

De ‘voorzienbare’ bedrijfs-overdracht bij planschade/nadeelcompensatie

mr. ing. P.W.H. Herder¹

1. Inleiding

Voorzienbare investeringsbeslissingen zijn een dankbaar onderwerp om over te procederen. De voorzienbaarheid heeft een ‘alles-of-niets’ karakter dat het verschil maakt tussen wel of geen tegemoetkoming. Een aanspraak op nadeelcompensatie kan alleen worden toegekend voor zover de benadeelde ten tijde van de investeringsbeslissing géén rekening behoeft te houden met de schadeveroorzakende handeling. De gedachte is dat indien ten tijde van de investeringsbeslissing een concreet kenbaar beleidsvoornemen bestond, de koper/ondernemer/burger hiermee bij de beslissing tot investering rekening kon houden. Wordt ondanks het beleidsvoornemen besloten tot het doen van de investering, dan blijft de schade voor rekening van de benadeelde omdat hij de mogelijkheid van verwezenlijking van een negatieve ontwikkeling ten tijde van de investeringsbeslissing heeft aanvaard. Ook voor buitengebieden worden door overheden steeds meer voornemens geuit over ruimtelijke ontwikkelingen, aanpassingen van het grondwaterpeil, verkleining van bouwblokken, aanwijzing van nieuwe stikstofgevoelige natuurgebieden, uitsluiting van bepaalde agrarische bedrijfstakken en andere belemmeringen voor de agrarische bedrijfsvoering. Effectuering van dergelijke voornemens kan schade voor agrarische bedrijven tot gevolg hebben. Investeringsbeslissingen die plaatsvinden ná het voornemen maar vóór de effectuering, zijn voorzienbaar. Voor die gevallen bestaat geen recht op een schadevergoeding. Wat als op korte termijn een bedrijfsoverdracht is voorzien, hoe kan dan de voorzienbaarheid van schade worden voorkomen? Voorzienbaarheid is aan de orde als er sprake is van een concreet kenbaar beleidsvoornemen én een investeringsbeslissing. De vereisten voor een concreet kenbaar beleidsvoornemen komen in deze bijdrage niet aan bod. In deze bijdrage wordt eerst kort stilgestaan bij verdiscontering van de voorzienbare ontwikkeling in de koopsom. Daarna wordt de rechtspraak omtrent investeringsbeslissingen en voorzienbaarheid besproken en

afsluitend wordt ingegaan op mogelijkheden voor bedrijfsoverdracht zonder dat voorzienbaarheid wordt tegengeworpen.

2. Verdiscontering in koopsom

Is er sprake van voorzienbaarheid én wordt overgegaan tot aankoop, dan wordt aangenomen dat de koper het risico heeft aanvaard en heeft verdisconteerd in de overeengekomen koopsom.² Verschillende transacties zijn denkbaar waarbij de bepaling van de te betalen koopsom op voorhand is vastgesteld of door middel van een overeengekomen waardebegrip nader dient te worden bepaald. De negatieve ontwikkeling betrekken in de koopsom is niet altijd mogelijk.

Denk bijvoorbeeld aan de overdracht binnen een maatschap. In een maatschapsakte is veelal bepaald dat overdracht plaatsvindt op basis van de ‘voortzettingswaarde’. Ook kan worden gedacht aan erfpachtsituaties waarbij reeds in de akte de koopsom – of de wijze waarop de koopsom dient te worden bepaald – is opgenomen.

Kan in deze gevallen de koper voorzienbaarheid worden tegengeworpen? In de rechtspraak is deze vraag (nog) niet beantwoord door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ‘de Afdeling’). Opgemerkt kan worden dat de beoordeling van de voorzienbaarheid in hoofdzaak plaatsvindt binnen het objectieve kader van de redelijk denkend en handelende koper. Het is dan ook maar de vraag of binnen dat kader de feitelijke totstandkoming van de koopsom kan worden betrokken.

3. Investeringsbeslissing

Een investeringsbeslissing kan een scala aan verschillende handelingen betreffen. Gedacht kan worden aan het aangaan van een huurovereenkomst, de start van een onderneming, aankoop van een onroerende zaak of het aanvangen van een ex-

1. Mr. ing. P.W.H. (Paul) Herder is werkzaam bij Gloudemans als deskundige op het gebied van planschade en nadeelcompensatie.

2. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 22 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:402; ABRS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3134.

ploittatie op een nieuwe locatie. In de rechtspraak is voor verschillende handelingen overwogen of sprake is van een investeringsbeslissing. Hierna komen aan bod: de verkrijging onder algemene titel of daarmee gelijk te stellen wijzen van verkrijging (§ 2.1), de inbreng in een andere rechtsvorm (§ 2.2), de verkoop van aandelen (§ 2.3), de investering in een bestaand belang (§ 2.4) en investeringsnood (§ 2.5).

3.1. Algemene titel of daarmee gelijk te stellen wijzen van verkrijging

Een voorzienbare investeringsbeslissing vereist dat de benadeelde bij die beslissing rekening kan houden met een mogelijke negatieve ontwikkeling. Voor verkrijging onder algemene titel is geen rechtshandeling vereist en de verkrijger onder algemene titel zet de rechtspositie van zijn voorganger voort. Van voorzienbaarheid kan daarom geen sprake zijn. Bij de meest voorkomende vorm van verkrijging onder algemene titel, erfopvolging, leidt dit nog wel eens tot de vraag of gezien de omstandigheden geen voorzienbaarheid kan worden tegengeworpen. In de casus die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling van 10 april 2019 werd de boedel verdeeld over meerdere erfgenamen waarbij de erfgenaam die de woning kreeg toebedeeld, werd overbedeeld.³ In de akte van verdeling was daarom een bedrag opgenomen ter compensatie aan de overige erfgenamen. Door het college van B&W en de rechtbank werd de compensatie gelijkgesteld met een koopsom en de verkrijging aangemerkt als een verkrijging onder bijzondere titel. De Afdeling volgde dit niet met de toelichting dat sprake is van verkrijging onder algemene titel. Bij verkrijging onder algemene titel mag geen voorzienbaarheid worden tegengeworpen. Daarmee hanteert de Afdeling voor wat betreft de voorzienbaarheid een strikte scheiding tussen verkrijging onder algemene en bijzondere titel.

Ook aan een investeringsbeslissing die gelijk te stellen is met verkrijging onder algemene titel mag geen voorzienbaarheid worden tegengeworpen. Deze overweging (van de Afdeling) staat in een uitspraak inzake een casus die betrekking heeft op een maatschap van een melkveehouderij. Vader, eigenaar van de boerderij, gaat een maatschap aan met zijn zoon. Vader komt te overlijden en op basis van zijn testament verkrijgt zijn vrouw de boerderij. In de maatschapsakte is een verblijfsbeding opgenomen dat zoon aanspraak geeft op overdracht van de boerderij tegen vergoeding van de waarde in geval van overlijden van vader. Moeder draagt op grond van dat beding de boerderij over aan haar zoon. In de uitspraak van de Afdeling van 10 oktober 2012 stond de vraag centraal of deze levering een investeringsbeslissing betreft.⁴ De Afdeling stelt vast dat sprake is van verkrijging onder bijzondere titel maar dat de rechtsopvolging

op grond van een in een maatschapsakte opgenomen verblijfsbeding op één lijn te stellen is met rechtsopvolging onder algemene titel. Daartoe is volgens de Afdeling van doorslaggevend belang dat een dergelijk verblijfsbeding een substituut voor erfopvolging vormt, wat ten doel heeft het bedrijf integraal van vader op zoon over te doen gaan, onder compensatie van de andere erfgenamen wegens overbedeling. Onder deze omstandigheden mag dus geen voorzienbaarheid worden tegengeworpen. Onder verwijzing naar deze uitspraak staat in de (planschade) overzichtsuitspraak van de Afdeling als standaardoverweging opgenomen dat voorzienbaarheid niet mag worden tegengeworpen bij 'rechtsopvolging onder algemene titel of daarmee gelijk te stellen wijzen van verkrijging'.⁵

3.2. Inbreng in andere rechtsvorm

Vanaf 2011 zijn door de Afdeling verschillende uitspraken gewezen in zaken waar de inbreng van een onderneming in een nieuwe rechtsvorm aan de orde was. Aan bod zijn gekomen de inbreng van een als eenmanszaak gedreven café-restaurant in een BV⁶ en de inbreng van een VOF in een BV⁷. In beide zaken was op het moment van de inbreng de schadeveroorzakende gebeurtenis voorzienbaar zodat voorzienbaarheid werd tegengeworpen. De Afdeling overwoog in beide gevallen dat met de geruisloze inbreng sprake is van eenzelfde entiteit, waarvan slechts de rechtsvorm is gewijzigd. De onderneming is feitelijk ongewijzigd voortgezet zodat aan die onderneming geen voorzienbaarheid dient te worden tegengeworpen.

3.3. Verkoop aandelen

Hoewel een koper van een onroerend zaak wordt geacht rekening te houden met mogelijk negatieve ontwikkelingen, geldt dit niet voor een koper van aandelen. In de uitspraak van 18 mei 2016 oordeelde de Afdeling dat een aandelentransactie geen investeringsbeslissing betreft waarvoor voorzienbaarheid kan worden tegengeworpen.⁸ De casus zag op een voormalige suikerfabriek die sinds 1978 in eigendom was van de vennootschap die de suikerfabriek exploiteerde. Nadat in de jaren '90 de bedrijfsactiviteiten waren gestaakt resteerde binnen de onderneming het vastgoed. In 2000 is het 'vastgoed' te koop aangeboden door de verkoop van de aandelen van de vennootschap. In datzelfde jaar is een transactie tot stand gekomen waarbij alle aandelen zijn overgedragen. De vraag stond centraal of deze handeling als investeringsbeslissing in het kader van de voorzienbaarheid kon worden aangemerkt aangezien op dat moment concreet bekend was dat de uitbreiding van Luchthaven Schiphol belemme-

3. ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1124.

4. ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9702.

5. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 5.31.

6. ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6919.

7. ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1423.

8. ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1349.

ringen voor de ontwikkelingsmogelijkheden van de locatie tot gevolg had.

De Afdeling overwoog dat bij beantwoording van de vraag of schade voor een rechtspersoon voorzienbaar was, in het algemeen geen rol speelt welke (rechts)persoon aandeelhouder is van de juridische entiteit die heeft verzocht om schadevergoeding. Of de schade voor een redelijk denkend koper voorzienbaar was, is immers gekoppeld aan de vraag of dit voor de rechtspersoon die om schade heeft verzocht het geval is. Het bestuursorgaan was echter in het voorliggende geval van oordeel dat het hier gaat om een in de onroerende goed wereld gebruikelijke overdracht van onroerend goed via een aandelenoverdracht.

Naar het oordeel van de Afdeling kan de verkoop van aandelen in een rechtspersoon die de eigendom heeft van een onroerende zaak en deze exploiteert, niet op één lijn worden gesteld met de verkoop van de onroerende zaak zelf. In dat geval is er geen sprake van een aankoop prijs van onroerend goed, maar van de aandelen van een rechtspersoon. Die rechtspersoon kan niet worden gelijk gesteld met haar onroerend goed. Van voorzienbaarheid is derhalve geen sprake, aldus de Afdeling.

De hiervoor vermelde casus zag op vermogensschade van het onroerend goed. De vraag is relevant of de Afdeling tot hetzelfde oordeel zou komen indien er sprake zou zijn van inkomensschade bij de exploitatie van bedrijfsactiviteiten door een rechtspersoon van een onderneming. Een dergelijke rechtspersoon kan niet gelijk worden gesteld met haar onroerend goed, maar kan een rechtspersoon die een onderneming exploiteert wel worden gelijk gesteld met haar inkomenspotentieel op basis van de bedrijfsactiviteiten? Het is de vraag of bij inkomensschade de overdracht van aandelen niet als investeringsbeslissing zou worden aangemerkt. Wat daarbij niet helpt is dat de Afdeling een eigen visie heeft op welke wijze vermogens- en inkomensschade dienen te worden beoordeeld in het geval beiden aanwezig zijn. Naar het oordeel van de Afdeling dient volgendelijk eerst de inkomensschade te worden beoordeeld en daarna te worden gezien of aanvullend vermogensschade resteert. Als de inkomensschade als voorzienbaar wordt aangemerkt, kan er dan nog vermogensschade resteren?⁹

3.4. Investeringsnood

In de praktijk komt het vaak voor dat een eigenaar een nieuwe investering doet in zijn eigendom. In die gevallen dient de vraag beantwoord te worden of de investering in het bestaande belang van de eigenaar als investeringsbeslissing kan worden aangemerkt. De ratio om een investering in een bestaand belang niet aan te merken als investeringsbeslissing is dat in redelijkheid van een eigenaar

niet kan worden verlangd bepaalde investeringen na te laten of uit te stellen. De rechtspraak hierover is spaarzaam maar eenduidig: een investering in een bestaand belang betreft geen investeringsbeslissing waarbij de afweging kan worden gemaakt om een negatieve beleidsontwikkeling te verdisconteren. Denk hierbij aan de uitbreiding van een woning¹⁰, herbouw van een woning¹¹ of investeringen ter behoud van de concurrentiepositie van een onderneming.¹²

Voor wat betreft investering in bestaand belang zijn er parallellen met art. 39 van de Onteigeningswet waaruit volgt dat in de berekening van de schadeloosstelling in beginsel geen veranderingen aan de onteigende onroerende zaak worden betrokken van na de onteigeningspeildatum. Normale of noodzakelijke veranderingen die aansluiten bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak op de onteigeningspeildatum mogen wel worden betrokken. Uit de rechtspraak van de Afdeling is een lijn te destilleren die hierbij aansluit. Er is sprake van een investering in een bestaand belang voor zover het normale of noodzakelijke investeringen zijn die aansluiten bij de aard en de wijze van het gebruik van de onroerende zaak.

Daarbij geldt dat het belang waarin wordt geïnvesteerd (planologisch) reeds aanwezig dient te zijn op het peilmoment voor de voorzienbaarheid. In de uitspraak van de Afdeling van 18 september 2019 ondervond de eigenaar van een jachthaven schade als gevolg van peilschommelingen die door het project Ruimte voor de Rivier waren vergroot.¹³ De betreffende gronden waren in 1979 met een agrarische bestemming gekocht met het oog op realisatie van een jachthaven. De planologische mogelijkheid om de jachthaven te realiseren was echter pas verkregen nadat de mogelijke peilschommelingen reeds bekend waren. Eerst vanaf het moment dat de planologische mogelijkheid voor de jachthaven is verkregen, is de voorzienbaarheid van de voor deze exploitatie negatieve ontwikkeling van belang, aldus de Afdeling. De eigenaar heeft daarom geen recht op een tegemoetkoming in de planschade.

3.5. Investeringsnood

Tot slot zijn in de rechtspraak van de Afdeling enkele situaties aan de orde geweest die het beste kunnen worden gekwalificeerd als 'investeringsnood'. Deze categorie van gevallen heeft een overlap met een investering in een bestaand belang. Van investeringsnood was sprake in de uitspraak van de Afdeling van 18 juni 2003. Een echtpaar dat in algehele gemeenschap van goederen was getrouwd, had in 1978 een huis gekocht. In 1991 is het huwelijk door echtscheiding ontbonden en is de woning aan

9. Voor een uitgebreide uiteenzetting, zie: A.C.M.M. van Heesbeen en S. Berns, 'De verhouding tussen vermogens- en inkomensschade bij nadeelcompensatie en planschade', *PRO* 2014/4, p. 166.

10. ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1300.

11. AGRvS 10 oktober 1988, ECLI:NL:RVS:1988:AN0391, AB 1988, 233, BR 1989, 125.

12. ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2442, TBR 2015/178.

13. ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3190.

de vrouw toebedeeld. Naar het oordeel van het bestuursorgaan was daarmee sprake van een investeringsbeslissing zodat slechts aanspraak bestond op 50% van de schade. De Afdeling overwoog dat de aard van de toedeling, aan verdiscontering van de waardevermindering in de weg staat. Voor de man bestond geen aanleiding om de waardevermindering voor zijn rekening te nemen, omdat hem bij overdracht geen aanspraak op schadevergoeding zou toekomen en van de vrouw kon niet worden geveerd dat zij gezien de waardevermindering van verdere bewoning zou afzien. De enige oplossing zou volgens de Afdeling zijn om met de boedelverdeling te wachten tot de inwerkingtreding van het nieuwe plan.

Mijns inziens is de door de Afdeling geschetste afwegingen altijd aan de orde bij de zogenoemde 'schaduwschade'. Van de eigenaar die een onroerende zaak verkoopt terwijl een negatieve ontwikkeling te voorzien is, maar nog niet in werking is getreden wordt verwacht dat de onroerende zaak voor een lagere prijs wordt verkocht terwijl geen aanspraak bestaat op schadevergoeding. De ruimtelijke ontwikkeling werpt als het ware zijn schaduw vooruit, vandaar de term *schaduwschade*. Het is vaste rechtspraak dat voor vergoeding van *schaduwschade* geen grondslag bestaat.¹⁴ Kennelijk gaat het de Afdeling niet te ver dat dergelijke *schaduwschade* bij 'investeringsnood' wel voor vergoeding in aanmerking komt.

In tamelijk gedateerde rechtspraak (1993) was een zaak aan de orde waarin een woning was gebouwd terwijl er sprake was van voorzienbaarheid.¹⁵ De eigenaar betoogde dat de investering hem niet kon worden aangerekend, omdat hij door de voorgenoemen overname van het ouderlijk grondgebonden bedrijf niet de keuze had om een woning elders te bouwen dan wel om in het geheel af te zien van de bedrijfsovername. De Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State volgt de eigenaar hierin en is van oordeel dat er sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor de schade niet voor zijn rekening behoort te blijven. In een enigszins vergelijkbare casus van meer recente datum achtte de Afdeling enkel het familiale karakter van een overdracht onvoldoende voor dergelijke bijzondere omstandigheden.¹⁶ De benadeelde was in februari 2007 eigenaar geworden van de ouderlijke woning. Na het overlijden van vader in november 2006 werd de woning voor de helft van moeder en voor de helft, op basis van het testament, van moeder en haar drie kinderen. Volgens de benadeelde was het geen vrije keuze om de woning vervolgens te kopen. De benadeelde had zijn vader op diens sterfbed de belofte gedaan de woning te kopen en de bijbehorende stal en paarden te onderhouden. De Afdeling is van oordeel dat de benadeelde voorzienbare

planologische wijziging in de koopsom had kunnen verdisconteren, zodat sprake is van voorzienbaarheid.

4. Voorzienbare bedrijfsoverdracht

Op basis van bovenstaande rechtspraak kan voor de benadeelde een ontsnapping worden gevonden in de situatie dat voorzienbaar onroerend goed wordt verworven. Bij een bedrijfsoverdracht kan worden gedacht aan het volgende. Voor zover het onroerend goed in eigendom is bij een natuurlijk persoon kan het onroerend goed geruisloos worden ingebracht in een BV. Vervolgens kunnen de aandelen van deze BV vrijelijk worden verhandeld zonder dat voorzienbaarheid kan worden tegengeworpen. Hierbij dienen twee opmerkingen te worden geplaatst.

Het is op de eerste plaats nog maar de vraag of bovenstaande samenstel van (investerings)handelingen door de Afdeling zal worden geaccepteerd. Zeker in die gevallen waarin evident wordt gehandeld om onder voorzienbare omstandigheden het onroerend goed van eigenaar te laten wisselen, kan de Afdeling daarin aanleiding zien om het samenstel van handelingen als investeringsbeslissing aan te merken.

Verder zien de uitspraken waar het bovenstaande op is gebaseerd, op de verwerving van onroerend goed in geval van vermogensschade. Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 2.3 is nog onzeker of overdracht van aandelen in geval van inkomensschade als investeringsbeslissing wordt aangemerkt.

14. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 3.2; ABRvS 10 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX0751.

15. AGRvS 5 februari 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3271, AB 1993, 523.

16. ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3134.