[5]

J.A.M.A. Sluysmans, J.J. van der Gouw & W.J. Bosma, *Onteigeningsrecht in de praktijk*, Den Haag: IBR 2011.

[6]

J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken. Een studie naar theorie en praktijk* (diss. Leiden), Den Haag: IBR 2011.

[7]

S. Verbist, *De onteigening ten algemene nutte als instrument van de ruimtelijke ordening* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2011.

[8]

D. Bergen, *Grond te koop? Elementen voor de vergelijking van prijzen van landbouwgronden en onteigeningsvergoedingen in Vlaanderen en Nederland*, Brussel: Departement Landbouw en Visserij 2011.

[9]

J.A.M.A. Sluysmans, 'Wijzigingen in de Onteigeningswet. Over symboolwetgeving, politiek onvermogen en het menselijk tekort', *TBR* 2010, p. 50-55; J.A.M.A. Sluysmans & J.J. van der Gouw, 'Onteigening en crisis. De gevolgen van de Crisis- en herstelwet voor het onteigeningsrecht', *NTB* 2010, p. 192-197; J.F. de Groot & A. de Snoo, 'Onteigening in crisis. De voorstellen tot versnelling van onteigening' (in twee delen), *BR* 2009, p. 991-1004 en 2010,

p. 490-499; B.S. ten Kate, 'Onteigenen in crisistijd', *TBR* 2010, p. 428-429; J.A.M.A. Sluysmans & W.J. Bosma, 2010, 'De Crisis- en herstelwet en de gevolgen voor de Onteigeningswet, of wat ervan over is', *AR* 2010, p. 221-225.

[10]

Zie ook recent C. Visser & C.A.C. Frikkee, 'De Crisis- en herstelwet en onteigening: versnelling of vertraging?', *TBR* 2012, p. 124 (hierna: Visser & Frikkee 2012).

[11]

Besluit van 27 december 2010, *TBR* 2011-48, m.nt. B.S. Ten Kate (*Hengelo*).

[12]

Al zijn er enkele gemeenten (ik ken er zelf twee) die – onverplicht – de uov doorlopen alvorens een besluit wordt genomen tot het richten van een verzoek aan de Kroon.

[13]

Besluit van 14 oktober 2011, *Stcrt.* 2011, 11002474 (*Oirschot*).

[14]

Besluit van 31 augustus 2011, *TBR* 2011-199, m.nt. B.S. Ten Kate (*Woerden*).

[15]

Besluit van 5 oktober 2011, *Stcrt.* 2011, 11002380 (*Werkendam*). Zie ook besluit van 29 september 2011, *Stcrt.* 2011, 11002336 (*Haarlemmermeer*).

[16]

Zie in dat kader ook Visser & Frikkee 2012.

[17]

Besluit van 3 maart 2011, *BR* 2011/115, m.nt. W.J.E. van der Werf (*Neder-Betuwe*).

[18]

Zie uitgebreid hierover Sluysmans 2011, p. 53-54.

[19]

HR 12 februari 2010, *NJ* 2010/98 (*Merckelbagh c.s./Heerlen I*).

[20]

HR 25 juni 2010, *NJ* 2010/375 (*Merckelbagh c.s./Heerlen II*).

[21]

Nr. 165650/HA ZA 11-762.

[22]

Zie ter illustratie van de beperkte motiveringsplicht: Rb. Dordrecht 2 maart 2011, *LJN* BP7353.

[23]

J.A.M.A. Sluysmans, 'De positie van de deskundigen in het onteigeningsrecht', *TBR* 2008, p. 25-30.

[24]

Zo stond dit onderwerp op de agenda van het lustrumseminar van de Vereniging van Onteigeningsadvocaten (waarover: G.J.M. de Jager & J.J. Hoekstra, 'De Onteigeningswet in de praktijk. Verslag van het onderzoek en het seminar ter gelegenheid van het vierde lustrum van de Vereniging van Onteigeningsadvocaten', *TBR* 2012, p. 12-21) en was het hoofdthema tijdens het openingsseminar van de Vereniging voor Onteigeningsrecht op 5 december 2012.

[25]

Rb. Roermond 2 november 2011, *LJN* BU3532.

[26]

W.J.I. van Wijmen, *Het Onteigeningsproces* (diss. Nijmegen), Roermond: Van der Marck 1945, p. 132.

[27]

W. Wijting, *Een studie tot hervorming van het onteigeningsprocesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 298 e.v.

[28]

HR 6 april 1995, *NJ* 1996/404, m.nt. R.A. Mörzer Bruyns.

[29]

Rb. Roermond 2 november 2011, *LJN* BU3532.

[30]

Al bestaan hier toch enkele praktische risico's, zie Sluysmans 2011, p. 193-195.

- [31] HR 24 juni 2011, *TBR* 2011-156, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (*Stroetinga/Tynaarlo*).
- [32] Zie over het onderwerp hoor en wederhoor in relatie tot de positie van deskundigen meer uitgebreid Sluysmans 2011, p. 193-195.
- [33] Rb. 's-Hertogenbosch 9 november 2011, *LJN* BU3846.
- [34] Rb. 's-Hertogenbosch 9 november 2011, *LJN* BU3846.
- [35] Rb. Haarlem 2 februari 2011, *LJN* BP6442. Zie ook Rb. Haarlem 2 februari 2011, *LJN* BP7231 en Rb. Haarlem 27 april 2011, *LJN* BQ5185.
- [36] Zie bijv. HR 21 oktober 1964, *NJ* 1965/29, m.nt. N.J. Polak (*Nefabas/Noord-Brabant*) en sindsdien vaste rechtspraak.
- [37] HR 22 november 1978, *NJO* 1979, 1 (*Staat/Matser*).
- [38] HR 18 juni 1980, *NJO* 1980, 7 (*Staat/Markus*).
- [39] Zie uitgebreid Sluysmans 2011, p. 119-128.
- [40] HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/631, m.nt. P.C.E. van Wijmen, *BR* 2011, p. 41-44, m.nt. E.W.J. de Groot, *TBR* 2010, p. 1111-1113, m.nt. E. van der Schans (*Van der Eijk/Zuid-Holland*).
- [41] Ik noem HR 25 november 2011, *NJ* 2012/33 (*Dowato c.s./BBL*).
- [42] Ik noem Hof 's-Gravenhage 31 januari 2012, nr. 200.071.490/01.
- [43] Rb. Haarlem 27 april 2011, *LJN* BQ5185.
- [44] Rb. Arnhem 6 juli 2011, *LJN* BR2030.
- [45] Rb. Utrecht 21 september 2011, *LJN* BT2940.
- [46] HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/163 (*Staat/Amev*).
- [47] Zie in dit kader ook: J.S. Procee e.a., 'Kroniek oteigeningsjurisprudentie 2011', *TBR* 2012, p. 130-138.
- [48] Ik noem opnieuw HR 25 november 2011, *NJ* 2012/33 (*Dowato c.s./BBL*).
- [49] Van der Feltz e.a., *Schadeloosstelling voor onteigening. Telders, nieuw voor oud.*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 454.
- [50] Zie ook Sluysmans 2011, p. 87-93.
- [51] HR 15 april 2011, *TBR* 2011-140, m.nt. E. van der Schans (*Janssen/Venray*).
- [52] ABRvS 25 mei 2011, *TBR* 2011-141, m.nt. J.F. de Groot, ABRvS 1 juni 2011, *BR* 2011/134, m.nt. W.J. Bosma en J.A.M.A. Sluysmans en ABRvS 2 mei 2012, nr. 201105416/1/T1/R4. Zie ook J.A.M.A. Sluysmans, 'Wat het nadeelcompensatierecht van het onteigeningsrecht kan leren' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 466-467.
- [53]

HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/632, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Soest/Islamitische Stichting*).

[54]

Dit is een voordeel dat kan ontstaan indien een oud gebouw wordt vervangen door een nieuw gebouw en dat nieuwe gebouw ten opzichte van de oude locatie (financiële) voordelen met zich brengt, zoals minder onderhoud en lager energieverbruik.

[55]

HR 20 april 2012, *RvdW* 2012/612 (*Dusseldorp/Apeldoorn*).

[56]

HR 15 april 2011, *TBR* 2011-140, m.nt. E. van der Schans (*Janssen/Venray*).

[57]

HR 21 november 2008, *NJ* 2009/303, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland*).

[58]

HR 26 maart 2010, *NJ* 2010/351, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Nieuw Werklust Holding/Staat*).

[59]

HR 24 juni 2011, *TBR* 2011-156, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (*Stroetinga/Tynaarlo*).

[60]

HR 11 april 1984, *NJ* 1984/728, m.nt. M.A. Mörzer Bruyns (*List/Staat*).

[61]

HR 23 december 2011, *NJ* 2012/22 (*Koeman en EWF/Hoorn*).

[62]

Zie ook al de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006/544-545 (*X/Boskoop*).

[63]

Zie uitgebreid *J.G. de Vries Robbé & J.A.M.A. Sluysmans*, 'Cassatie in onteigeningszaken', *BR* 2005, p. 538-542.

[64]

HR 14 oktober 2011, *RvdW* 2011/1249 (*Staat/X c.s.*).

[65]

HR 20 mei 2011, *RvdW* 2011/641 (*Aalmers/Overbetuwe*).

[66]

HR 25 februari 2011, *NJ* 2011/292, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Roymans/Eindhoven en Staat*).

[67]

AUTEURSVRAAG; NOOTTEKST ONTBREEKT

[68]

EHRM 29 maart 2011, *EHRC* 2011-99, m.nt. M.K.G. Tjepkema en T. de Jong (*Potomski en Potomska/Polen*).

[69]

EHRM 11 oktober 2011, *EHRC* 2012-33, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (*Helly e.a./Frankrijk*).

[70]

In soortgelijke zin luidt ook het oordeel van het EHRM in de zaak EHRM 8 maart 2011, *EHRC* 2011-82 (*Vistins en Perepjolkins/Letland*).

[71]

EHRM 7 december 2010, *RvdW* 2011/1575 (*Tarnawczyk/Polen*).