

# De bodem van bijzondere (on)geschiktheid bij onteigening: de combinatie van eigenschap en voordeel

O&A 2016/54

In dit artikel bespreken de auteurs hoe bij het bepalen van de schadeloosstelling voor onteigening moet worden omgegaan met bijzondere (on)geschiktheid. Zij spitsen zich daarbij toe op de verhouding tussen bijzondere geschiktheid en art. 40c (het eliminatiebeginsel) en 40d onteigeningswet (het egalisatiebeginsel). Als vertrekpunt voor hun bespreking langs de verschillende leerstukken die bij bijzondere geschiktheid van belang zijn nemen de auteurs het recente HR-arrest *Groten/Staat*.

## 1. Inleiding

In dit artikel bespreken wij hoe bij het bepalen van de schadeloosstelling voor onteigening moet worden omgegaan met bijzondere (on)geschiktheid. Bij bijzondere *geschiktheid* gaat het om eigenschappen van de onteigende zaak, die de zaak bijzonder geschikt maken voor het werk waarvoor wordt onteigend. Het gaat dan bijvoorbeeld om al op het onteigende aanwezige werken, of om in de grond aanwezige bodembestanddelen.<sup>2</sup> Deze laatste categorie bespreken wij ook afzonderlijk en uitgebreider. Daarbij zullen wij ook ruim aandacht besteden aan bodembestanddelen die niet zozeer voor het werk waarvoor onteigend wordt een meerwaarde opleveren, maar die wel een meerwaarde van het onteigende opleveren. Bij bijzondere *ongeschiktheid* gaat het om eigenschappen van de onteigende zaak, die de zaak bijzonder ongeschikt maken voor het werk waarvoor wordt onteigend. Een voorbeeld is in de onroerende zaak aanwezige bodemverontreiniging die leidt tot extra kosten bij de realisering van het werk waarvoor wordt onteigend.

Wij spitsen ons artikel toe op de verhouding tussen bijzondere geschiktheid en art. 40c en 40d onteigeningswet. Art. 40c onteigeningswet betreft het *eliminatiebeginsel* en houdt in dat bij de waardebepaling geen rekening wordt gehouden met de effecten van werken waarvoor onteigend wordt, overheidswerken in verband daarmee en de plannen voor die werken.<sup>3</sup> Art. 40d gaat over het *egalisatiebeginsel* ofwel de *complexbenadering*, die inhoudt dat alle functies van het

complex aan ieder deel van het complex worden toegerekend.<sup>4</sup>

Zowel bij de bijzondere geschiktheid vanwege (bijv.) de aanwezigheid van een talud (een voordeel als er een weg moet worden aangelegd) of het vrijkomen van aanwezige bodembestanddelen, als bij de bijzondere *ongeschiktheid* als gevolg van de aanwezigheid van bodemverontreiniging is het de vraag hoe de vergoeding van de hogere of lagere werkelijke waarde zich verhoudt tot de beginselen van eliminatie van voor- of nadelen en het beginsel van egalisatie van alle bestemmingen binnen het complex. Aan de hand van enkele meer en minder recente arresten geven wij onze visie op deze problematiek.

Als vertrekpunt voor onze reis langs de verschillende leerstukken die bij bijzondere geschiktheid van belang zijn nemen wij het arrest *Groten/Staat*.<sup>5</sup> Bij de bespreking van het arrest komt aan de orde hoe bijzondere geschiktheid zich verhoudt tot het eliminatiebeginsel en hoe de voordelen van een bijzondere geschiktheid moeten worden verdeeld tussen onteigende en onteigenaar. Die verdelingsvraag brengt ons tot slot bij het egalisatiebeginsel (de complexbenadering).

## 2. Het arrest *Groten/Staat*

### 2.1 Een interessante casus

In het arrest *Groten/Staat* ging het om een onteigening ten behoeve van de uitvoering van het bestemmingsplan “Scheller en Oldeneler Buitenwaarden” van de gemeente Zwolle. Het bestemmingsplan strekte tot de herinrichting van de Scheller en Oldeneler Buitenwaarden, door de aanleg van een hoogwatergeul en de vergraving van de uiterwaarden in het kader van het uitvoeren van de beleidslijn “Ruimte voor de Rivier”.

Ter plaatse van een zandwinplas zou een gedeelte van de hoogwatergeul worden gerealiseerd. Om waterstaatkundige redenen (stabilisering van de drempel bij de inlaat van de geul) moest de zandwinplas wel ondieper worden gemaakt. Daarvoor zou circa 1.000.000 m<sup>3</sup> grond nodig zijn. Ongeveer de helft van de grond die in de plas zou moeten worden gestort betrof grond die uit het project vrijkwam en die de Staat niet kon gebruiken voor andere projecten of kon afzetten op de markt. Als de zandwinplas er niet was geweest zou deze grond dus elders moeten worden afgestort. De andere helft van de grond die nodig was om de zandwinplas op de juiste (on)diepte te krijgen, was grond die wel vermarktbaar was. Zonder zandwinplas had deze grond dus

1 Hanna Zeilmaker en Joske Hagelaars zijn advocaat bij Dirkszwaiger advocaten & notarissen.

2 Zie over bijzondere geschiktheid o.a. Van der Feltz e.a. *Schadeloosstelling voor onteigening*, *Telders, nieuw voor oud*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 426-430 en 505-516; E. Van der Schans en A.C.M.M. van Heesbeen, *Onteigening, Het spel en de knikers*, Reed Business 2011, p. 136 e.v.; Drijver-van Rijkevorsel e.a., *Handboek Onteigening*, Deventer: Kluwer 2013, p. 156 e.v. en J.A.M.A. Sluysmans e.a., *Onteigeningsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 124 e.v.

3 *Telders, nieuw voor oud*, nr. 458.

4 *Telders, nieuw voor oud*, nr. 457.

5 HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2805; NJ 2016/150, m.nt. E.W.J. de Groot; TvAR 2015/5819, m.nt. W.J.E. van der Werf (*Groten/Staat*).

anders kunnen worden gebruikt, en mogelijk een opbrengst kunnen genereren.

## 2.2 Oordeel deskundigen en rechtbank over voor- en nadelen

De rechtbankdeskundigen zagen in het voorgaande een voordeel én een nadeel van het onteigende. Het onteigende was bijzonder geschikt voor het werk waarvoor werd onteigend omdat overtollig zand kon worden afgestort in de plas. Maar het was ook bijzonder ongeschikt, omdat de plas te diep was. Aangezien bijzondere geschiktheid en ongeschiktheid volgens de deskundigen tegen elkaar weg vielen zou men verwachten dat er geen toeslag voor de onteigende zou resteren. Maar dat viel anders uit. De deskundigen presenteerden ter zitting namelijk een nieuw voordeel, te weten de besparing op de kosten van het in depot storten en houden van 500.000 m<sup>3</sup> grond. Dit voordeel werd geraamd op € 500.000,-, (toevalligerwijs) hetzelfde voordeel als deskundigen aanvankelijk (netto) hadden begroot vanwege de storting van overtollig materiaal in de plas. De helft van dit voordeel zou volgens deskundigen aan de onteigende moeten worden toegelegd, dus een bedrag van € 250.000,-. De rechtbank volgde de deskundigen in deze redenering.

## 2.3 Oordeel deskundigen en rechtbank over bijzondere geschiktheid en waardevermindering

Vervolgens kwam de vraag aan de orde welke rol het aan de onteigende toe te leggen bedrag wegens bijzondere geschiktheid van het onteigende zou moeten spelen bij de begroting van de waardevermindering van het overblijvende. Het overblijvende bestond uit de op een terp gelegen woonboerderij van Groten met schuren, erf en grasland, en een stuk weg met berm. Deskundigen waardeerden het geheel – het onteigende en het overblijvende – vóór onteigening op € 950.000. Het overblijvende werd na onteigening getaxeerd op € 350.000. De onteigende Groten zou een vergoeding ontvangen van € 455.000 voor de werkelijke waarde van het onteigende, en een vergoeding van € 250.000 vanwege de bijzondere geschiktheid. Daarom concludeerden deskundigen dat er geen vergoeding wegens waardevermindering van het overblijvende hoefde te worden toegekend. De som van € 350.000, € 455.000 en € 250.000 (€ 1.055.000) is immers hoger dan de waarde van het geheel vóór onteigening. Zo bezien is er geen sprake van waardevermindering.

De rechtbank volgde de deskundigen op beide punten. De onteigende ontving een vergoeding wegens bijzondere geschiktheid van € 250.000, en kreeg geen vergoeding voor waardevermindering van het overblijvende.

## 2.4 Beide partijen in cassatie

Zowel de Staat als eigenaar Groten kwamen tegen het vonnis van de rechtbank op.

De Staat betoogde in cassatie – voor zover voor dit artikel relevant – dat de aanwezigheid van de zandwinplas niet als een omstandigheid viel te kwalificeren die het onteigende bijzonder geschikt maakte voor het werk waarvoor onteigend werd. Daartoe betoogde de Staat onder andere dat het

doel van de onteigening niet was het afstorten van overtollige grond in de zandwinplas, en dat het door de rechtbank in aanmerking genomen voordeel – de besparing op de depotkosten – zich niet voordeed op het onteigende zelf. Voor zover daarover al anders kon worden gedacht, betoogde de Staat dat bij de bepaling van de vergoeding wegens bijzondere geschiktheid een plafond moest worden gehanteerd ter hoogte van de marktwaarde. Aangezien de onteigende geen opbrengsten had kunnen genereren door de bijzondere geschiktheid zelf aan te (doen) wenden had de bijzondere geschiktheid volgens de Staat geen marktwaarde, en moest het plafond dus op nihil worden gesteld.

Onteigende Groten betoogde dat de rechtbank ten onrechte rekening had gehouden met de bijzondere ongeschiktheid van de plas. Verder vond hij dat de rechtbank ten onrechte de vergoeding wegens bijzondere geschiktheid in aanmerking had genomen bij de beoordeling van de waardevermindering van het overblijvende, althans dat de rechtbank ten onrechte geen rekening had gehouden met de bijzondere geschiktheid bij de bepaling van de waarde van het geheel vóór onteigening.

## 2.5 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad volgde in dit interessante arrest het standpunt van onteigende Groten.

### 2.5.1 Kostenbesparing niet gekoppeld aan het onteigende

Met betrekking tot het doel van de onteigening oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel van de rechtbank aldus moet worden verstaan, dat het storten van vrijkomende grond in depots onlosmakelijk is verbonden met het doel van de onteigening, namelijk de realisering van het bestemmingsplan “Scheller en Oldeneler Buitenwaarden” als onderdeel van de PKB “Ruimte voor de Rivier”.

Volgens de Hoge Raad is dit oordeel niet onbegrijpelijk en getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting. Immers, de PKB houdt (onder andere) in dat bij de uitvoering van de voorgenomen maatregelen veel overtollige grond vrijkomt die elders in depots gestort moet worden, en dat de voormalige zandwinplas op het onteigende wordt aangewezen als depot voor schone en licht verontreinigde grond.

Met betrekking tot de vraag waar de besparing zich voordoet oordeelt de Hoge Raad dat *‘van een bijzondere geschiktheid van het onteigende niet slechts sprake [is] indien het werk op het onteigende zelf tegen minder kosten kan worden gerealiseerd. Ook als op de kosten van het gehele werk, waarvan het werk op het onteigende een onderdeel is, kan worden bespaard vanwege de bijzondere geschiktheid van het onteigende (in dit geval: de bijzondere geschiktheid van de voormalige zandwinplas als nabijgelegen depot voor de van het werk op andere percelen vrijkomende grond), kan een bijzondere geschiktheid van het onteigende aangenomen worden. Ook dan immers mag verondersteld worden dat een redelijk handelend verkoper een hogere prijs kan bedingen vanwege de bijzondere eigenschap van het onteigende die kan worden benut voor het werk waarvoor wordt onteigend.’*

### 2.5.2 Vergoeding bijzondere geschiktheid altijd maximeren op marktwaarde?

De klachten van de Staat hebben dus geen succes voor zover zij betoogden dat het onteigende überhaupt geen bijzondere geschiktheid had voor het werk waarvoor onteigend werd. Resteert de vraag of de vergoeding als gevolg van de bijzondere geschiktheid ten hoogste mag worden gesteld op 'de marktwaarde'.

De cassatieklacht van de Staat kwam – vanzelfsprekend – niet uit de lucht vallen. De klacht verwijst naar het arrest Noord-Holland/Koeckhoven<sup>6</sup>, waarin de Hoge Raad oordeelde over een bijzondere geschiktheid als gevolg van de aanwezigheid van bodembestanddelen die vrij kwamen als gevolg van de aanleg van een tunnel. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest (in een overweging ten overvloede):

*(...) Daarbij verdient opmerking dat de vergoeding ter zake van de bodembestanddelen dient te worden gesteld op de helft van het voordeel dat voor de Provincie voortvloeit uit de aanwezigheid ervan (tenzij bijzondere omstandigheden aanleiding geven een andere verdeelsleutel toe te passen), doch niet op een hoger bedrag dan de marktwaarde van het gewonnen zand. Deze laatste beperking vindt haar rechtvaardiging hierin dat die marktwaarde het voordeel is dat de onteigende onder de meest gunstige omstandigheden (de onteigening weggedacht), dat wil zeggen met een ontgrondingsvergunning, ten hoogste had kunnen verkrijgen."*

De Staat betoogde dat deze regel niet alleen geldt voor vrijkomende bodembestanddelen, maar ook in gevallen waarin een bijzondere geschiktheid uit iets anders bestaat, zoals in het onderhavige geval de als bijzonder geschikt gekwalificeerde zandwinplas.

De Staat vindt bij de Hoge Raad met haar stelling geen gehoor. De Hoge Raad oordeelt:

*"De regel dat bij de bepaling van het aan de onteigende toe te leggen bedrag voor de bijzondere geschiktheid die het onteigende heeft voor het doel van de onteigening, een 'plafond' moet worden gehanteerd, is ontwikkeld voor gevallen waarin de bijzondere geschiktheid bestaat in de aanwezigheid van winbare bodembestanddelen in het onteigende die kunnen worden verkocht of kunnen worden benut voor het werk waarvoor wordt onteigend (...). In dergelijke gevallen is het gerechtvaardigd de aan de onteigende toe te leggen vergoeding niet op een hoger bedrag te stellen dan de marktwaarde van die bodembestanddelen, aangezien de onteigende zelf geen hogere opbrengst dan die marktwaarde had kunnen realiseren. In een geval als het onderhavige echter, waarin de bijzondere geschiktheid bestaat in de aanwezigheid van een plas die kan dienen als depot voor bij het werk waarvoor wordt onteigend vrijkomende grond, zodat het werk goedkoper gerealiseerd kan worden, is geen sprake van de aanwezigheid in het onteigende van zaken met een marktwaarde. De bedoelde regel leent zich dan ook niet voor*

*toepassing buiten het geval van in het onteigende aanwezige winbare bodembestanddelen."*

De klachten van de Staat treffen dus geen van alle doel. Beter vergaat het onteigende Groten.

### 2.5.3 Geen (aftrek vanwege) bijzondere ongeschiktheid

Met betrekking tot de door de rechtbank toegepaste 'aftrek wegens bijzondere ongeschiktheid' oordeelt de Hoge Raad dat daarvoor geen ruimte is. De ongeschiktheid bestond hier uit het feit dat de plas te diep was voor het doel dat de Staat wilde realiseren, namelijk een geul met een bepaalde diepte. De keuze van de Staat om voor de – verdere – verondieping van de plas grond met een marktwaarde te gebruiken hangt volgens de Hoge Raad niet samen met de bijzondere geschiktheid van de plas, aangezien de bijzondere geschiktheid (alleen) ziet op het feit dat overtollige grond goedkoop kan worden afgestort. Daarbij moet (natuurlijk) wel rekening worden gehouden met de kosten van het afstorten van overtollige grond in de plas.

Bovendien is het nadeel dat de plas te ondiep was het gevolg van (het plan voor) het werk waarvoor is onteigend. De plas moet immers volgens de PKB "Ruimte voor de Rivier" om waterstaatkundige redenen verondiept worden, en deze verondieping moet volgens dat plan uitgevoerd worden met de in het werk vrijkomende grond. Ook gelet op art. 40c OW (het eliminatiebeginsel) mag volgens de Hoge Raad bij het bepalen van de schadeloosstelling geen rekening worden gehouden met het nadeel dat de in het werk vrijkomende grond, hoewel vermarktbaar, wordt gebruikt voor het verondiepen van de plas.

### 2.5.4 Vergoeding meerwaarde niet in mindering op vergoeding waardevermindering

Ook de klacht over de waardevermindering van het overblijvende slaagt. De Hoge Raad oordeelt dat de vergoeding van de meerwaarde wegens bijzondere geschiktheid niet in mindering gebracht mag worden op de ingevolge art. 41 OW aan de onteigende toekomstige vergoeding ter zake van de waardevermindering van het overblijvende. De Hoge Raad overweegt: "Dit brengt mee dat de vergoeding van de meerwaarde wegens bijzondere geschiktheid niet mag worden meegenomen in de voor de vaststelling van de waardevermindering van het overblijvende toegepaste vergelijking tussen enerzijds de waarde van het geheel vóór onteigening, en anderzijds de som van de werkelijke waarde van het onteigende en de waarde van het overblijvende na onteigening."

De Hoge Raad oordeelt dus niet dat de meerwaarde van de bijzondere geschiktheid ook vóór de onteigening al bestaat, en om die reden geen invloed heeft op eventuele waardevermindering van het overblijvende, maar dat met de bijzondere geschiktheid überhaupt geen rekening mag worden gehouden bij de beoordeling van de waardevermindering.

### 2.5.5 Vergoeding bijzondere geschiktheid is uitzondering op het eliminatiebeginsel

Deze beslissing wordt gemotiveerd met de overweging dat de vergoeding van de meerwaarde als gevolg van de bijzon-

6 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4378, NJ 2003/150.

dere geschiktheid een uitzondering op het eliminatiebeginsel vormt. De Hoge Raad overweegt:

*“In zoverre ontvangt de onteigende dan ook een vergoeding waardoor hij in een betere vermogenspositie komt dan zonder onteigening het geval zou zijn geweest. De onteigening weggedacht, zou immers bij een gewone verkoop van het desbetreffende perceel in het vrije commerciële verkeer uitsluitend de ‘werkelijke waarde’ die het perceel voor een redelijk handelende koper heeft vergoed worden. Dat de onteigende door vergoeding van de meerwaarde wegens bijzondere geschiktheid in een betere vermogenspositie komt dan zonder onteigening het geval geweest zou zijn, wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat het gaat om een bijzondere eigenschap die de te onteigenen zaak los van het werk waarvoor onteigend wordt al heeft en waarvoor de onteigende, als verondersteld redelijk handelend verkoper, naar billijkheid een vergoeding kan bedingen van de onteigenaar als redelijk handelend koper, omdat de zaak vanwege die eigenschap speciaal voor de onteigenaar een meerwaarde heeft.”*

## 2.6 Aandachtspunten arrest Hoge Raad

### 2.6.1 Bijzonder geschikt: intrinsieke eigenschap reden voor uitzondering eliminatieregel

Het arrest geeft op verschillende punten stof tot nadenken en discussie.

In zijn noot bij het arrest<sup>7</sup> schrijft Van der Werf dat hij meent dat de Hoge Raad ten onrechte verwijst naar eerdere rechtspraak, waar de Hoge Raad oordeelt dat de vergoeding wegens bijzondere geschiktheid een uitzondering vormt op de eliminatieregel. Onder verwijzing naar verschillende schrijvers<sup>8</sup> concludeert Van der Werf: *“De zaak heeft dus niet een eigenschap die wordt veroorzaakt door (het plan voor) het werk en daarom speciaal voor de onteigenaar een meerwaarde heeft, maar om (bedoeld zal zijn: heeft) een eigenschap die er al was vóórdat sprake was van het werk of de onteigening daarvoor en die voor de onteigenaar als redelijk handelende koper een meerwaarde heeft ten opzichte van vergelijkbare percelen.”*

Vanuit deze redenering is Van der Werf het niet eens met de Hoge Raad, waar die oordeelt dat de onteigende als gevolg van de onteigening in een betere positie komt, voor zover rekening wordt gehouden met de bijzondere geschiktheid van het onteigende. Volgens Van der Werf is van een uitzondering op de eliminatieregel geen sprake en moet de vergoeding – zowel voor als na de onteigening – worden gezien als een onderdeel van de werkelijke waarde.

Anders dan Van der Werf zijn wij van oordeel dat het rekening houden met het fenomeen *bijzondere geschiktheid* wel degelijk een uitzondering op het eliminatiebeginsel inhoudt. Juist is dat het bij een vergoeding voor bijzondere geschiktheid steeds gaat om eigenschappen die niet wor-

den veroorzaakt door het werk en dus al bestonden vóórdat sprake was van het werk of de onteigening daarvoor. Dat wil echter niet zeggen dat de *voor- en nadelen* die de aanwezige eigenschappen teweeg brengen voor het werk ook al aanwezig waren voor onteigening. Het eliminatiebeginsel ziet niet op eliminatie van *eigenschappen*, maar van *voor- en nadelen*.

### 2.6.2 De combinatie eigenschap-voordeel maakt het verschil

Het verschil tussen bijzonder geschikte en niet-bijzonder geschikte zaken is dan ook niet gelegen in de omstandigheid dat de ene categorie niet over *eigenschappen* beschikt die door het werk (of het plan daarvoor) worden veroorzaakt (“teweeggebracht”), en de andere categorie wel. Het verschil zit erin dat de (meer)waarde van de bijzondere eigenschappen alleen tot uitdrukking komt vanwege de uitvoering van het werk waarvoor wordt onteigend, terwijl dat bij eigenschappen van ‘niet-bijzonder-geschikte’ zaken niet zo is (daarbij is de meerwaarde sowieso al dan niet aanwezig). Het verschil is dus dat het aan de bijzondere eigenschap gekoppelde *voordeel* (uitsluitend) ontstaat door uitvoering van het werk waarvoor onteigend wordt. Een zandwinplas of bestaand dijklichaam heeft in het vrije commerciële verkeer doorgaans geen waarde. Net zo min als bodembestanddelen in agrarische grond, die zonder specifiek project niet kunnen worden vermarkt of anderszins benut, voor de redelijk handelend koper een meerwaarde hebben.

Niemand anders dan de onteigenende overheid (of althans de partij die het werk zal uitvoeren) zal redelijkerwijs een vergoeding willen betalen voor de bijzondere geschiktheid van de onteigende zaak. Voor anderen dan degene die het werk waarvoor wordt onteigend uitvoert, heeft de zaak immers helemaal geen meerwaarde. Het toekennen van een vergoeding wegens bijzondere geschiktheid impliceert dan ook dat bij de schadeloosstelling rekening wordt gehouden met het werk waarvoor wordt onteigend, althans de plannen daarvoor. Zou men (de uitvoering van) het werk waarvoor wordt onteigend daadwerkelijk wegdenken, dan heeft de ‘bijzondere eigenschap’ geen waarde meer. Daarin is de uitzondering op het eliminatiebeginsel gelegen. Met als rechtvaardiging de door de Hoge Raad in r.o. 5.2.3 genoemde omstandigheid, dat het gaat om een bijzondere omstandigheid die de zaak los van het werk al heeft en waarvoor de onteigende juist vanwege de meerwaarde *speciaal voor de onteigenaar* een vergoeding kan bedingen.

Dit fenomeen doet zich ook voor wanneer de bijzondere geschiktheid zich voordoet in de vorm van een zogenoemde *voorstrook*. Indien het onteigende is gelegen in een complex van onroerende zaken dat als een geheel in ontwikkeling wordt gebracht, kan het voorkomen dat het onteigende, door een gunstige ligging of gesteldheid, met minder kosten tot ontwikkeling kan worden gebracht. De gunstige ligging of gesteldheid bestaat al vóór de onteigening. Wellicht is het zelfs zo, dat ook zonder onteigening het onteigende een hogere waarde vertegenwoordigt dan omliggende gronden, omdat het bijvoorbeeld beter is ontsloten. Een dergelijke hogere marktwaarde vormt wat ons betreft geen bijzondere

<sup>7</sup> Zie noot 5.

<sup>8</sup> Van der Werf verwijst naar Telders, *nieuw voor oud*, nr. 426; Van der Schans en Van Heesbeen, *Onteigening. Het spel en de knikers*, 2011, vanaf p. 136, en Sluysmans (*Vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken*, diss. 2011, p. 94-95).

geschiktheid. Het onteigende is – voor zover de gunstige ligging geheel terugkomt in de marktwaarde – immers in zoverre niet bijzonder geschikt voor het werk waarvoor wordt onteigend, maar ook voor de gebruiksmogelijkheden die het perceel daarvoor had. Dus niet alleen *speciaal voor de onteigenaar*, maar voor iedere redelijk handelend koper.

Een bijzondere geschiktheid ontstaat (pas) op het moment dat het werk waarvoor wordt onteigend tegen minder kosten kan worden gerealiseerd, omdat (juist) het onteigende bijvoorbeeld al op de juiste hoogte ligt, of aan een te handhaven bouwstraat.<sup>9</sup> Hoewel de intrinsieke *eigenschap* – de hogere of ontsloten ligging – al aanwezig was, gaat het erom dat het *voordeel* alleen ontstaat vanwege het werk waarvoor onteigend wordt, en dus alleen en speciaal voor de onteigenaar.

De *combinatie van eigenschap en voordeel* maakt dat met betrekking tot het onteigende gesproken kan worden over een bijzonder geschiktheid. Een gunstige eigenschap die niet tot een voordeel in het werk leidt komt sowieso al tot uitdrukking in de marktwaarde; daarvoor is het leerstuk van de bijzondere geschiktheid niet nodig. Een voordeel, dat niet bestaat vanwege de intrinsieke eigenschap maar (slechts) vanwege het werk waarvoor wordt onteigend leidt evenmin tot bijzondere geschiktheid, en moet worden geëlimineerd. Schoolvoorbeeld van de laatste situatie is het arrest *Janssen/Venray*<sup>10</sup>, waar een perceel werd ontsloten in het kader van het werk waarvoor werd onteigend. Het kan overigens ook zijn dat er wel een bestaande weg is die wordt gehandhaafd maar dat toch geen sprake is van voordelen, bijv. omdat de weg in het complex geen functie vervult bij de ontsluiting.<sup>11</sup>

### 2.6.3 Vergoeding van het voordeel

De bijzonderheid van de eigenschap *speciaal voor de onteigenende partij* vormt, aldus de Hoge Raad, de rechtvaardiging voor het maken van een uitzondering op het eliminatiebeginsel. Waarom zou de onteigenende overheid een voordeel in de schoot geworpen moeten krijgen dat zij niet zou hebben als de bijzondere eigenschappen zich niet voordeden? Het zal daarbij bovendien niet zelden zo zijn dat het werk ter plaatse wordt uitgevoerd, juist vanwege de geschiktheid van de zaak voor dat werk. Ook als dat het geval is, blijft het een feit dat eliminatie van het werk waarvoor wordt onteigend een vergoeding zou uitsluiten.

Het alternatief zou zijn dat – het werk waarvoor onteigend wordt wegdenkend – de meerwaarde van de bijzondere geschiktheid wordt beperkt tot de meerwaarde die de redelijk handelend koper – die niet specifiek geïnteresseerd is om een werk uit te voeren als het werk waarvoor wordt onteigend – zou willen betalen, rekening houdend met de *mogelijkheid* om een dergelijk werk uit te voeren. Een dergelijke

meerwaarde zal afhankelijk van de omstandigheden meer of minder aan de orde zijn.

De ‘reguliere’ koper van (bijvoorbeeld) een dijkperceel dat agrarisch in gebruik is zal niets extra's willen betalen vanwege de gunstige omstandigheden voor een mogelijke toekomstige dijkverbetering. Het ligt zelfs eerder in de rede dat een dergelijke koper in negatieve zin rekening houdt met de aanwezige dijk.

Een ‘reguliere’ koper van een goed ontsloten agrarisch perceel op korte afstand van bestaande bebouwing zal daarentegen wellicht wel rekening houden met eventuele toekomstige waardevermindering als gevolg van herontwikkeling, ook al bestaat daarop nog geen concreet zicht.

### 2.6.4 Uitzondering op eliminatieregeling is niet nieuw

Anders dan Van der Werf in zijn noot stelt is de overweging van de Hoge Raad, dat toekenning van een vergoeding voor bijzondere geschiktheid een uitzondering vormt op het eliminatiebeginsel, niet per se nieuw. Hoewel kan worden toegegeven dat niet eerder expliciet is bepaald dat de bijzondere geschiktheid een *uitzondering* op de eliminatieregeling betreft, heeft de Hoge Raad al eerder uitgemaakt dat de eliminatieregeling *niet in de weg staat* aan het aannemen van bijzondere geschiktheid.

Wat ons betreft valt veel te zeggen voor de benadering van A-G Van Oven in zijn conclusie voor het arrest *Groten/Staat*. Van Oven leidt het bestaan van de uitzondering af uit het arrest *Provincie Groningen/Woldjerspoorwegmijl*<sup>12</sup>. In dat arrest overwoog de Hoge Raad:

*‘dat juist is, dat voor het bepalen van de werkelijke waarde buiten beschouwing moet blijven de waardevermindering van de te onteigenen zaak welke in het commerciële verkeer zou kunnen intreden als gevolg van de uitvoering van het aan te leggen werk, terwijl eveneens moet worden uitgesloten de prijsverhogende – overigens ook bezwaarlijk in geld te meten – invloed, welke in het vrije verkeer zou kunnen uitgaan van de omstandigheid, dat de onteigenende partij ter wille van het door haar te dienen algemeen nut min of meer gedwongen is den eigendom van een bepaalde zaak te verwerven;*

*dat echter uit een en ander de juistheid van de stellingen van genoemd onderdeel niet voortvloeit en die stellingen ook overigens niet als juist kunnen worden erkend;*

*dat evenals in het commerciële verkeer de prijs van een zaak, welke voor het verwezenlijken van een bepaald doel bereids een grotere geschiktheid heeft verworven dan soortgelijke zaken hebben, die in den regel voor dat doel worden gebezigd, hoger pleegt te liggen dan die van de bedoelde soortgelijke zaken, omdat met behulp van die zaak het doel met minder dan de gebruikelijke kosten zal kunnen worden bereikt, bij onteigening in een geval als het onderhavige voor de bepaling van de werkelijke waarde eveneens rekening dient te worden gehouden met de bijzondere geschiktheid, welke de te onteigenen zaak bereids heeft voor het aan te leggen werk.’*

9 Dat het daarbij gaat om een ‘bestaande weg’ is niet voldoende, zie recent HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:153, waarin de Hoge Raad met toepassing van art. 81 lid 1 RO het oordeel van de rechtbank in stand laat waar die oordeelt dat een bestaande weg die in het kader van het werk waarvoor onteigend wordt geherstructureerd wordt.

10 HR 15 april 2011, NJ 2011/536, m.nt. P.C.E. van Wijmen.

11 Zoals in HR 20 november 1998, NJ 1997/288, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Sonder/Almelo*).

12 HR 4 juni 1954, NJ 1959/175.

### 3. Vergelijking rechtspraak winbare bodembestanddelen

#### 3.1 Ook bij onwinbare bodembestanddelen geen toepassing elimineringsregel

Wat ons betreft sluit de redenering – dat sprake is van een uitzondering op de elimineringsregel – ook naadloos aan op de gang van zaken bij ‘onwinbare bodembestanddelen’. Het is vaste rechtspraak dat, bij de vaststelling van de waarde van te onteigenen gronden, een vergoeding wordt betaald vanwege de aanwezigheid van bodembestanddelen. De vergoeding voor bodembestanddelen moet in beginsel worden gesteld op de helft van het (netto) voordeel dat voortvloeit uit de aanwezigheid ervan (tenzij bijzondere omstandigheden aanleiding geven voor een andere verdeelsleutel), maar niet op een hoger bedrag dan de marktwaarde van de gewonnen bodembestanddelen.<sup>13</sup>

Onwinbare bodembestanddelen komen echter uitsluitend en alleen tot winning vanwege het werk waarvoor onteigend wordt. Vaststaat dat zonder onteigening de bodembestanddelen niet zullen kunnen (althans mogen) worden gewonnen en dus ook geen voordeel zullen opleveren. De onteigening – en daarmee de mogelijkheid van of het zicht op winning – weggedacht, zou de redelijk handelend verkoper van de redelijk handelend koper geen meerwaarde kunnen bedingen wegens de in de grond aanwezige bodembestanddelen. In het arrest *Utrecht/Van Heumen-de Sitter Stichting*<sup>14</sup> overweegt de Hoge Raad:

*‘dat het hiervoor vermelde te dezen in acht te nemen uitgangspunt medebrengt, dat in het te onteigenen goed latent aanwezige meerwaarde, welke slechts ter gelegenheid van de onteigening kan worden gerealiseerd, in de werkelijke waarde in geen geval tot een groter bedrag tot uiting dient te komen dan ten belope van het voordeel dat de onteigenaar daarvan zal kunnen trekken (...).’*

Bij onwinbare bodembestanddelen is het naar ons oordeel niet goed denkbaar dat deze zonder uitzondering op de elimineringsregel tot vergoeding zouden moeten komen.<sup>15</sup> Ook hier is immers de combinatie van eigenschap en voordeel aan de orde.

#### 3.2 Invloed bijzondere geschiktheid op waardevermindering

Iets anders is het – en daarin zijn wij het met Van der Werf (en door hem aangehaalde schrijvers) eens – dat de vergoeding voor bijzondere geschiktheid onderdeel is van de wer-

kelijke waarde en dat er om die reden geen reden is om de vergoeding wegens bijzondere geschiktheid in mindering te brengen op de vergoeding voor de waardevermindering van het overblijvende. De redenering van de Hoge Raad, dat de vergoeding voor bijzondere geschiktheid bij de vermogensvergelijking vóór en na onteigening in het geheel geen rol mag spelen, lijkt ons minder zuiver dan de benadering die ervan uitgaat dat de (intrinsieke) waarde ook vóór de onteigening al bestond, zij het dat deze buiten een onteigenings-situatie geen waarde zou vertegenwoordigen.

Dat de (vergoeding voor) bijzondere geschiktheid onderdeel is van (de vergoeding voor) de werkelijke waarde doet overigens niet af aan het feit dat het vergoedingsrecht afhankelijk is van een uitzondering op de elimineringsregel. De elimineringsregel vormt op haar beurt immers een (algemene) uitzondering op de hoofdregel van art. 40b Onteigeningswet, dat bepaalt dat de werkelijke waarde vergoed dient te worden.

#### 3.3 Omvang vergoeding bijzondere geschiktheid; plafond marktwaarde?

Ook de overweging van de Hoge Raad over de hantering van een plafond ter hoogte van de marktwaarde geeft stof tot nadere discussie. De Hoge Raad overweegt dat het plafond is ontwikkeld voor gevallen waarin sprake is van *winbare bodembestanddelen*. Winbare bodembestanddelen zijn bodembestanddelen die – anders dan onwinbare bodembestanddelen – ook zonder het werk waarvoor wordt onteigend tot winning (hadden) kunnen komen. Naar ons idee gaat het dan niet alleen om winning van bodembestanddelen waarvoor de onteigende zelf een ontgrondingsvergunning had kunnen krijgen<sup>16</sup>, maar ook om winning die voor het verkrijgen van een vergunning niet afhankelijk is van de uitvoering van een (ander) project, zoals de aanleg van een snelweg of tunnel. Met andere woorden: de bodembestanddelen leveren niet *speciaal voor de onteigende* een voordeel op, maar ook voor andere geïnteresseerde kopers.

In dat licht kunnen wij de overweging – dat het plafond ter hoogte van de marktwaarde is ontwikkeld voor gevallen waarin sprake is van *winbare bodembestanddelen* – niet goed plaatsen. Het overgrote deel van de gevallen waarin het plafond ter hoogte van de marktwaarde werd gehanteerd, betrof geen winbare, maar juist onwinbare bodembestanddelen.<sup>17</sup>

#### 3.4 Vergoeding voor winbare bodembestanddelen

De vergoeding voor *winbare* bodembestanddelen komt in de jurisprudentie heel wat minder vaak aan de orde. In de eerste plaats is er het arrest *Margraten/Limburg*<sup>18</sup>. In dat arrest stond echter niet de verdelingswijze tussen eigenaar en onteigenaar ter discussie. In de tweede plaats is er het ar-

13 HR 14 juni 2002, NJ 2003/150, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Noord Holland/Koeckhoven*).

14 HR 6 februari 1963, NJ 1963/153, zoals geciteerd in J.A.M.A. Sluysmans e.a., *Onteigeningsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 127.

15 Zie bijvoorbeeld ook de conclusie van de A-G voor het arrest *Limburg/Seegers* (HR 13 augustus 2004, NJ 2005/151) waar hij schrijft: “Op de regel dat de onteigening weggedacht moet worden (de elimineringsregel: art. 40c OW), bestaat immers de uitzondering dat wél rekening gehouden wordt met exploitatiemogelijkheden die pas door de onteigening mogelijk worden doordat de onteigenaar wél mag of kan wat de eigenaar zelf niet mag of kan” (randnr. 3.6. van de conclusie).

16 Veel onteigenden beschikken individueel immers niet over een voldoende groot grondoppervlak om daadwerkelijk tot ontgronding te kunnen overgaan, dat was ook aan de orde in het hierna te bespreken arrest *Limburg/Seegers*.

17 Zie voor een uitgebreid overzicht: Den Drijver- van Rijckevorsel, *Handboek Onteigening*, Deventer: Kluwer 2013, p. 258 e.v.

18 HR 20 november 1985, NJ 1986/416, m.nt. R.A. Morzer Bruyns.

rest *Limburg/Seegers*<sup>19</sup> uit 2004. In dat arrest kwam (voor het eerst) aan de orde of de verdeling, zoals die werd toegepast bij onwinbare bodembestanddelen, ook moet worden toegepast bij winbare bodembestanddelen.

De rechtbank had aangesloten bij de 'jurisprudentie'<sup>20</sup> ter zake en had geoordeeld dat een verdeling van het voordeel bij helfte ook in dit geval redelijk was. De Hoge Raad liet het vonnis op dit punt in stand. Vanaf dat moment wordt er in de literatuur<sup>21</sup> van uitgegaan dat het voor de aan de onteigende toe te kennen schadeloosstelling niet veel verschil maakt of bodembestanddelen winbaar zijn of niet. Zoals hiervoor al aan de orde kwam had de Hoge Raad een paar jaar eerder, in het arrest *Noord-Holland/Koeckhoven*<sup>22</sup>, een plafond geïntroduceerd voor de vergoeding die de onteigende zou kunnen ontvangen. De onteigende heeft sindsdien recht op de helft van het – als gevolg van de aanwezigheid van bodembestanddelen ontstane – voordeel, zij het dat de vergoeding niet meer mag bedragen dan de *marktwaarde* van de gewonnen bodembestanddelen. In de zaak *Noord-Holland/Koeckhoven* ging het echter niet om *winbare* maar om *onwinbare* bodembestanddelen.

### 3.5 Plafond van marktwaarde bij winbare bodembestanddelen niet logisch

Het opnemen van een plafond bij *winbare* bodembestanddelen – een situatie die in de jurisprudentie voor zover wij kunnen overzien nog niet is voorgekomen – komt ons niet logisch voor. In een geval waarin sprake is van een voordeel als gevolg van winbare bodembestanddelen, zal het vrijwel altijd zo zijn dat de winning (minstens) een van de doelen van de onteigening is. Het behaalde 'voordeel' is dan veelal niet gelegen in het feit dat de bodembestanddelen in het werk kunnen worden gebruikt en – bijvoorbeeld – een besparing op transport- of depotkosten kan worden gerealiseerd, maar in het feit dat de te winnen delfstoffen zullen worden verkocht en daarmee de marktwaarde van de bodembestanddelen kan worden gerealiseerd. Met andere woorden: het (gehele) brutovoordeel is gelijk aan de marktwaarde van de winbare bodembestanddelen.

Het te verdelen netto (d.w.z. na aftrek van kosten) voordeel zal dus kleiner zijn dan de marktwaarde van de bodembestanddelen, en de helft van het netto voordeel zal zeker kleiner zijn. Bij winbare bodembestanddelen voegt een plafond ter hoogte van de marktwaarde van de bodembestanddelen volgens ons dan ook niets toe. Overigens menen wij dat de omstandigheid dat de bodembestanddelen ook de onteigening weggedacht winbaar zouden zijn geweest een bijzondere omstandigheid oplevert die een andere verdeling dan die bij helfte rechtvaardigt.

In zoverre zijn wij het dan ook niet eens met De Groot, die in zijn noot bij het arrest *Staat/Groten*<sup>23</sup> schrijft dat hij juist *uitsluitend* bij winbare bodembestanddelen ruimte ziet voor een plafond ter hoogte van de marktwaarde. De Groot bevoegt dat bij onwinbare bodembestanddelen een dergelijk plafond niet als gegeven zou moeten worden geaccepteerd. In die visie zou de Hoge Raad dus moeten terugkomen op de in *Noord-Holland/Koeckhoven* ingezette lijn.

Daarvoor is wat ons betreft geen aanleiding. Wat ons betreft komt de motivering die de Hoge Raad voor het plafond geeft, namelijk dat de onteigende – het feit dat de bodembestanddelen überhaupt onwinbaar waren al weggedacht – zelf nooit een hogere waarde had kunnen realiseren, redelijk voor. Indien er in plaats van het werk waarvoor onteigend wordt ter plaatse een winningslocatie ten behoeve van de eigenaar zou worden gerealiseerd, had hij dus zelfs niet meer kunnen verdienen, zelfs al zou hij geen kosten voor de winning hoeven maken.

### 3.6 Verschil tussen vergoeding voor onwinbare en winbare bodembestanddelen gerechtvaardigd

Als de huidige lijn in de jurisprudentie nuancering behoeft, zou wat ons betreft meer in de rede liggen dat de verdeling van het voordeel bij helfte in het geval van winbare bodembestanddelen als uitgangspunt wordt verlaten.<sup>24</sup> Naar ons oordeel zijn er goede argumenten om verschil aan te brengen tussen de vergoeding voor *winbare* en *onwinbare* bodembestanddelen.

In een geval van winbare bodembestanddelen zal het veelal gaan om een (netto) lucratieve uitbating van een winningslocatie, althans dat zal de bedoeling zijn van de ontginning van de bodembestanddelen. Om die reden zal de waarde van de bodembestanddelen ook zonder onteigening in de marktprijs van het onteigende terugkomen. In zoverre zou de vraag gesteld kunnen worden in hoeverre er nog sprake is van een *bijzondere* geschiktheid. Immers, ook zonder onteigening bestaat het voordeel, de mogelijkheid tot winning is immers niet afhankelijk van het werk waarvoor onteigend wordt en is er dus niet "speciaal voor de onteigenaar".

Daarmee rijst de vraag aan wie de met het winningsproject te maken winst moet toekomen, aan de ontginning of aan de grondeigena(a)r(en). Deze vraag wordt temeer relevant in gevallen waarin het niet de overheid is die tot ontginning overgaat, maar een commerciële marktpartij. Wat ons betreft dringt zich hier de vergelijking op met de – door de Hoge Raad afgewezen – eliminatie van bestemmingsplancomplexen met een positief exploitatieresultaat.<sup>25</sup> Ook in

19 HR 13 augustus 2004, NJ 2005/151, m.nt. P.C.E. van Wijmen.

20 Tussen aanhalingstekens geplaatst omdat er met betrekking tot de verdeling van winbare bodembestanddelen nog geen jurisprudentie beschikbaar was. De Hoge Raad deed de klacht van de provincie hierover af met de overweging "De vraag wat uit de jurisprudentie volgt behoeft geen beantwoording (...)."

21 J.A.M.A. Sluysmans e.a., *Onteiningsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 127.

22 Zie noot 6, r.o. 3.6.

23 Telders, *nieuw voor oud*, nr. 457.

24 Hoewel dat in het arrest *Limburg/Seegers* niet met zoveel woorden wordt gezegd gaan wij er – ook gelet op de formulering in *Staat/Groten* – van uit dat de Hoge Raad ook bij *winbare* bodembestanddelen het uitgangspunt heeft aanvaard dat het (netto) voordeel bij helfte moet worden verdeeld tussen onteigenaar en onteigende. Drijver-van Rijckevorsel e.a., *Handboek Onteigening*, Deventer: Kluwer 2013, p. 157, schrijven dat wanneer de ontginning – de onteigening weggedacht – ook zou zijn toegestaan het voordeel voor de eigenaar is, maar lichten dat niet nader toe.

25 Zie daarover ons artikel: 'De Eliminatie van de eliminatie', *BR 2016/25*.

die gevallen stond centraal of de exploitatiewinst van een project aan de eigenaren moest toekomen of niet.

De vergelijking gaat temeer op nu winningslocaties veelal als één geheel in exploitatie worden genomen, en daarmee een complex vormen. Bij een complex van lucratieve bestemmingen wordt niet zelden een vergelijkbare (residuele) top-down berekening gemaakt als in de praktijk bij de winning van bodembestanddelen gebeurt. Het verschil is dat bij lucratieve bestemmingen het (netto) voordeel (residu) geheel aan de eigenaar toekomt, en dat het voordeel bij winbare bodembestanddelen bij helfte moet worden gedeeld. Die verdeling bij helfte geldt wat ons betreft niet, althans zeker niet automatisch, ook voor een voordeel dat niet min of meer toevallig ontstaat, maar dat de reden voor de onteigening zelf vormt. In dat geval moet de waarde van het onteigende worden bepaald op basis van vergelijking met andere transacties en/of op basis van een residuele berekening.

### 3.7 Vergoeding bodembestanddelen in de vorm van "opslag" op agrarische/gebruikswaarde

Het verschil is wellicht te verklaren in de wijze waarop het voordeel pleegt te worden berekend. Bij lucratieve bestemmingen wordt de grondprijs zo mogelijk bepaald door middel van de vergelijkingsmethode.<sup>26</sup> Als toepassing van die methode lastig is wordt de prijs ook wel "gevonden" of althans gecontroleerd door toepassing van een residuele berekening. De werkelijke waarde is dan de uitkomst van de residuele (top-down) berekening. Van een verdeling bij helfte of anderszins is dan geen sprake. Bij bodembestanddelen daarentegen wordt de helft van het beredeneerde voordeel (per m<sup>2</sup>) veelal *opgeteld* bij de agrarische waarde van de grond.

Die benadering (van de opslag op de agrarische/gebruikswaarde) is niet zonder meer logisch bij winbare bodembestanddelen. Dat is met name niet zo in gevallen waarin de grond na ontgronding niet meer agrarisch kan worden gebruikt.<sup>27</sup> Indien in die gevallen de eigenaar de agrarische waarde ontvangt met daar bovenop nog een surplus voor aanwezige bodembestanddelen, ontvangt hij vaak veel meer dan de helft van het (netto)voordeel van de ontgronding.

Het zou wat ons betreft logischer zijn om – bij een residuele berekening – de grondprijs de uitkomst van de top-downberekening te laten zijn, en niet de helft van die uitkomst (het voordeel) als "opslag" op de agrarische waarde. Vanzelfsprekend moet in de berekening dan wel rekening worden gehouden met een opslag voor winst en risico voor diegene

die het project uitvoert. De uitkomst van de berekening is dan de waarde van het onteigende. Dit betekent dat de grondwaarde van een winningslocatie – die na winning niet meer agrarisch of als bouwlocatie kan worden gebruikt – wat ons betreft ofwel de (agrarische) gebruikswaarde is (als hoogste waarde bij een verlieslatende exploitatie), ofwel de complexwaarde van het (gehele) winningscomplex indien die waarde hoger is dan de gebruikswaarde. Bij onteigeningen waarbij sprake is van winbare bodembestanddelen zien wij al met al geen aanleiding een andere benadering toe te passen dan in een 'standaard'-complexbenadering.

Dat sluit wat ons betreft ook aan bij de benadering van de Hoge Raad in het arrest *Limburg/Seegers*. In dat arrest accepteert de Hoge Raad dat perceelsgedeelten waarop in het kader van de grondstoffenwinning een geluidswal moet worden aangelegd, dezelfde waarde hebben als de daadwerkelijk te ontgronden percelen. Daarbij moet er wat ons betreft wel sprake van zijn dat de grond onder de geluidswal ontgrond had kunnen worden. Voor egalisatie van het verschil in intrinsieke eigenschappen van de grond hoort geen ruimte te zijn.

Uiteraard moet hierbij kritisch en volgens de gebruikelijke maatstaven<sup>28</sup> gekeken worden naar de omvang van het complex. De keuze van de overheid voor een samenhang tussen meerdere deelgebieden, vanuit de (gerechtvaardigde) behoefte aan een budgetneutrale uitvoering van het overkoepelende project, rechtvaardigt volgens vaste Kroonrechtpraak dat de te ontgronden percelen in het publieke belang worden onteigend. Maar dat betekent naar ons oordeel niet dat daarmee in de schadeloosstellingsdiscussie het gehele projectgebied (bestaande uit verschillende deelgebieden) als één complex heeft te gelden.

Zoals hiervoor besproken lijkt een verschil met de benadering van onwinbare bodembestanddelen ons gerechtvaardigd. Reden daarvoor is dat het door de onteigenaar te behalen voordeel daar veel groter kan zijn dan de marktwaarde van de bodembestanddelen terwijl de bodembestanddelen in de op de markt te realiseren prijs niet terugkomen. Het 'toevallig' behaalde voordeel, omdat er nu eenmaal zand in de agrarische grond blijkt te zitten, moet bij helfte worden gedeeld. Die verdeling bij helfte geldt wat ons betreft niet, althans zeker niet automatisch, ook voor een voordeel dat niet min of meer toevallig ontstaat, maar dat de reden voor de onteigening zelf vormt. In dat geval moet de waarde van het onteigende worden bepaald op basis van vergelijking met andere transacties en/of op basis van een residuele berekening.

## 4. Bijzondere ongeschiktheid: bodemverontreiniging

### 4.1 Arrest *Vabeog/gemeente Tiel*

Dat voor egalisatie van het verschil in intrinsieke eigenschappen van de grond geen ruimte is wordt ook beves-

<sup>26</sup> Hoewel de Hoge Raad geen voorkeur heeft uitgesproken voor de ene of de andere waarderingsmethode komt het ons voor dat in de praktijk veelal de vergelijkingsmethode wordt gehanteerd in gevallen waar voldoende vergelijkingsmateriaal voorhanden is.

<sup>27</sup> Bij ontgrondingen zal dat vaak het geval zijn. Indien de grond wel weer kan worden gebruikt dient naar ons oordeel wel rekening te worden gehouden met de waarde na ontgronding, zie ook het hiervoor besproken arrest *Noord-Holland/Koeckhoven*, waar de Hoge Raad oordeelt dat rekening moet worden gehouden met de mate waarin de aanwending voor ontgronding andere aanwendingsmogelijkheden uitsluit. Zie ook *Staat/Erven Van den Noort*, HR 28 juni 1989, NJ 1990/285.

<sup>28</sup> Zie J.A.M.A. Sluysmans e.a., *Onteiningsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 119 e.v. en Van der Schans e.a. *Onteiniging, het spel en de knikers*, Doetinchem: Reed Business 2011, p. 153 e.v.



tigd in het recente arrest *Vabeog/gemeente Tiel*<sup>29</sup>. In dat arrest ging het om de invloed van bodemverontreiniging op de waarde van in een complex voor woningbouw gelegen grond. De rechtbank had de waarde van het onteigende gesteld op de ruwe bouwgrondwaarde in de zin van art. 40d Onteigeningswet (de complexwaarde), en had aan het onteigende een minderwaarde toegekend van € 130.000,- vanwege de verontreiniging daarvan. In cassatie was de vraag aan de orde of bodemverontreiniging van het onteigende, die in het kader van het werk waarvoor onteigend werd zou worden gesaneerd, (uitsluitend) een negatieve invloed heeft op de grondwaarde van het onteigende (verontreinigde) perceel, of dat de saneringskosten op grond van de complexbenadering van art. 40d Onteigeningswet moesten worden omgeslagen over het gehele complex. De Hoge Raad oordeelde – wat ons betreft zeer terecht – dat de negatieve waarde van de bodemverontreiniging alleen drukte op het verontreinigde perceel. De saneringskosten mochten dus niet worden verdeeld (geëgaliseerd) over de overige gronden in het complex. Zie r.o. 4.1.3 van dat arrest:

*“Art. 40d Ow strekt niet ertoe 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 andere waarde worden toegekend dan de complexwaarde, indien de bijzondere ligging of hoedanigheid van die grond de waarde daarvan zodanig beïnvloedt dat bij een veronderstelde verkoop ervan in het vrije commerciële verkeer tussen een redelijk handelend verkoper en een redelijk handelend koper een hogere of lagere prijs tot stand zou komen dan de complexwaarde. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre dat in een concreet geval zo is, mag geen rekening worden gehouden met de bestemming die juist voor dit stuk grond in het bestemmingsplan is aangewezen, nu dat onverenigbaar zou zijn met het egalisatiestelsel van art. 40d Ow.”*

#### 4.2 Hoogte correctie werkelijke waarde afhankelijk van hoogste waarde onteigende

Wij menen dat een correctie gerelateerd aan een sanering in verband met het doel van de onteigening (de realisering van een complex woningbouw) alleen op zijn plaats als de hoogste waarde van het onteigende inderdaad de complexwaarde is, en niet de gebruikswaarde.

Als de hoogste waarde (na verdiscontering van de saneringskosten in de complexwaarde) de gebruikswaarde is (wat in het geval van een bebouwde onroerende zaak sneller aan de orde zal zijn dan bij onbebouwde agrarische grond) zullen redelijk handelende partijen uiteraard ook rekening houden met een correctie wegens bodemverontreiniging. Die correctie houdt dan niet vanzelfsprekend verband met de saneringskosten die nodig zijn vanwege het doel van de onteigening (woningbouw), maar met het risico van saneringsmaatregelen en waardevermindering ten aanzien van

de bestaande bebouwde onroerende zaak, (het werk en het doel van) de onteigening weggedacht.

Het gaat dus om de hoogste waarde van twee: de ruwe bouwgrondwaarde gecorrigeerd met een aftrek wegens sanering vanwege het doel van de onteigening, óf de gebruikswaarde gecorrigeerd met een aftrek wegens het saneringsrisico onder het overgangsrecht. De verwijzing door Vabeog naar de bestemming als reden voor de saneringsnoodzaak vinden wij dus wel terecht, zij het dat het maar zeer de vraag zou zijn of de oude bestemming – zonder, of met minder saneringsnoodzaak – tot een hogere waarde zou leiden. Dat heeft Vabeog in cassatie niet aan de orde gesteld.

#### 4.3 Bodemverontreiniging alleen bijzondere ongeschiktheid in relatie tot doel van onteigening

De ‘bijzondere ongeschiktheid’ die gepaard gaat met de bodemverontreiniging, ziet men dus terug indien men rekening houdt met (het doel) van het werk waarvoor onteigend wordt en dat doel (bijvoorbeeld woningbouw) op zichzelf tot een hogere waarde zou leiden. Afgezet tegen de gebruikswaarde van de onteigende grond is niet zozeer sprake van een ‘bijzondere ongeschiktheid’ maar met een waarde drukkende omstandigheid die ook op de ‘reguliere’ markt tot uitdrukking komt.

#### 5. Conclusie: alle redenen voor herijking begrip “bijzondere” geschiktheid bij bodembestanddelen

Al met al zijn wij van oordeel dat *winbare bodembestanddelen* in de onteigeningsystematiek niet als *bijzonder geschikt* zouden moeten worden gekwalificeerd omdat zij niet in het bijzonder (“speciaal”) voor de onteigenaar waarde hebben, maar ook voor ‘reguliere’ marktpartijen. Bij het waarderen van gronden waaruit dergelijke bodembestanddelen worden gewonnen zou wat ons betreft uitgangspunt moeten zijn dat het voordeel (na aftrek van winst en risico) in beginsel volledig (dus niet bij helfte) aan de eigenaar toekomt. En wel zonder dat daarnaast ook nog de (huidige, dus voorafgaande aan de ontgronding) gebruikswaarde aan de eigenaar wordt toegelegd. Het is voor de eigenaar immers kiezen of delen. Hij kan zijn grond aanwenden voor het huidige gebruik of voor ontgronding, maar (doorgaans) niet voor beide. De waarde van industriegrond wordt ook niet bepaald door middel van een opslag op de agrarische/gebruikswaarde.

Bij *onwinbare bodembestanddelen* kan de huidige lijn worden voortgezet, waarbij het – als gevolg van het werk waarvoor onteigend wordt ontstane – voordeel bij helfte tussen eigenaar en onteigenaar wordt gedeeld, en wel met een plafond ter hoogte van de marktwaarde, en als opslag bovenop de gebruikswaarde van de grond. In dat geval is de optelling ofwel opslag wel gerechtvaardigd omdat de bijzondere geschiktheid van de grond ontstaat door de combinatie van eigenschap en voordeel, en niet terugkomt in de op de markt te realiseren waarde.

29 HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1273.