

HOOFDSTUK 2

Plaatsbepaling

2.1 Inleiding

Alvorens wij overgaan tot een analyse van het huidige onteigeningsrecht lijkt het ons goed om kort stil te staan bij de context waarbinnen dat onteigeningsrecht functioneert. In dat verband kijken wij eerst naar het verleden, naar de ontstaansgeschiedenis van het onteigeningsrecht zoals wij dat vandaag de dag kennen en hanteren. Vervolgens besteden wij aandacht aan de raakvlakken die het onteigeningsrecht heeft met andere onderdelen van het Nederlands recht. Tot slot plaatsen wij het onteigeningsrecht ook in een internationaal perspectief, waarbij vooral de vraag centraal staat of ons recht voldoet aan de uit internationaal recht voortvloeiende eisen. Uit deze plaatsbepaling(en) blijkt – zo hopen wij – dat het Nederlandse onteigeningsrecht niet functioneert in het luchtledige, maar diepe wortels heeft, vertakkingen vertoont naar elders en op externe begrenzingen kan stuiten. De plaatsbepaling geeft het recht wat meer reliëf.

2.2 Historie

De huidige Onteigeningswet dateert van 1851. Die wet van 1851 was echter niet de eerste algemene wet op het gebied van het onteigeningsrecht die in ons land heeft gegolden.

Onze eerste onteigeningswetgeving was een product van Franse makelij, meer in het bijzonder de *Loi sur les expropriations pour cause d'utilité publique* van 8 maart 1810. Deze wet werd in Nederland van kracht door de inlijving van Nederland bij Frankrijk als het nieuwe 'Koninkrijk Holland' met Napoleons broer Lodewijk Napoleon als vorst. Na het vertrek van de Fransen en de creatie van het Koninkrijk der Nederlanden heeft deze wet zijn gelding behouden.¹

Het duurde om diverse redenen tot 1841 alvorens een eerste Nederlandse onteigeningswet in werking kon treden. Die wet was echter niet zonder gebreken. Als voornaamste bezwaar werd gezien het ontbreken van een bijzonder procesrecht dat

¹ Zie hierover uitgebreid: Sluysmans 2011, p. 9-29. Zie over de geschiedenis van de Nederlandse onteigeningswetgeving ook: De Jongh 2012, p. 46-100 en Groen 2014, p. 213-226.

bevorderde dat de mogelijkheden tot verzet tegen een voorgenomen onteigening konden worden ingesnoerd en hierdoor een snelle eigendomsontneming kon worden geborgd.

Het jaar 1850 zag het aantreden van een nieuw liberaal kabinet onder de leiding van J.R. Thorbecke. Deze Thorbecke – onder meer ook ontwerper van het befaamde ‘huis van Thorbecke’, de blauwdruk van onze moderne staatsinrichting – ontpopte zich ook tot de geestelijk vader van de Onteigeningswet van 1851. Twee belangrijke doelen had hij daarbij voor ogen, twee ogenschijnlijk tegengestelde krachten die hij toch trachtte te verzoenen, namelijk enerzijds een adequate rechtsbescherming voor de onteigende, maar anderzijds een bespoediging van het procesverloop door het uitbannen van mogelijkheden tot chicaneus gedrag.² In dit opzicht is de wet van Thorbecke – zo kunnen we na ruim anderhalve eeuw ervaring wel vaststellen – zeker geslaagd.³

Op het vlak van het schadeloosstellingsrecht bleek Thorbeckes systeem wat minder bestand tegen de tand des tijds. Thorbecke had aan het materiële schadeloosstellingsrecht namelijk maar weinig aandacht besteed, omdat het hem tamelijk eenvoudig leek. De rechter moest – geadviseerd door deskundigen – de waarde van het onteigende bepalen en soms, als er een overblijvend perceelsgedeelte resteerde, ook de waardevermindering van dat overblijvende vaststellen. De enkele taxatie van een en ander behoefde geen nadere regels.

Thorbecke had zich echter (waarschijnlijk) onvoldoende gerealiseerd dat onteigening ook tot andere schade kan leiden dan louter de waarde van de verloren zaak en eventuele waardevermindering van het overblijvende. Die schade – de schade die wij nu aanduiden als ‘bijkomende schade’ – werd in de Onteigeningswet in het geheel niet geadresseerd.

Toen de Hoge Raad dan ook (al) vanaf 1864 de rechtsregel ging hanteren dat alle schade die rechtstreeks en noodzakelijk het gevolg is van de onteigening behoort te worden vergoed, ontstond een niet op voorhand begrensd speelveld voor schade-discussies dat niet door de wetgever was gereguleerd. De wetgever zag bovendien af van een alsnog ingrijpen, waardoor de Hoge Raad de ruimte kreeg om – van arrest tot arrest – langzaam te bouwen aan een eigen systeem van regels. Het (moeten) werken met een oude wet in een steeds maar veranderende samenleving maakte het regelmatig scheppen van nieuwe regels – of van uitzonderingen op bestaande regels – onvermijdelijk. Het resultaat van de relatieve afzijdigheid van de wetgever en de actieve opstelling van de Hoge Raad is dat het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken door de jaren heen ‘vitaal’ is gebleven.⁴

Uiteraard is het niet zo dat de wetgever sinds 1851 geheel buiten beeld is gebleven. De Onteigeningswet heeft zeker ingrijpende verbouwingen ondergaan. In 1972 is bijvoorbeeld de, vandaag de dag niet meer weg te denken, figuur van de vervroegde

² Thorbecke 1880, p. 133.

³ Zie bijvoorbeeld de wijze waarop de Hoge Raad oordeelt in HR 12 februari 2010, NJ 2010/98 (*Merckelbagh c.s./Heerlen I*) en HR 25 juni 2010, NJ 2010/375 (*Merckelbagh c.s./Heerlen II*).

⁴ Sluysmans 2011, p. 234-240.

onteigening geïntroduceerd.⁵ De wetwijziging van 1981 bracht de codificatie van een aantal belangrijke regels die in de rechtspraak waren ontwikkeld op het gebied van de bepaling van de werkelijke waarde.⁶ Via de Crisis- en herstelwet ('Chw') heeft een harmonisatie plaatsgevonden van de administratieve procedures krachtens Titel IIa (infrastructuur) en IV (ruimtelijke ordening).⁷

De regering heeft aangekondigd dat de Onteigeningswet binnen afzienbare tijd zal verdwijnen.⁸ De wet moet opgaan in de meer omvattende Omgevingswet. In welke mate die operatie leidt tot een fundamentele herziening van de Onteigeningswet is thans nog onzeker, al valt wel met enige zekerheid te voorspellen dat zeker de administratieve procedure belangrijke veranderingen zal ondergaan.⁹ Wij zouden er in elk geval voor willen pleiten dat met name het schadeloosstellingsrecht zoveel als mogelijk ongemoeid wordt gelaten.¹⁰

2.3 Raakvlakken

2.3.1 Algemeen

Het onteigeningsrecht vertoont raakvlakken met aanverwante leerstukken binnen ons recht. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan die regelingen die net als de Onteigeningswet voorzien in vergoeding van schade die wordt veroorzaakt door een rechtmatig overheidshandelen, zoals de situaties van planschade, nadeelcompensatie en vergoeding wegens oplegging van een gedoogplicht. Zoals P.C.E. van Wijmen schetst, bestaat – vanuit vergoedingsperspectief – een glijdende schaal, die loopt van het onteigeningsrecht (met de volledige schadeloosstelling) aan het ene uiterste tot de nadeelcompensatie aan het andere uiterste.¹¹ De uitkomst kan dus wezenlijk verschillen, maar de gehanteerde rekenmethodes komen sterk overeen.

Samenloop van regels bestaat ten tweede tussen de Onteigeningswet en de Wet voorkeursrecht gemeenten ('WVGem'), alsmede – ten derde – tussen de Onteigeningswet en de Afdeling Grondexploitatie (Afdeling 6.4, ook wel aangeduid als de Grondexploitatiewet) uit de Wet ruimtelijke ordening ('Wro'). Aan al die raakvlakken willen wij hieronder kort aandacht besteden.

2.3.2 Planschade

Een onteigening wordt meestal voorafgegaan door planologische besluitvorming. Een samenloop van een waardevermindering van eigendom als gevolg van die planologische wijziging en de schade wegens onteigening doet zich dan ook regelmatig voor. Die samenloop is door de wetgever onderkend, hetgeen in 1981 heeft

5 Wet van 27 oktober 1972, *Stb.* 1972, 578. Zie ook: Blom 1970 en W.J.I. van Wijmen 1975 (I).

6 Wet van 22 mei 1981, *Stb.* 1981, 319. Zie hierover: Sluysmans 2011, p. 163-175.

7 Zie bijvoorbeeld: Frikkee & Visser 2012.

8 *Kamerstukken II* 2011/12, 33118, 3, bijlage 1. Zie ook: Van der Zwan 2012.

9 Zie ook: Lam, De Bruijne & Sluysmans 2012.

10 Zie ook: Sluysmans 2009 en Sluysmans 2011, p. 240-255.

11 P.C.E. van Wijmen 1991. Zie ook: Van Ravels 2006.

geleid tot de introductie van artikelen 40e en 40f OW. Artikel 40e OW – waarop hieronder in paragraaf 6.6 nog uitgebreid wordt teruggekomen – bepaalt dat bij het bepalen van de werkelijke waarde van een zaak de prijs “wordt verminderd of vermeerderd met voordelen of nadelen ten gevolge van (1) bestemmingen die door het werk waarvoor onteigend wordt, tot uitvoering komen en (2) bestemmingen voor de feitelijke handhaving waarvan onteigend wordt, voorzover deze voordelen of nadelen ook na toepassing van art. 40d niet of niet geheel ten laste van de onteigende behoren te blijven”. Artikel 40f OW bepaalt dat ingeval al voorafgaand aan de vaststelling van de schadeloosstelling voor onteigening planschade is uitgekeerd, die planschade in aftrek moet worden gebracht op de schadeloosstelling.¹²

Artikel 40e OW opent dus de mogelijkheid om – voor zover het de invloed van het bestemmingsplan op de waarde van het onteigende betreft – planschade toe te kennen in het kader van de onteigeningsprocedure. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat aan dit artikel toepassing wordt gegeven “wanneer een complex gronden ten gevolge van de daaraan gegeven bestemmingen die door het werk waarvoor onteigend wordt worden uitgevoerd, hetzij als bijzonder gunstig, hetzij als bijzonder ongunstig worden aangemerkt”.¹³ Artikel 40e OW heeft daarmee niet alleen betrekking op de wijziging van de bestemming van het onteigende, maar eveneens op de wijziging van de bestemmingen in de omgeving van het onteigende. Deze mogelijkheid beperkt zich echter wel tot het effect op het onteigende zelf, het artikel ziet niet op de invloed van de nadelige bestemming op het overblijvende.¹⁴

Geen sprake is van planschade wanneer geen gunstige bestemming aan het onteigende wordt gegeven omdat het werk waarvoor onteigend wordt daaraan in de weg staat.¹⁵ Ook kan artikel 40e OW niet worden uitgelegd in de zin dat onder nadeel in de zin van het artikel ook is begrepen het gemis van het voordeel van de waardestijging die het onteigende zou hebben ondervonden als het een andere bestemming zou hebben gehad.¹⁶

De in het onteigeningsrecht gehanteerde regel (waarover later meer) dat in geval van een niet-lucratieve bestemming van het onteigende als gevolg van het aan de onteigening ten grondslag liggende ruimtelijk besluit (welk effect niet wordt ‘opgelost’ door eliminatie of egalisatie), bij de waardering wordt teruggevallen op de (gebruiks)waarde conform de ‘oude’ bestemming, maakt dat – in de onteigening – van planschade op het onteigende nauwelijks sprake zal (kunnen) zijn. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer grond bestemd voor bedrijventerrein deels wordt onteigend voor de aanleg van een niet te elimineren weg. Een dergelijk geval zal zich niet vaak voordoen.

12 Zie over dit onderwerp: Kortmann & Den Hollander 2014.

13 *Kamerstukken II* 1980/81, 15978, 6, p. 2.

14 Kortmann & Den Hollander 2014.

15 HR 22 april 1998, *NJ* 1999/42, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Zuid-Holland/Paul*).

16 Zie HR 22 april 1990, *NJ* 1999/42, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Zuid-Holland/Paul*), waar de rechtbank ten onrechte in dit betoog was meegegaan.

Een (mogelijk) probleem doet zich dan ook met name voor op het overblijvende, de niet-onteigende eigendom.

Voor die situatie is van belang het arrest *De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland*.¹⁷ In dat arrest ziet de Hoge Raad de mogelijkheid onder ogen dat een aan een onteigende toekomstige schadeloosstelling mede een vergoeding omvat van schade die vergelijkbaar is met schade ter zake waarvan eigenaren van in de nabijheid liggende percelen waarvan niets onteigend wordt mogelijkerwijs aanspraak kunnen maken op planschadevergoeding. Dat brengt dan echter niet met zich dat de voor die schade ingevolge artikel 41 OW aan de onteigende toekomstige vergoeding moet worden bepaald met inachtneming van de rechtspraak in planschadezaken. In dit geval onderzocht de onteigende op het overblijvende schade, vanwege uitzichtvermindering vanuit een woning als gevolg van de aanleg van een dijklichaam. De rechtbank had die waardevermindering niet voor vergoeding in aanmerking laten komen vanwege actieve risicoaanvaarding, een in het planschaderecht bekend leerstuk dat – kort gezegd – inhoudt dat wie een aankoop of investering doet op het moment dat de latere schadeoorzaak voorzienbaar is, niet voor vergoeding in aanmerking komt. De Hoge Raad acht die regel dus niet in onteigeningssituaties van toepassing (zij het dat de claim van *De Bruyn c.s.* om andere redenen toch wordt afgewezen).

Artikel 6.1 lid 1 Wro bepaalt dat geen aanspraak bestaat op tegemoetkoming in planschade, voor zover de tegemoetkoming anderszins is verzekerd. Het artikel is de opvolger van artikel 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening, waarvan het eerste lid vergoeding van planschade uitsloot, indien die vergoeding door aankoop, onteigening of anderszins was verzekerd. In het licht hiervan is vermeldenswaard dat de Afdeling bestuursrechtspraak heeft beslist dat de omstandigheid dat een verzoeker om planschade te gelegener tijd wordt onteigend, niet met zich brengt dat tegemoetkoming in de planschade voor hem daarmee automatisch is verzekerd.¹⁸ Op het moment dat op het planschadeverzoek zal worden beslist, zal immers dikwijls nog (lang) niet duidelijk zijn of en zo ja, in welke mate, vergoeding van planschade in de onteigeningsschadeloosstelling wordt meegenomen (vgl. artikelen 40e en 41 OW). Bovendien wordt bij het bepalen van de onteigeningsschadeloosstelling niet dezelfde peildatum gehanteerd als bij het vaststellen van een tegemoetkoming in planschade.

2.3.3 Nadeelcompensatie

Bij nadeelcompensatie is – net als bij onteigening – sprake van een vergoeding van nadeel dat ontstaat uit een op zichzelf rechtmatig handelen van de overheid. Waar bij onteigening die vergoeding bestaat uit een volledige schadeloosstelling, is in geval van nadeelcompensatie slechts sprake van een tegemoetkoming in de geleden schade.¹⁹

¹⁷ HR 21 november 2008, NJ 2009/303, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland*).

¹⁸ ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2613 (*Heerlen*).

¹⁹ Zie uitgebreid over de relatie tussen onteigeningsrecht en nadeelcompensatierecht: Sluysmans 2012 (I), waaraan het navolgende ook grotendeels is ontleend.

Anders dan bij planschade, bevat de Ontheingingswet geen expliciete verwijzing naar nadeelcompensatie. Een raakvlak is wel evident waar het gaat om de (wijze van) schadeberekening. Bij het becijferen van schade in het kader van een verzoek tot vergoeding van nadeelcompensatie worden in het ontheingingsrecht ontwikkelde begrippen en rekenmethoden toegepast. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de Afdelingsuitspraak van 12 oktober 2011.²⁰ Achtergrond van de nadeelcompensatieclaim was het wegvallen van de veerdienst tussen Breskens en Terneuzen vanwege de openstelling van de Westerscheldetunnel. De verzoeker was een horecaondernemer nabij de voormalige afvaartplek van de veerpont die dus als gevolg van het vervallen van die veerverbinding zijn klandizie zag verdampen. De ondernemer, erfpachter, vordert inkomensschade die – als het ontheingingsrecht wordt toegepast – tegen factor 9 (een periode van circa twaalf jaar) moet worden vergoed. De minister kiest ervoor om de periode waarover inkomensschade wordt vergoed te beperken tot een kleine vier jaar, met als argument dat een periode van circa 7,5 jaar was verstreken tussen het schadeveroorzakende besluit en de daadwerkelijke beëindiging van de veerdienst. Dit ‘voortgezet gebruik’ zou een beperking van de schadeperiode rechtvaardigen. De Afdeling beschouwt die benadering als juist.

Hoewel hier dus duidelijk wordt gewerkt met begrippen uit het ontheingingsrecht, achten wij de concrete invulling daarvan onjuist. Zo is voortgezet gebruik in het ontheingingsrecht een expliciet door de onteigenaar aan de onteigende gegund ‘recht’ om na eigendomsovergang nog enige tijd het onteigende te blijven gebruiken. In de onderhavige zaak was geen sprake van een ‘voortgezet gebruik’ in deze zin, maar enkel van een situatie waarin de gevolgen van het schadeveroorzakende besluit zich pas vele jaren later lieten voelen. Ook de betekenis die hier wordt toegekend aan dat voortgezet gebruik lijkt ons niet correct. Anders dan de Afdeling kennelijk van oordeel is, blijkt uit het arrest Leiden/Motorhuis²¹ dat het juist niet de bedoeling is om de periode van voortgezet gebruik in mindering te brengen op de periode waarover inkomensschade moet worden vergoed. De gekapitaliseerde inkomensschade moet contant worden gemaakt naar de peildatum,²² met als gevolg dat naarmate de schade zich later zal voordoen het contante schadebedrag in omvang zal afnemen. De Afdeling heeft de klok dus zeker gehoord, maar de klepel niet gevonden.

20 ABRvS 12 oktober 2011, O&A 2012/10.

21 HR 12 april 1967, NJ 1967/236, m.nt. N.J. Polak (*Leiden/Motorhuis*).

22 Zie hierover recent en uitgebreid: Van Mierlo & Van Ravels 2011. Zij noemen ook ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3621 als een voorbeeld van een zaak waarin de Afdeling niet op geheel juiste wijze omgaat met het fenomeen van kapitalisatie.

2.3.4 Gedoogplichten

Wij kennen in ons land een uitgebreid scala aan ‘gedoogwetten’.²³ Meest bekend zijn de gedoogplichten die kunnen worden opgelegd krachtens de Belemmeringenwet privaatrecht en de Waterwet.²⁴ Kenmerk van dit type regelingen²⁵ is dat zij aan bepaalde partijen (kort gezegd: ondernemers van werken ten behoeve van het algemeen belang) de mogelijkheid bieden om op enigerlei wijze – tijdelijk of permanent – inbreuk te maken op het eigendomsrecht van een derde. Die derde is op zijn beurt verplicht om die inbreuk te dulden, te gedogen. Daar staat wel tegenover dat die derde aanspraak heeft op vergoeding van alle schade die hij ondervindt als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de aan hem opgelegde gedoogplicht.²⁶

Op twee onderdelen raakt de gedoogregelgeving het onteigeningsrecht, namelijk ten eerste in het kader van de criteria tot oplegging van een gedoogplicht en ten tweede bij de bepaling van de schade wegens oplegging van een gedoogplicht.

Over dat laatste kunnen wij zeer kort zijn. In geval van oplegging van een gedoogplicht bestaat een aanspraak op volledige schadeloosstelling, vergelijkbaar met de uit een onteigening voortvloeiende aanspraak. De Hoge Raad heeft dit duidelijk beslist in een arrest van 22 mei 1970:

“(…) dat toch in de woorden ‘behoudens recht op schadevergoeding’ – art. 1 van de wet – geen enkele beperking van het recht op schadevergoeding is gelegen;

dat ook de geschiedenis van de wet geen steun biedt voor een beperkte opvatting van het recht op schadevergoeding, doch uit die geschiedenis veeleer blijkt dat is gedacht aan een recht op volledige schadevergoeding;

dat de regeling van de schadevergoeding in de Belemmeringenwet Privaatrecht via de wet van 26 april 1918, Stb. no. 276, in hoofdzaak is ontleend aan de Telegraaf- en Telefoonwet 1903, Stb. 1904, no. 7;

dat naar aanleiding van de art. 7 van laatstgenoemde wet voorkomende woorden ‘behoudens recht op schadevergoeding’ in de desbetreffende MvA is opgemerkt dat het ontwerp – dit is het ontwerp dat heeft geleid tot de Telegraaf- en Telefoonwet voornoemd – zich onthoudt van een omschrijving van de schade welke voor vergoeding in aanmerking komt, aan welke opmerking het volgende is toegevoegd:

‘Daar toch het stelsel van het ontwerp is het recht op vergoeding van schade zoo ruim mogelijk toe te kennen, zou elke omschrijving eene beperking medebrengen, alzoo in strijd zijn met hetgeen beoogd wordt;’

23 Voor een interessante vergelijking tussen onteigening en de oplegging van een gedoogplicht verwijzen wij naar Wijting 1997 en Coenen 1998. Zie voor een overzicht van met name de historische ontwikkeling van de gedoogregelgeving: De Jongh 2012, p. 141-163. Zie verder: Sitompoel 2011, p. 67-69.

24 Waarover uitgebreid: Van Ravels 2006, p. 207-253.

25 Deze hoofdlijnen blijven ook behouden in hoofdstuk 11 van de nieuwe Omgevingswet, waarin alle regelgeving rondom gedoogplichten bijeen wordt gebracht.

26 De bevoegde rechter verschilt. In de Belemmeringenwet privaatrecht moet de gelaedeerde zich tot de kantonrechter wenden. In de Waterwet moet een schadebesluit van het betreffende bestuursorgaan worden gevraagd (waartegen bezwaar en beroep openstaan).

*dat, gelet op het vorenstaande, moet worden aangenomen dat, indien door rechthebbenden door de aanleg en de instandhouding van een werk als bedoeld in de Belemmeringenwet Privaatrecht een schade wordt geleden als door rekw.n gesteld, deze schade volledig moet worden vergoed;*²⁷

Daadwerkelijke schadeprocedures worden evenwel slechts hoogst zelden gevoerd, waarschijnlijk omdat partijen elkaar 'in het veld' meestal minnelijk weten te vinden.

Meer aandacht verdient het eerstgenoemde raakvlak, de criteria tot het opleggen van een gedoogplicht.²⁸ In alle gedoogregelgeving is namelijk de bepaling te vinden dat een gedoogplicht niet mag worden opgelegd indien de beoogde inbreuk op de eigendom van dien aard is dat het belang van de onteigende redelijkerwijs onteigening vordert. In geen van de gedoogwetten wordt echter bepaald *wanneer* het belang van de rechthebbende nu redelijkerwijs onteigening vordert.²⁹

Uit de rechtspraak blijkt dat bij deze afweging belang moet worden gehecht aan alle (actuele³⁰) omstandigheden van het geval.³¹ In het bijzonder verdienen de verhouding tussen het belemmerde perceelsgedeelte en het overblijvende en de aard van de belemmering aandacht.³² Zo zal ingeval de aard van de belemmering met zich brengt dat de belemmerde grond geheel onbruikbaar wordt en die belemmerde grond bovendien een substantieel ('omvang') of cruciaal ('ligging') deel van de totale eigendom uitmaakt, onteigening sneller zijn aangewezen dan wanneer zulks niet het geval is. Die benadering is meest recent toegepast door de Afdeling in een uitspraak van 24 juli 2013,³³ waar de Afdeling enerzijds kijkt naar de verhouding tussen belemmerde en overblijvende eigendom en anderzijds naar de mate van resterend zinvol gebruik van de belemmerde eigendom. De analyse laat dan in dat geval zien dat 16,7% van het totale eigendom wordt belemmerd en dat de aard van die belemmeringen – kort gezegd: het (definitief dan wel regelmatig) onder water zetten van die eigendom – eigenlijk geen ruimte laat voor enig zinvol gebruik van die grond. In een dergelijk geval vergt het belang van de rechthebbende (de eigenaar) onteigening.

27 HR 22 mei 1970, NJ 1970/368 (NV/PNEM). Zie ook: HR 2 februari 1979, NJ 1979/384, m.nt. F.H.J. Mijnsen (Binnendijk/NV Energiecentrale IJsselcentrale).

28 Zie hierover uitgebreid: Sluysmans 2013, p. 22-25.

29 Volstaan wordt met de opmerking (p. 2): "En indien nu eenig door derden aan te leggen werk de bestemming van eenig goed daadwerkelijk ook voor den rechthebbende mocht dwingen, een andere bestemming aan dat onroerend goed te geven, ten einde grooter nadeel te voorkomen, zou het geval aanwezig kunnen zijn, dat de belangen van den rechthebbende onteigening vorderen. De verzoeker zal dan dus of minder ver werkende belemmeringen zich zien toegestaan, of verwezen worden naar een aanvraag om onteigening."

30 Met toekomstige mogelijkheden wordt in beginsel geen rekening gehouden, aldus Hof Amsterdam 30 november 1955, NJ 1955/459.

31 Zie over deze criteria onder meer Wijting 1999, p. 18 en Coenen 1999, p. 69-71.

32 Anders geformuleerd, maar met dezelfde strekking Coenen 1997, p. 560: "Geconcludeerd kan worden dat toepassing van de Belemmeringenwet privaatrecht bij weigering van medewerking van rechthebbenden niet mogelijk is in die gevallen waarin het voorgenomen werk het huidige gebruik van een onroerende zaak onmogelijk maakt, danwel in belangrijke mate vermindert als gevolg van een wijziging van de fysieke gesteldheid van de grond."

33 ABRvS 24 juli 2013, TBR 2013/149, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (Brabantse Delta). Zie ook uitzonderingen die de regel bevestigen: Hof 's-Gravenhage 30 maart 1961, Stcrt. 10 april 1961, 69 en Hof Amsterdam 30 november 1995, NJ 1995/459.

Tot slot merken wij in dit verband nog op dat enigszins opmerkelijk is dat in een situatie waarin een gedoogplicht wordt geweigerd, omdat de belangen van de recht-hebbende redelijkerwijs onteigening vorderen, de beoogd 'gedooggerechtigde' dik-wijls de regie enigszins verliest. Hij beschikt namelijk wel over de bevoegdheid om een gedoogbeschikking te vragen, maar heeft dikwijls geen bevoegdheid tot onteigening. Voor die discrepantie – en de mogelijke ongelukkige gevolgen daarvan – heeft de wetgever zich ons inziens onvoldoende rekenschap gegeven.

2.3.5 Wet voorkeursrecht gemeenten

De Wet voorkeursrecht gemeenten wordt wel aangemerkt als een passief verwer-vingsinstrument.³⁴ De wet stelt – onder bepaalde voorwaarden – overheden³⁵ in de gelegenheid om een zogenaamd voorkeursrecht op onroerende zaken te vestigen. Het gevolg van die vestiging is – zie artikel 10 WVGem – dat de eigenaar die zijn eigendom wil vervreemden eerst de overheid de gelegenheid moet bieden om die eigendom aan te kopen.³⁶ Pas als die overheid geen belangstelling heeft, kan het goed verkocht worden op de vrije markt. Weten eigenaar en voorkeursgerechtigde overheid geen overeenstemming over de prijs te bereiken, dan bevat de wet een zogenaamde prijs-vaststellingsprocedure waarbinnen uiteindelijk de rechtbank – geadviseerd door deskundigen – de prijs vaststelt. Die vaststelling geschiedt aan de hand van de regels die in het onteigeningsrecht zijn ontwikkeld om de werkelijke waarde van een ont-eigend goed te bepalen.³⁷

Een procedure tot bepaling van die waarde – de zogenaamde prijsvaststellings-procedure – wordt gevoerd ten overstaan van de rechtbank van het arrondisse-ment waarbinnen de zaak in kwestie is gelegen. Zeker als de initiatiefnemer tot die procedure zijn verzoek goed inkleedt, is de kans groot dat binnen die rechtbank de onteigeningskamer zich over de kwestie buigt en ook de 'vaste' commissie van ont-eigeningsdeskundigen inschakelt ter advisering. Van discrepanties met de wijze waarop in het reguliere onteigeningsrecht wordt gewaardeerd, is ons dan ook niet gebleken.

Wel verdient hier nog vermelding dat de Wet voorkeursrecht gemeenten uitgaat van enkel een vergoeding van de waarde van hetgeen wordt aangeboden. Voor bij-komende schade, zoals verhuiskosten, is geen ruimte. De transactie heeft immers een vrijwillig karakter.³⁸ Wil de eigenaar een volledige schadeloosstelling ontvangen, dan zal hij de onteigening moeten afwachten.

34 Vgl. Mus & Van Wijmen 2012, p. 13.

35 Niet alleen maar gemeenten, maar ook provincies en het Rijk. De naam van de wet is dus bepaald misleidend.

36 In die zin vertoont het voorkeursrecht dus een belangrijk verschil met de figuur van het 'voorkoop-recht', zoals dat bijvoorbeeld bestaat in Vlaanderen en Duitsland. Bij een voorkooprecht treedt de 'voorkooprecht-gerechtigde' overheid in de plaats van een koper, bij een voorkeursrecht wordt een verkoop aan een derde juist geblokkeerd.

37 Aldus artikel 13 lid 4 WVGem.

38 Tenzij sprake is van een gedwongen aankoop ex artikel 15 WVGem, maar dan nog is van de zijde van de verkoper sprake van vrijwilligheid.

Een tweede raakvlak tussen het onteigeningsrecht en de Wet voorkeursrecht gemeenten ligt op het vlak van de zelfrealisatie. Wanneer een grondeigenaar bereid en in staat is met inachtneming van de redelijke wensen van de planwetgever (meestal: de gemeente) de aan zijn eigendom toegekende bestemming zelf te realiseren, wordt hij daartoe niet gehinderd door een voorkeursrecht en bestaat evenmin noodzaak om hem te onteigenen.³⁹

In de rechtspraak is tussen de 'zelfrealisatie onder de Wet voorkeursrecht gemeenten' enerzijds en 'zelfrealisatie onder de Onteigeningswet' anderzijds wel een discrepantie ontstaan. Sinds het arrest Etten-Leur⁴⁰ zijn de mogelijkheden om met een beroep op eventuele zelfrealisatie een nietigheidsactie van de gemeente op grond van artikel 26 WVGem af te wenden nagenoeg nihil.⁴¹ De reden daarvoor is dat vrijwel iedere overeenkomst die in het kader van een beoogde zelfrealisatie wordt gesloten tussen de grondeigenaar en een marktpartij impliceert dat de beschikingsmacht over en het economisch belang bij de grond in enigerlei mate aan die marktpartij worden overgedragen,⁴² hetgeen artikel 26 WVGem nu juist verbiedt.

Zoals blijkt uit onder meer de KB's Alkmaar en Duiven⁴³ beschouwt de Kroon de nietigheid van een dergelijke overeenkomst krachtens de WVGem als irrelevant voor de beoordeling van de vraag of zelfrealisatie aan de noodzaak van onteigening in de weg staat. Bij de toetsing van de onteigeningsnoodzaak gaat het namelijk louter om de vraag of (gelet op de plannen van de grondeigenaar) de realisatie van de bestemming ook zonder onteigening voldoende is gewaarborgd. Daarbij doet niet ter zake of en in welke mate bij die realisatie ook sprake is van betrokkenheid van een derde die zich, op een wijze die aan de gemeentelijke voorkeurspositie afbreuk heeft gedaan, een positie heeft verworven. Daarmee bestaat een relevant verschil met het op gemeentelijke 'verwervingsvoorrang' gerichte oogmerk van de WVGem. In de woorden van A-G Keus: *"Dat de Wvg en de Ow vanuit hun verschillende doelstellingen verschillende grenzen aan de mogelijkheden tot zelfrealisatie stellen en dat de Wvg ingrijpt op rechtshandelingen (zoals vervreemding van de gronden aan een projectontwikkelaar) die, zouden zij ongemoeid zijn gelaten, op zichzelf tot een adequate realisatie van de (toekomstige) bestemming hadden kunnen leiden en aan de noodzaak van onteigening in de weg zouden hebben gestaan, is (...) dan ook geenszins ongerijmd."*⁴⁴

39 Zie uitgebreid: Groen 2014.

40 HR 27 juni 2008, NJ 2009/79, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Christianen/Etten-Leur*).

41 Lucassen 2011, p. 308.

42 Zie bijvoorbeeld: HR 13 november 2009, NJ 2010/241, m.nt. P.C.E. van Wijmen; *TBR* 2010/72, m.nt. J.B. Mus (*Wijklijn/Rijnwoude*).

43 KB 24 november 1998, *Stcr.* 1998, 242, p. 16 (*Alkmaar*) en KB 6 februari 2001, *Stcr.* 2001, 45, p. 13 (*Duiven*).

44 Overweging 2.12 van de conclusie van A-G Keus bij HR 27 juni 2008, NJ 2009/79, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Christianen /Etten-Leur*).