

BR 2015/34: Onteigening, begroting schadeloosstelling, art. 40 OW, vergoeding onrendabele top

Instantie: Hoge Raad (Civiele kamer) Datum: 21 november 2014
Magistraten: Mrs. F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-
Spapens, C.A. Streefkerk, A.H.T. Zaaknr: 13/04422
Heisterkamp en T.H. Tanja-van den Broek
Conclusie: -
Noot: I.P.A. van Heijst¹ Roepnaam: Loek Jansen/Gemeente
Westland
Brondocumenten: ECLI:NL:HR:2014:3351, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 21-11-2014;
ECLI:NL:PHR:2014:1744, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 05-09-2014;
Beroepschrift, Hoge Raad, 03-09-2013
[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Brondocument:
HR, 21-11-2014, nr. 13/04422

Essentie

Onteigening, begroting schadeloosstelling, art. 40 OW, vergoeding onrendabele top

Samenvatting

Een onteigende wordt eerst dan volledige schadeloos gesteld, indien hij zowel wat vermogen als wat inkomen betreft in een gelijke of gelijkwaardige positie blijft. Een onteigende die als gevolg van de onteigening redelijkerwijs een vervangende onroerende zaak moet kopen en deze moet aanpassen teneinde een gebruiksgenot te verkrijgen dat vergelijkbaar is met het genot dat hij van de onteigende zaak had, lijdt schade die als onteigeningsschade behoort te worden vergoed indien hij daarin meer geld moet steken dat de vervangende onroerende zaak na de aanpassing waard is. Die schade bestaan uit hetgeen de vervangende onroerende zaak na de aanpassing minder waard is in het vrije commerciële verkeer dan het in totaal voor de aankoop en aanpassing bestede bedrag. Anders dan de rechtbank oordeelde, bestaat geen grond anders te oordelen ingeval de onteigende zaak en de vervangende zaak bedrijfsmatig gebruikt worden en aldus bijdragen aan het rendement (de winst) van de onderneming van de onteigende.

Partij(en)

Arrest
in de zaak van:
[eiseres] B.V., [vestigingsplaats],
eiseres tot cassatie,
tegen

de gemeente Westland, zetelende te Naaldwijk, gemeente Westland,
verweerster in cassatie,
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] en de gemeente.

Uitspraak

1. Het geding in feitelijke instantie

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

De vonnissen van de rechtbank zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

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

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

De gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

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

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

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Bij vonnis van 26 januari 2011 is ten name en ten behoeve van de gemeente vervroegd de onteigening uitgesproken van de percelen kadastraal bekend gemeente Wateringen, sectie [A], nummers [001], [002] en [003], alle gelegen te [vestigingsplaats] en in eigendom toebehorend aan [eiseres]. Het voorschot op de schadeloosstelling is daarbij vastgesteld op een bedrag van € 4.015.450,--. Het vonnis is op 24 maart 2011 in de openbare registers ingeschreven.
- (ii) Op de onteigende percelen bevonden zich een bedrijfsruimte en glasopstanden met bijbehorende installaties en erf, met behulp waarvan [eiseres] een glastuinbouwbedrijf (teelt van pot- en kuipplanten) exploiteerde.

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

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

3.3.2 Als onderdeel van de vergoeding voor door haar te lijden vermogensschade heeft [eiseres] aanspraak gemaakt op vergoeding van een 'onrendabele top', die volgens haar € 3.475.000,-- bedraagt. Volgens [eiseres] is dit bedrag het verschil tussen enerzijds de stichtingskosten (zijnde de kosten van aanschaf van het vervangend object plus de kosten van aanpassing daarvan) en anderzijds de marktwaarde van het vervangend object na de verbouwing. De rechtbank heeft, overeenkomstig het advies van de deskundigen, een bedrag van € 75.000,-- als vergoeding van de onrendabele top toegekend, maar voor het overige een

vergoeding niet op haar plaats geacht (rov. 2.29 van het eerste tussenvonnissen en rov. 2.35 van het tussenvonnissen van 20 februari 2013; hierna: het tweede tussenvonnissen). Daartegen is onderdeel 1 van het middel gericht.

- 3.3.3** Subsidiair, voor het geval de rechtbank geen rekening zou houden met een substantiële onrendabele top zoals door [eiseres] aangevoerd, heeft zij als onderdeel van de vergoeding van haar inkomensschade aanspraak gemaakt op een volledige vergoeding van de hogere afschrijvingslasten. De rechtbank heeft geoordeeld dat het nadeel van hogere afschrijvingslasten niet als inkomensschade als gevolg van de onteigening voor vergoeding in aanmerking komt (rov. 2.36 van het tweede tussenvonnissen). Daartegen komt [eiseres] op met onderdeel 2.
- 3.3.4** De rechtbank heeft voorts bij de vaststelling van de inkomensschade rekening gehouden met een door de deskundigen geschat 'voordeel nieuw voor oud' ten bedrage van € 33.013,--, op de grond dat deze schatting door [eiseres] niet gemotiveerd is bestreden (rov. 2.36 van het tweede tussenvonnissen). Daartegen is onderdeel 3 gericht.

Vergoeding van de onrendabele top

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

In rov. 2.29 van het eerste tussenvonnissen:

“**2.29** De rechtbank overweegt dat bij een onteigening als de onderhavige over het algemeen sprake is van een onrendabele top indien de totale stichtingskosten van een verbouwd onroerend goed hoger zijn dan de marktwaarde daarvan na realisatie van de verbouwing. Het verschil tussen deze twee waarden dient dan aan de onteigende als vermogensschade te worden vergoed. In de onderhavige situatie is de rechtbank echter met de deskundigen van oordeel dat het vervangende object na aanpassing niet moet worden gewaardeerd tegen de marktwaarde, maar tegen de vervangingswaarde. Onder de vervangingswaarde wordt verstaan het bedrag dat nodig zou zijn om in de plaats van een actief dat bij de bedrijfsuitoefening is of wordt gebruikt, verbruikt of voortgebracht, een ander actief te verkrijgen of te vervaardigen dat voor de bedrijfsuitoefening een in economisch opzicht gelijke betekenis heeft. Daartoe is van belang dat de schadeberekening is gebaseerd op verplaatsing van het bedrijf naar een geschikt vervangingsobject, waarbij niet geïnvesteerd wordt in een voor verkoop bestemd gebouw, maar in een gebouw waarin de kwekerij wordt voortgezet en waaruit dus rendement zal worden gehaald. De stichtingskosten moeten dan ook worden gezien als investering in een productiemiddel om daaruit productie en daarmee samenhangend rendement te halen, zoals de deskundigen ook overwogen. In tegenstelling tot de situatie waarin een niet-bedrijfsmatig onroerend goed wordt aangekocht en aangepast en de uiteindelijke stichtingskosten de marktwaarde overtreffen, worden in de onderhavige situatie de stichtingskosten wel terugverdiend. Dat er geen sprake is van een vrijwillige ondernemerskeuze met het daaraan verbonden ondernemersrisico, doet daaraan niet af. Dit wordt namelijk gecompenseerd door vergoeding van inkomensschade wegens hogere afschrijvingen zoals hieronder is uitgewerkt. Gelet hierop neemt de rechtbank het advies van de deskundigen ten aanzien van de wijze van berekening van de onrendabele top over en bepaalt zij de onrendabele top op € 75.000,--, bestaande uit de kosten van het aanpassen van de oppot- en sorteerlijnen en de specifieke indeling van de betonvloer met eb- en vloedsystemen. Dit bedrag dient aan [eiseres] te worden vergoed.”

En in rov. 2.35 van het tweede tussenvonnissen:

“**2.35.** De rechtbank handhaaft hetgeen zij in het tussenvonnissen van 7 maart 2012 heeft overwogen ten aanzien van de onrendabele top. Voor de bepaling van bijkomende (vermogens)schade dient in gevallen als het onderhavige waarin het gaat om de verplaatsing van een bedrijf als uitgangspunt voor de berekening van eventuele bijkomende schade de vervangingswaarde te gelden. Door een bedrag (stichtingskosten) aan te bieden waarmee de onteigende zijn bedrijf kan voortzetten op een andere locatie en de daaraan verbonden financieringsschade (gekapitaliseerd) te vergoeden voor de

meerinvesteringen wordt de onteigende in dezelfde economische positie gebracht als vóór de onteigening. Doordat aldus een gelijkwaardig bedrijf wordt aangeboden met dezelfde exploitatiemogelijkheden als voorheen, moet het ervoor gehouden worden dat de waarde van dit vervangende bedrijf (het totaal van de stichtingskosten) in het commerciële verkeer niet lager zal zijn dan de waarde van het onteigende, zodat niet aannemelijk is dat [eiseres] in dit opzicht een rechtstreeks en noodzakelijk uit de onteigening voortvloeiend vermogensverlies lijdt. Voor vergoeding ter zake van een onrendabele top is derhalve in beginsel geen plaats. De deskundigen hebben op dit uitgangspunt echter twee uitzonderingen gemaakt, namelijk ten aanzien van de kosten van het aanpassen van de oppot- en sorteerlijnen en de specifieke indeling van de betonvloer met eb- en vloedsystemen. Ten aanzien van deze productiemiddelen (waarvan de investeringskosten € 75.000,-- bedragen) hebben zij geoordeeld dat deze zo specifiek zijn verbonden aan de bedrijfsvoering van de [eiseres] dat deze geen enkele marktwaarde hebben, zodat deze (her)investeringskosten als onrendabel voor vergoeding in aanmerking moeten komen. De rechtbank onderschrijft dit standpunt van de deskundigen en handhaaft ter zake haar in het tussenvonnis van 7 maart 2012 gegeven beslissing.”

- 3.5** Volgens de onderdelen 1.1–1.1.3 geven deze overwegingen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door tot uitgangspunt te nemen dat het vervangend object na aanpassing niet moet worden gewaardeerd tegen de marktwaarde maar tegen de vervangingswaarde. Aldus heeft de rechtbank miskend dat de onteigende alleen dan wordt gebracht in financiële omstandigheden gelijkwaardig aan die waarin hij zich zonder onteigening zou hebben bevonden, indien zijn vermogenspositie en inkomenspositie door en na de onteigening gelijk blijven. Door alleen de aan de stichtingskosten verbonden financieringsschade (gekapitaliseerd) te vergoeden voor de meerinvesteringen, wordt nog niet de als gevolg van de onteigening geleden vermogensschade, bestaande in de onrendabele top, integraal vergoed, aldus nog steeds deze onderdelen.
- 3.6.1** Een onteigende wordt eerst dan volledig schadeloos gesteld, indien hij zowel wat vermogen als wat inkomen betreft in een gelijke of gelijkwaardige positie blijft (vgl. HR 16 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0220, *NJ* 1989/798). Een onteigende die als gevolg van de onteigening redelijkerwijs een vervangende onroerende zaak moet kopen en deze moet aanpassen teneinde een gebruiksgenot te verkrijgen dat vergelijkbaar is met het genot dat hij van de onteigende zaak had, lijdt schade die als onteigeningsschade behoort te worden vergoed indien hij daarin meer geld moet steken dan de vervangende onroerende zaak na de aanpassing waard is. Die schade bestaat uit hetgeen de vervangende onroerende zaak na de aanpassing minder waard is in het vrije commerciële verkeer dan het in totaal voor de aankoop en aanpassing bestede bedrag (vgl. HR 30 oktober 1957, *NJ* 1957/639 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6267, *NJ* 2010/632).
- 3.6.2** Anders dan de rechtbank oordeelde, bestaat geen grond anders te oordelen ingeval de onteigende zaak en de vervangende zaak bedrijfsmatig gebruikt worden en aldus bijdragen aan het rendement (de winst) van de onderneming van de onteigende. Haar oordeel dat de stichtingskosten (de kosten van aanschaf en aanpassing) in dat geval moeten worden gezien als investering in een productiemiddel waarmee rendement wordt behaald en waarmee de stichtingskosten worden ‘terugverdiend’ (rov. 2.29 van het eerste tussenvonnis), is in strijd met art. 40 Ow, omdat zulks tot gevolg zou hebben dat de onteigende de hiervoor in 3.6.1 bedoelde onteigeningsschade ten laste van zijn eigen winst moet dragen. De kosten van aanpassing van het vervangend object, voor zover zij de marktwaarde daarvan niet verhogen en in die zin ‘onrendabel’ zijn, moeten derhalve als vermogensschade ten gevolge van de onteigening worden vergoed door de onteigenaar.
- 3.6.3** Voorts brengt, anders dan de rechtbank oordeelde in rov. 2.35 van het tweede tussenvonnis, de omstandigheid dat de onteigende een gekapitaliseerde rentevergoeding als financieringsschade vergoed krijgt, niet mee dat hij in dezelfde economische positie wordt gebracht als vóór de onteigening. Een rentevergoeding herstelt immers niet de vermogenssituatie (vgl. het hiervoor in 3.6.1 vermelde arrest van 16 maart 1988).

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

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

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

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

4. Beslissing

De Hoge Raad:

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

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

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

Noot

Auteur: I.P.A. van Heijst^[1]

1. Een voor de praktijk belangrijk arrest over de vraag hoe bij onteigening (of minnelijke verwerving) van bedrijfsmatig onroerend goed een eventuele ‘onrendabele top’ bij de aankoop van een vervangend onroerend goed vergoed moet worden.
2. De casus was klassiek: voor de aanleg van een nieuwe weg in de gemeente Westland was een deel van de ondergrond van een glastuinbouwbedrijf nodig. Omdat het deel van het bedrijf dat daarna zou overblijven te klein was voor een gezonde bedrijfsexploitatie is op vordering van de eigenaar (op grond van art. 38 OW) het hele bedrijf onteigend. Het bedrijf was levensvatbaar, zodat reconstructie elders in de rede lag. En omdat er rond de peildatum in 2011 in het Westland voldoende aanbod was van bestaande glastuinbouwobjecten, én reconstructie van een bestaand object aanmerkelijk goedkoper was dan nieuwbouw, waren partijen het erover eens dat de schadeloosstelling voor de onteigende diende te worden bepaald op basis van de veronderstelde aankoop en aanpassing van een bestaand glastuinbouwobject.
3. Bij de verplaatsing van een glastuinbouwbedrijf gaat het om forse bedragen. De rechtbankdeskundigen gingen bij hun begroting van de schadeloosstelling uit van een aankoopprijs voor een vervangend glastuinbouwobject van € 2,9 miljoen, waaraan vervolgens nog eens voor € 2,3 miljoen aanpassingen zouden moeten worden gepleegd. Partijen waren het erover eens dat dit object met alle aanpassingen in de markt niet (2,9 + 2,3 =) € 5,2 miljoen waard zou zijn, zodat tenminste een deel van de investering in de aanpassingen als ‘onrendabel’ moest worden beschouwd. De vraag was hoe dit onrendabel deel van de investering (de zogenoemde ‘onrendabele top’) in de schadeloosstelling voor de onteigening verdisconteerd zou moeten worden.
4. De rechtbank stelde voorop dat ‘over het algemeen’ in een situatie dat de totale stichtingskosten van een aangepast onroerend goed hoger zijn dan de marktwaarde van dat onroerend goed direct na realisatie van de aanpassingen daaraan, het verschil als vermogensschade aan een onteigende vergoed behoort te worden. Volgens de rechtbank – in navolging van de rechtbankdeskundigen – zou dit echter anders zijn in

geval van een investering in een vervangend bedrijfsobject, waarin het bedrijf van de onteigende zal worden voortgezet. In die situatie zou de onteigende de mogelijkheid hebben om met de voortzetting van zijn bedrijf in het nieuwe bedrijfsobject de investeringen in dat object terug te verdienen. Door in de schadeloosstelling uit te gaan van de totale investeringskosten, en de daaraan verbonden financiële lasten gekapitaliseerd te vergoeden, zou de onteigende kunnen beschikken over een gelijkwaardig vervangend bedrijfsobject, en zou er daarmee voor hem geen sprake zijn van een vermogensverlies. Op grond hiervan concludeerde de rechtbank dat geen grond bestond om naast de vergoeding van de inkomensschade in de vorm van de hogere financieringslasten in verband met de herinvestering ook nog als vermogensschade een onrendabele top te vergoeden (behoudens een klein bedrag van € 75.000,- voor investeringen die volgens de rechtbank zo specifiek verbonden waren aan de bedrijfsvoering van de onteigende dat die geen enkele marktwaarde hadden).

5. De onteigende stelde cassatieberoep in en maakte in cassatie opnieuw aanspraak op vergoeding van de gehele onrendabele top. De Hoge Raad acht dit beroep gegrond en ziet – anders dan de rechtbank – geen reden om de vergoeding van een onrendabele top bij bedrijfsmatig onroerend goed anders te beoordelen dan bij ander onroerend goed.
6. De Hoge Raad geeft in haar overwegingen eerst het beoordelingskader weer met verwijzing naar eerdere jurisprudentie: de onteigende wordt eerst dan volledig schadeloos gesteld indien hij zowel wat vermogen als wat inkomen betreft in een gelijke of gelijkwaardige positie blijft. Een onteigende die als gevolg van een onteigening redelijkerwijs een vervangende onroerende zaak moet kopen en deze moet aanpassen om een vergelijkbaar gebruiksgenot te krijgen, lijdt schade indien hij daarin meer geld moet steken dan de vervangende onroerende zaak na de aanpassing waard is. Die schade bestaat uit hetgeen de vervangende onroerende zaak na de aanpassing minder waard is in het vrije commerciële verkeer dan het in totaal voor de aankoop en aanpassing bestede bedrag (vgl. HR 30 oktober 1957, *NJ* 1957/639 en HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/632).
7. Vervolgens legt de Hoge Raad uit waarom er geen reden bestaat om de onrendabele top bij herinvestering in bedrijfsmatig onroerend goed anders te beoordelen. De Hoge Raad wijst erop dat het oordeel van de rechtbank dat de stichtingskosten (en kosten van aanschaf en aanpassing) bij bedrijfsmatig onroerend goed moeten worden gezien als investering in een productiemiddel waarmee rendement wordt behaald en waarmee de stichtingskosten kunnen worden terugverdiend, in strijd is met art. 40 OW omdat zulks tot gevolg zou hebben dat de onteigende de onrendabele top ten laste van zijn eigen winst moet dragen. De omstandigheid dat de onteigende een gekapitaliseerde rentevergoeding als financieringsschade vergoed krijgt brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat hij in dezelfde economische positie wordt gebracht als voor de onteigening, omdat een rentevergoeding immers niet de vermogenssituatie van de onteigende herstelt. De Hoge Raad concludeert dan ook dat de kosten van aanpassing van het vervangende object, voor zover zij de marktwaarde daarvan niet verhogen en in die zin 'onrendabel' zijn, als vermogensschade (integraal) moeten worden vergoed aan de onteigende. De A-G maakt deze overwegingen in zijn voorafgaande conclusie nog fraai inzichtelijk met een eenvoudig rekenvoorbeeld (conclusie A-G, r.o. 3.8-3.10). De Hoge Raad heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en het geding verwezen naar het Gerechtshof Den Haag. Dat gerechtshof zal nu alsnog de omvang van de onrendabele top moeten vaststellen.
8. Jurisprudentie over de vergoeding van een onrendabele top is schaars. De lijnen hiervoor waren laatstelijk door de rechtbank nog eens uiteengezet in eerdergenoemd arrest uit 1988. In het nadien nog verschenen – hiervoor ook genoemde – arrest van 9 juli 2010 had de rechtbank feitelijk vastgesteld dat er bij de investering in een vervangend moskeegebouw in Soest geen sprake was van een onrendabele top. De Hoge Raad liet die vaststelling in stand en kwam daarmee niet meer aan een nadere beoordeling toe. Volgens mijn waarneming werd in de praktijk meestal de onrendabele top ook bij herinvestering in bedrijfsmatig onroerend goed reeds integraal vergoed. Voor zover daarbij getwijfeld werd of dit ook bij herinvestering in bedrijfsmatig onroerend goed steeds moest geschieden, is die twijfel door de Hoge Raad met bovenstaand arrest weggenomen.

Voetnoten

- [1.] Mr. I.P.A. van Heijst is advocaat bij 't Regthuys te Rozendaal, Gld. Behalve als advocaat treedt hij ook regelmatig op als voorzitter van planschade- en nadeelcompensatiecommissies, als rechtbankdeskundige in onteigeningszaken en als arbiter in vastgoedgeschillen.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 24-06-2015. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl