

Elimineren na 15 januari 2016

De consequenties van de Hoge Raad-arresten van 15 januari 2016 voor onteigening, planschade en exploitatieplannen

O&A 2016/28

1. Inleiding

Op 15 januari 2016 heeft de Hoge Raad vijf arresten gewezen over het eliminatiebeginsel bij onteigening. Het eliminatiebeginsel is oorspronkelijk ontwikkeld in de jurisprudentie van de onteigeningsrechter en in 1981 neergelegd in art. 40c Onthei­geningswet (Ow). Het beginsel strekt er (onder andere) toe een op de billijkheid gebaseerde correctie toe te passen op de hoofdregel dat het op het moment van de onteigening geldende bestemmingsplan moet worden betrokken bij de waardering van de te onteigenen gronden. Normaal gesproken is het geldende bestemmingsplan immers een van de factoren die de waarde van de grond bepaalt. Onder omstandigheden geldt echter een uitzondering op deze hoofdregel en dient het bestemmingsplan bij de waardering te worden weggedacht (geëlimineerd).

Het eliminatiebeginsel is sinds 9 juli 2010 onderwerp van gesprek in onteigeningsland. De reden voor de beroering is een serie arresten van de Hoge Raad gewezen op 9 juli 2010.² De arresten hebben in de praktijk tot onduidelijkheid geleid over de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden de uitzondering van het wegdenken van het bestemmingsplan nu precies geldt. Tot de arresten van 9 juli 2010 was het vaste rechtspraak dat het bestemmingsplan alleen geëlimineerd werd als er sprake was van een door een hogere overheid opgelegde “dwangbestemming”, zodat de gemeente als het ware geen andere keus had dan het bestemmingsplan conform het plan van de hogere overheid (voor bijvoorbeeld een provinciale weg) vast te leggen. In de ‘9 juli 2010’ arresten leek de Hoge Raad een nieuwe norm voor de eliminatie te hebben bepaald. Wanneer er een ‘concreet plan’ aan het bestemmingsplan ten grondslag lag en de bestemmingswijziging niet meer was dan de juridisch-planologische uitwerking van dat plan, moest het bestemmingsplan geëlimineerd worden. In februari 2013 volgde het arrest *Ballast-Nedam/Staat*³, waarin werd bevestigd dat de eliminatiereg­el niet alleen voor niet-lucratieve bestemmingen (zoals wegen), doch ook voor lucratieve bestemmingen (zoals woningbouw) geldt.

De vraag die de gemoederen sindsdien vooral bezig hield, is de vraag wat een ‘concreet plan’ is. Na de arresten gingen zelfs stemmen op om de uitzondering van het wegdenken

van het bestemmingsplan tot hoofdregel te promoveren. Dit zou uiteraard vergaande consequenties hebben voor de waardering van onroerende zaken en een breuk betekenen met de bestaande taxatiepraktijk.

Bij deze stand van zaken schreven mrs. Procee en Vermeulen in dit blad reeds over het eliminatiebeginsel.⁴

In de zomer van 2014 volgde de eerste lagere rechtspraak na de arresten van 9 juli 2010, die verdeeld was. De Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Limburg pasten de eliminatiereg­el ondanks de nieuwe norm nog steeds terughoudend toe.⁵ De Rechtbank Rotterdam en de Rechtbank Zeeland-West-Brabant pasten bij vijf vonnissen de uitzondering ruim toe en elimineerde onder andere lucratieve woonbestemmingen, met als gevolg veel lagere grondwaarden.⁶ Tegen deze vijf laatste vonnissen werd cassatie ingesteld, waarop de Hoge Raad op 15 januari 2016 in alle vijf zaken tegelijk arrest wees. De Hoge Raad heeft van de gelegenheid gebruikgemaakt om de lijn van de ‘9 juli 2010 arresten’ te verduidelijken.

In deze bijdrage gaan wij in op de consequenties van de ‘15 januari 2016 arresten’. Hierover zijn al diverse publicaties verschenen⁷, maar het onderwerp mag vanzelfsprekend in een tijdschrift over overheidsaansprakelijkheid niet ontbreken. Voor een goede duiding van de arresten van 15 januari 2016 ontkomen we er niet aan de geschiedenis van het eliminatiebeginsel (verkort) te herhalen. Voordat we vervolgens de arresten van 15 januari 2016 analyseren, zullen we de casusposities en vonnissen bespreken die hebben geleid tot de ‘15 januari 2016 arresten’. Aan de analyse van de arresten koppelen we een beschouwing over de betekenis van de arresten voor de onteigeningspraktijk. Daarnaast zullen wij het accent leggen op de consequenties van de arresten voor planschade en de inbrengwaarden voor exploitatieplannen. Ter afsluiting zetten we de belangrijkste conclusies op een rij.

¹ Frank Mulder en Frederike Linssen zijn advocaat bij Van Benthem & Keulen Advocaten en notariaat, te Utrecht. Met dank aan hun kantoor­genoot Remko Vos voor het mee­lezen en zijn bijdrage.

² O.a. HR 9 juli 2010, NJ 2010/631 (*Blindenbelangen/Verburg*).

³ HR 2 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4119.

⁴ J.R. Vermeulen en J.S. Procee, “Weg is weg: eliminatie van bestemmingen bij de waarde­bepaling van het onteigende”, O&A 2013/61.

⁵ Rb. Midden-Nederland 17 december 2014; ECLI:NL:RBME:2014:6820 en Rb. Limburg 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6948 (niet gepubliceerd).

⁶ Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4822, TBR 2014/137, m.nt. J.S. Procee; Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4914; ECLI:NL:RBROT:2014:4915; ECLI:NL:RBROT:2014:4917; Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6500.

⁷ Zie o.a. de noot bij de arresten van J.F. de Groot TBR 2016/28; M.W. Scheltema e.a., Kroniek Onthei­geningsjurisprudentie 2015, TBR 2016/20, p. 126-129; T.W. Franssen e.a., Kroniek Overheidsaansprakelijkheid, NTB 2016/10, par. 2.2.1; H. Zeilmaker en J. Hagelaars, ‘De eliminatie van de eliminatie’, BR 2016/25

2. Geschiedenis van het eliminatiebeginsel

De wijze waarop het onteigende gewaardeerd moet worden ligt in de eerste plaats vast in de artikelen 40b–40f Ow. De hoofdregel treft men aan in art. 40b Ow:

“Bij het bepalen van de werkelijke waarde van het onteigende wordt uitgegaan van de prijs die tussen een redelijk handelend koper en verkoper in het vrije commerciële verkeer tot stand zou zijn gekomen.”

Eén van de uitzonderingen op deze hoofdregel wordt gevormd door de elimineringsregel van art. 40c Ow. Dat artikel bepaalt – kort gezegd – dat geen rekening gehouden wordt met de voor- en nadelen die veroorzaakt worden door het werk en de plannen voor het werk waarvoor onteigend wordt. Met andere woorden, dergelijke voor- en nadelen dienen te worden geëlimineerd.

De eliminatieproblematiek draait om de vraag of ook de voor- en nadelen voortvloeiend uit het bestemmingsplan dat de planologische basis biedt voor de toekomstige ontwikkeling moeten worden geëlimineerd. Een dergelijk bestemmingsplan zou immers gekwalificeerd kunnen worden als een ‘plan voor het werk’ in de zin van art. 40c Ow. De consequenties van het wel of niet elimineren van het bestemmingsplan kunnen groot zijn. Een eigenaar wiens agrarische grond wordt onteigend voor de realisatie van een woonwijk zal graag een meerwaarde ontvangen die hoort bij de nieuw te realiseren woonbestemming. Andersom zal de eigenaar van gronden waarop een autosnelweg wordt gerealiseerd er baat bij hebben dat de niet-lucratieve verkeersbestemming wordt weggedacht.

Reeds in 1914 bepaalde de Hoge Raad dat een uitbreidingsplan (de voorloper van het bestemmingsplan) niet moet worden aangemerkt als een ‘plan voor het werk’.⁸ Sindsdien is steeds het uitgangspunt geweest dat het bestemmingsplan een plan is waarmee bij de waardebepaling rekening moet worden gehouden. Het bestemmingsplan mocht dus niet worden geëlimineerd.⁹

2.1 *Matser/Markus*

Een belangrijk kantelpunt in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt gevormd door de zogenaamde *Matser/Markus*¹⁰ arresten van 1979 en 1980. In beide arresten ging het om de onteigening ten behoeve van de aanleg van een weg. Omdat de weg was opgenomen in het bestemmingsplan, dreigde de onteigende een lagere vergoeding van de waarde te ontvangen dan in de situatie dat de toekomstige weg (nog) niet in het bestemmingsplan zou zijn opgenomen. Een verkeersbestemming is immers weinig lucratief en vertegenwoordigt in zoverre geen grote waarde. De Hoge Raad zag echter

reden om het bestemmingsplan in deze gevallen toch te elimineren. Hij formuleerde daartoe een uitzonderingsregel. Eliminatie van het bestemmingsplan zou volgens die uitzondering aan de orde zijn in het geval:

“...het vaststellen van de bestemming niet meer als een eigen en zelfstandige werkzaamheid van de gemeente kon worden beschouwd omdat de gemeente daarbij in feite geen andere keuze had dan zich aan te sluiten bij een reeds door het daartoe bevoegde orgaan van Rijk of provincie ontwikkeld plan waarbij aan het onteigende met het oog op het werk waarvoor onteigend wordt reeds een bepaalde bestemming is toegedacht.”¹¹

Voor de toepassing van de maatstaf was van groot belang wie het initiatief nam voor het plan. Lag het initiatief bij de gemeente, dan was er in beginsel geen reden voor eliminatie. Was er sprake van een plan afkomstig van een hogere overheid, dan lag eliminatie wel voor de hand. De praktijk introduceerde daarop de term ‘dwangbestemming’, om aan te geven dat van eliminatie sprake kon zijn in situaties waarin de nieuwe bestemming door een hogere overheid als het ware werd afgedwongen.¹²

In de praktijk pakte deze uitzonderingsregel meestal goed uit voor de onteigende. De meest voorkomende niet-lucratieve bestemmingen, verkeersbestemmingen en natuurbestemmingen, worden immers veelal in het bestemmingsplan opgenomen als gevolg van “dwang” afkomstig van een hogere overheid. Op basis van de uitzonderingsregel moesten deze bestemmingen dan worden geëlimineerd.

Toepassing van de *Matser/Markus*-maatstaf was echter niet zonder problemen. Zo hebben zich situaties voorgedaan waarin de gemeente zelf had aangedrongen op de omlegging van een weg. De rechtbank oordeelde in voorkomend geval dat er dan geen reden was voor eliminatie.¹³ De onteigende kwam in zo’n geval een aanmerkelijk minder hoge schadeloosstelling toe dan in vergelijkbare gevallen waarbij de gemeente niet had aangedrongen. De uitzonderingsregel werkte op die manier rechtsongelijkheid in de hand. Ook ontstond hierdoor (te) veel aandacht voor de rol van de gemeente bij de totstandkoming van een plan van een hogere overheid. Niettemin werd de uitzonderingsregel van *Matser/Markus* nog bevestigd in het arrest *Staat/Vollering* uit 2006.¹⁴ Met de invoering van de nieuwe Wro in 2008 werd de nadruk op de verhouding tussen gemeente en hogere overheid achterhaald. Hogere overheden konden voortaan zelfstandig inpassingsplannen vaststellen, en hadden

11 HR 18 juni 1980, *NJO* 1980/7, m.nt. Mörzer Bruyns (*Staat/Markus*).

12 In feite is de term ‘dwangbestemming’ niet geheel juist; het gaat om de vraag of een bestemming het gevolg is van een eigen zelfstandige afweging van de gemeente of dat de bestemming voortvloeit uit een eerder door een hogere overheid vastgesteld plan. Zie ook mr. J.S. Procee en mr. S. Verbist in *‘Het eliminatiebeginsel in Nederland en België’*, preadvies voor de VVOR en het CROW, 2013, p. 30.

13 Zie J.R. Vermeulen en J.S. Procee, “Weg is weg: eliminatie van bestemmingen bij de waardebepaling van het onteigende”, *O&A* 2013/61 onder 3.

14 HR 31 maart 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AV1684*.

8 HR 15 juni 1914, W. 9689.

9 Zie bv. HR 21 oktober 1964, *LJN* AB5518, *NJ* 1965/29, m.nt. N.J. Polak (*Nefabas/Noord-Brabant*).

10 HR 22 november 1979, *NJO* 1979/1 (*Staat/Matser*) en HR 18 juni 1980, *NJO* 1980/7 (*Staat/Markus*).

de gemeente niet meer nodig voor de planologische inpassing. De tijd was rijp voor aanpassing van de jurisprudentie.

2.2 De 9 juli 2010-arresten

De omslag in de jurisprudentie werd uiteindelijk ingezet door een vijftal arresten, gewezen op 9 juli 2010.¹⁵ In deze arresten heeft de Hoge Raad zijn maatstaf voor het al dan niet elimineren van bestemmingen aangepast.

Aan de orde was een vijftal onteigeningen in verband met de aanleg van twee provinciale wegen, te weten de N209 in Bleiswijk en de N219 bij Zevenhuizen. De rechtbank meende dat er in deze situaties geen reden was om de verkeersbestemming te elimineren, omdat de gemeente concrete invloed had uitgeoefend op de totstandkoming van de plannen. Van een dwangbestemming was geen sprake. De Hoge Raad vernietigt de vonnissen van de rechtbank. Hij overweegt daartoe, voor zover van belang, dat de door de rechtbank in aanmerking genomen omstandigheden (o.a. de bemoeienis van de gemeente bij de totstandkoming van de plannen) onverlet laten de:

“...mogelijkheid dat de in het bestemmingsplan aan het onteigende gegeven verkeersbestemming bepaald is door een ten tijde van de vaststelling van dat bestemmingsplan al bestaand (concreet) plan voor de reconstructie van de N209 ter plaatse van onder meer het onteigende en dat het bestemmingsplan in zoverre dan ook slechts is vastgesteld teneinde daarmee de juridisch-planologische onderbouwing en regeling te geven die de beoogde aanleg van het werk waarvoor onteigend wordt mogelijk moet maken. Als dat het geval is, moet het op de peildatum in procedure zijnde bestemmingsplan ‘Nieuwe Hoefweg (N209)’ in zoverre worden aangemerkt als behorende tot de in art. 40c, aanhef en onder 3°, bedoelde plannen zodat de waardevermindering invloed daarvan bij de vaststelling van de werkelijke waarde van het onteigende buiten beschouwing zal moeten blijven.”¹⁶

Kort gezegd gaat het volgens de Hoge Raad dus om de verhouding tussen een (concreet) plan voor het werk waarvoor onteigend wordt en het bestemmingsplan. Indien er ten tijde van de vaststelling van een bestemmingsplan een (concreet) plan voorligt, en het bestemmingsplan slechts nog de juridisch-planologische onderbouwing daarvoor biedt, is eliminatie van het bestemmingsplan voorgeschreven.

In de literatuur is verschillend geoordeeld over de precieze betekenis en reikwijdte van de nieuw geformuleerde maatstaf¹⁷. Verschillend werd gedacht over de beantwoording van de vraag of enkel sprake was van een nuancering van de

Matser/Markus-maatstaf of dat met de 9-juli 2010-arresten (*Blindenbelangen/Verburg*) maatstaf een (volledig) nieuwe koers is ingezet. In de praktijk ontstond onder andere verwarring over de vraag wat nu precies onder het ‘bestaand (concreet) plan’ moet worden verstaan. Is dat hetzelfde als het ‘plan voor het werk’ van art. 40c Ow, of moet het daarvan worden onderscheiden?

De (lagere) rechtspraak meende dat het ‘bestaand (concreet) plan’ niet hetzelfde kon zijn als het ‘plan voor het werk’ van art. 40c Ow. Immers, wanneer met het ‘plan voor het werk’ precies hetzelfde wordt bedoeld als met ‘bestaand (concreet) plan’, dan had de Hoge Raad dat eenvoudig kunnen aangeven onder verwijzing naar het wetsartikel. Op deze wijze overwoog althans het Hof ‘s Gravenhage in de arresten van 31 januari 2012.¹⁸ Het bestaand (concreet) plan moest dus wel iets anders zijn. Uit de overwegingen van het hof lijkt te volgen dat aan het ‘(concreet) plan’ niet bijzonder veel eisen gesteld worden. Het hof meent immers dat een concreet plan zelfs kan bestaan uit deels op mondelinge consensus berustende plannen van de betrokken overheden. Zou men deze lijn volgen, dan is een concreet plan al snel gevonden en komt men in de regel aan eliminatie van het bestemmingsplan toe. Eliminatie wordt in dat geval de hoofdregel, in plaats van de eerdergenoemde uitzondering op de hoofdregel.

Algemeen werd aangenomen dat de verhouding tussen hogere overheid en lagere overheid (dwangbestemming) voortaan niet meer (direct of uitsluitend) relevant zou zijn. Mede om die reden zou de nieuwe *Blindenbelangen/Verburg*-maatstaf ook van toepassing kunnen zijn op gemeentelijke onteigeningen. De discussie omtrent eliminatie en het ‘voldoende concreet plan’ zou zich in het vervolg niet alleen uitstrekken tot de niet-lucratieve bestemmingen (infrastructuur en natuur), maar ook tot de lucratieve bestemmingen die gemeenten plegen te realiseren (woningbouw, kantoren).

2.3 Ballast-Nedam/Staat

Het latere arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (*Ballast-Nedam/Staat*) bevestigde dat ook lucratieve bestemmingen onder de nieuw geformuleerde uitzonderingsregel konden vallen.¹⁹ Het arrest *Ballast-Nedam/Staat* ging om een onteigening ten behoeve van de uitbreiding van de A27. Een klein gedeelte van het onteigende had een bestemming voor een verkooppunt van motorbrandstoffen. De rechtbank dacht die lucratieve bestemming weg, omdat er een jaren eerder verzonden brief voorhanden was, waarin Rijkswaterstaat de gemeente wees op de wenselijkheid van de realisatie op termijn van een verzorgingsplaats/brandstofverkoop-punt aan de oostzijde van de A27 bij Eemnes, welk plan de gemeente had overgenomen in het bestemmingsplan. In de brief werd melding gemaakt van een voorontwerp voor de

15 HR 9 juli 2010, NJ 2010/631 (*Blindenbelangen/Verburg*).

16 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1634, r.o. 4.7.

17 Mr. J.S. Procee en mr. S. Verbist, ‘Het eliminatiebeginsel in Nederland en België, Preadvies VvOR/CROW’; J.R. Vermeulen en J.S. Procee, ‘Weg is weg: eliminatie van bestemmingen bij de waardebepaling van het onteigende’, *O&A* 2013/61; E.W.J. de Groot, ‘Het elimineren van bestemmingen in het onteigeningsrecht, van uitzondering naar hoofdregel?’ in de Van Ravels-bundel ‘Op het grensvlak’ 2014, Instituut voor Bouwrecht

18 Zie o.a. Hof ‘s Gravenhage 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1909, r.o. 2.2.

19 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4119, NJ 2013/318, m.nt. Van Wijnen.

verzorgingsplaats c.q. het brandstofverkooppunt. De Hoge Raad laat het oordeel van de rechtbank in stand en acht een – ten tijde van de totstandkoming van het bestemmingsplan – voor toepassing van art. 40c Ow voldoende concreet plan aanwezig. Een dergelijk plan hoeft dus geen formele status te hebben. Met het arrest stond vast dat ook waardevollerderende bestemmingen via de *Blindenbelangen/Verborg*-maatstaf kunnen worden geëlimineerd.

3. Lagere rechtspraak na de '9 juli-arresten', de opmaat naar 15 januari 2016

Na het arrest *Ballast/Nedam* nam de onrust in de onteigeningpraktijk toe. Betekende de nieuwe maatstaf dat eliminatie van bestemmingen van uitzondering tot hoofdregel was gepromoveerd? Nu ook lucratieve bestemmingen konden worden geëlimineerd, zou dat ook voor woonbestemmingen gelden. De eigenaar zou dan in beginsel niet meer meeprofiteren van de waardevermeerdering veroorzaakt door die geplande woningbouw. En wat is precies te beschouwen als concreet plan? Licht niet aan alle bestemmingsplannen een concreet plan ten grondslag, zoals een stedenbouwkundige visie of wellicht zelfs een tekening gevoegd bij een anterieure overeenkomst?²⁰ Al snel volgde daarop de eerste lagere rechtspraak met daarin een wisselend beeld. Allereerst waren er de vijf uitspraken die tot de arresten in 2016 hebben geleid, te weten *Perkpolder*, *Rechtbank Zeeland-West-Brabant* 16 juli 2014,²¹ *Hoog Dalem*, *Rechtbank Rotterdam* 21 mei 2014²² en *Groenzone* (3 uitspraken), *Rechtbank Rotterdam* 18 juni 2014²³. In deze vijf uitspraken werd de maatstaf ruim toegepast en werden zowel lucratieve als niet-lucratieve bestemmingen geëlimineerd. Voorzichtiger waren de *Rechtbank Midden-Nederland* (Leidsche Rijn) en de *Rechtbank Limburg*.²⁴ De *Rechtbank Midden-Nederland* overwoog daarbij dat de door de gemeente voorgestane ruime interpretatie van de maatstaf in wezen zou betekenen dat nagenoeg elk bestemmingsplan zou worden geëlimineerd. Bij het volgen van dit standpunt zou het erop neerkomen dat de rechtbank op de stoel van de wetgever zou gaan zitten.

Op de uitspraken die tot de arresten van 2016 hebben geleid gaan wij hieronder dieper in.

3.1 *Perkpolder*

In de zaak *Perkpolder* ging het om een onteigening voor de uitvoering van het bestemmingsplan *Perkpolder*. Een poldergebied werd, verdeeld in vijf deelgebieden, herontwikkeld. Het te onteigenen perceel kreeg de bestemming

'Woongebied-2' met wijzigingsbevoegdheid 'Golfbaan'. Het project werd gerealiseerd door middel van een PPS-constructie.

Bij de beoordeling of de (lucratieve) bestemming van het bestemmingsplan *Perkpolder* moet worden geëlimineerd, verwijst de rechtbank naar een op 19 december 2007 gesloten bestuursovereenkomst. Onder meer de gemeente en provincie hadden daarin de inspanningsverplichting op zich genomen de planologische kaders te scheppen voor het schetsontwerp *Perkpolder*. Ook de PPS werd op dat moment voorzien; gemeente en provincie zouden gezamenlijk voor 50% aan de PPS deelnemen. De rechtbank oordeelde dat materieel gezien onteigend is voor het project zoals gedefinieerd in de bestuursovereenkomst. De rechtbank acht dat een (voldoende) concreet plan en elimineert het bestemmingsplan.

In cassatie worden – voor zover hier van belang – aan de Hoge Raad de volgende klachten voorgelegd:

- Bij eliminatie mag alleen de bestemming van het onteigende weggedacht worden en niet het bestemmingsplan als geheel.
- Eliminatie is alleen aan de orde wanneer de bestemming louter en alleen is vastgesteld ter uitvoering van het werk. Wanneer het om 'toelatingsplanologie' gaat, dat wil zeggen indien de bestemming geacht wordt te zijn vastgesteld in het kader van de normale uitoefening van het ruimtelijke ordeningsbeleid, is voor eliminatie geen plaats.
- Alleen wanneer de overheid zelf het werk uitvoert kan een bestemming geëlimineerd worden.

Voor de volledigheid merken we op dat uit het arrest blijkt dat er kennelijk geen klacht is aangevoerd tegen het oordeel dat de bestuursovereenkomst een concreet plan is voor het werk waarvoor onteigend wordt.

3.2 *Hoog Dalem*

In de tweede uitspraak was aan de orde het plan *Hoog Dalem* in de gemeente Gorinchem, dat voorziet in de realisatie (eveneens middels een PPS-constructie) van circa 1400 woningen in drie deelgebieden.²⁵ De *Rechtbank Rotterdam* constateert dat ten tijde van het vaststellen van het bestemmingsplan een 'Stedenbouwkundig Plan Hoog Dalem Gorinchem' bestond. Het stedenbouwkundig plan was niet te zien als het werk waarvoor onteigend wordt (als bedoeld in art. 40c Ow), maar dat was volgens de rechtbank ook niet noodzakelijk. Het stedenbouwkundig plan was volgens de rechtbank wel een voldoende concreet plan. Dat de realisatie van het plan in handen is van een PPS, acht de rechtbank niet relevant. De rechtbank elimineerde het bestemmingsplan en greep terug op de agrarische waarde. Wel hanteerde de rechtbank daarbij een aanzienlijke verwachtingswaarde

²⁰ Zie ook E.W.J. de Groot, 'Het elimineren van bestemmingen in het onteigeningrecht, van uitzondering naar hoofdregel?' 'In de Van Ravels-bundel' "Op het grensvlak" 2014, Instituut voor Bouwrecht. Alsmede mrs S.G.A. de Boer en F.A. Mulder 'Wel of niet het bestemmingsplan elimineren?' verslag van het VvOR-seminar over het eliminatiebeginsel, *TBR* 2015/4.

²¹ ECLI:NL:RBZWB:2014:6500, HR 15 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:25.

²² ECLI:NL:RBROT:2014:4822, HR 15 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:24.

²³ ECLI:NL:RBROT:2014:4914, ECLI:NL:RBROT:2014:4917, ECLI:NL:RBROT:2014:4915, HR 15 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:66, ECLI:NL:HR:2016:67, ECLI:NL:HR:2016:68.

²⁴ Rb. Midden-Nederland 17 december 2014; ECLI:NL:RBME:2014:6820 en Rb. Limburg 6 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6948 (niet gepubliceerd).

²⁵ Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4822, *TBR* 2014/137, m.nt. J.S. Procee.

vanwege het feit dat woningbouwontwikkeling op deze locatie zeer voor de hand lag.

In cassatie stelde onteigende dat het oordeel van de rechtbank getuigde van een onjuiste rechtsopvatting. Het stedenbouwkundig plan kon niet gelden als bestaand concreet plan. Verder lag ook in deze zaak de vraag voor of geëlimineerd kan worden wanneer de realisatie niet (geheel) in handen van de overheid is.

3.3 Groenzone

Op 18 juni 2014 heeft de Rechtbank Rotterdam een drietal vergelijkbare uitspraken²⁶ gewezen over een onteigening voor een natuurgebied nabij Berkel en Rodenrijs. Ook in deze zaak zag de rechtbank aanleiding om het vigerende bestemmingsplan – dat op de locatie van de onteigenden voorzag in een (onrendabele) recreatieve bestemming – te elimineren. Hiervoor verwees zij naar het ‘Streekplan Rijnmond 1996’ en de ‘Nota Groenblauwe Slinger Stad en Land in Balans ontwikkelingsperspectief’ uit 1999. Hoewel deze stukken een algemeen karakter hadden en nog moesten worden uitgewerkt, achtte de rechtbank de plannen voldoende concreet om te elimineren.

In deze zaken deed zich de bijzondere omstandigheid voor dat niet alleen het vigerende bestemmingsplan, maar ook een tweetal herzieningen van het voordien geldende bestemmingsplan werden geëlimineerd. In de eerdere herzieningen van het bestemmingsplan werden de mogelijkheden voor glastuinbouw vooruitlopend op de recreatieve bestemming reeds vergaand beperkt. Al ten tijde van vaststelling van de herzieningen was sprake van een voldoende concreet plan, aldus de rechtbank. Gevolg van de eliminatie was, dat de onteigende de waarde als onbebouwde glastuinbouwgrond zou toekomen, in plaats van slechts de agrarische waarde.

In dit geval kwam de onteigenaar, BBL, in cassatie. Volgens BBL waren het Streekplan en de Nota onvoldoende concreet voor de eliminatie van de twee herzieningen van het bestemmingsplan. Subsidiair betoogde BBL dat de twee herzieningen niet mochten worden geëlimineerd omdat alleen het vigerend bestemmingsplan als juridisch-planologische grondslag kon worden gezien voor het werk waarvoor onteigend werd. Voor de volledigheid: de eliminatie van het vigerend bestemmingsplan werd niet bestreden.

4. Het antwoord van de Hoge Raad, de ‘15 januari 2016 arresten’

De onrust in de praktijk is niet aan de Hoge Raad voorbijgegaan. De hiervoor genoemde vijf zaken zijn door de Hoge Raad aangegrepen om de door hem ingezette lijn te verduidelijken. De algemene lijn wordt in het arrest Perkpolder

uitgezet, in de andere arresten wordt daarnaar verwezen en waar nodig aangevuld.

4.1 Goense/Zeeland (Perkpolder) – de algemene lijn²⁷

Het arrest Perkpolder zal voortaan hebben te gelden als het standaardarrest over dit onderwerp. In het arrest staat de Hoge Raad allereerst uitgebreid stil bij de hoofdregel van eliminatie. De Hoge Raad bekrachtigt de hoofdregel dat het bestemmingsplan bij het bepalen van de schadeloosstelling niet wordt weggedacht. Eliminatie is en blijft een uitzondering, die terughoudend moet worden toegepast. Ter adstructie verwijst de Hoge Raad in r.o. 3.5 naar de politieke discussie die vooraf is gegaan aan de vaststelling van art. 40–40f Ow. Vanwege het feit dat er niet gekozen is voor een systeem waarin het bestemmingsplan voor het werk waarvoor onteigend wordt per definitie wordt weggedacht, ligt het niet op de weg van de rechter dat systeem via een omweg alsnog te introduceren. Wanneer de jurisprudentie van de Hoge Raad ertoe leidt dat eliminatie van de geldende bestemming regel wordt, zou dat effectief wel het geval zijn.

In r.o. 3.6.1. zet de Hoge Raad vervolgens uiteen onder welke omstandigheden wel geëlimineerd moet worden. In art. 40c Ow ligt besloten dat geen rekening mag worden gehouden met waardevermeerdering of -vermindering als gevolg van hetgeen de onteigenaar zelf aanlegt. Uit de ‘9 juli 2010 arresten’ volgt dat de invloed van een bestemmingsplan bij de vaststelling van de schadeloosstelling buiten beschouwing moet worden gelaten wanneer de aan het onteigende gegeven bestemming door niets anders bepaald wordt dan een al bestaand concreet plan. Belangrijk (ook al staat het in het arrest tussen haakjes) is de toevoeging dat het moet gaan om een concreet plan voor het werk als bedoeld in art. 40c onder 3 Ow. Daarvan is sprake wanneer de bestemming te zien is als de juridisch-planologische onderbouwing om de aanleg van het werk waarvoor onteigend wordt mogelijk te maken. Dat is het geval wanneer de bestemming vereenzelvigd kan worden met het werk waarvoor onteigend wordt. De Hoge Raad geeft tot slot nog een toelichting op de arresten van 9 juli 2010. Deze arresten zijn (slechts) te zien als een verruiming van de Markus/Matser-leer, in die zin dat niet langer vereist is dat een bestemming is opgelegd door de provincie of het Rijk.

Bij de toepassing van voorgaand kader op de Perkpolder zaak leek de Hoge Raad te gaan concluderen dat de lucratieve bestemming geëlimineerd moest worden. De Hoge Raad geeft de volgende uitgangspunten:

- Op grond van art. 40c Ow wordt geen rekening gehouden met de effecten van het werk waarvoor onteigend wordt. Bij de toepassing geldt niet de eis dat het werk (en dus de plannen voor het werk) alleen betrekking heeft op het onteigende. Bij eliminatie kunnen plan-

26 Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4914; ECLI:NL:RBROT:2014:4915; ECLI:NL:RBROT:2014:4917.

27 HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:25.

nen worden geëlimineerd die een groter gebied bestrijken.²⁸

- De beoordeling of geëlimineerd moet worden is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij past niet categorieën te benoemen waarbij per definitie wel of niet geëlimineerd wordt. Dat het bestemmingsplan (mede) is vastgesteld in het kader van de normale uitoefening van het ruimtelijke ordeningsbeleid (toelatingsplanologie)²⁹ kan daarmee niet bepalend zijn voor de vraag of geëlimineerd moet worden.

De eliminatie gaat evenwel alsnog onderuit op de derde klacht die aangevoerd werd, wellicht het meest interessante onderdeel van het arrest. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 40c Ow volgt volgens de Hoge Raad dat art. 40c lid 1 sub 3 Ow alleen betrekking heeft op werken die tot stand worden gebracht door rechtspersonen als bedoeld in art. 2:1 lid 1 en lid 2 BW:

“1. De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid.

2. Andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt.”

Eliminatie van het werk waarvoor onteigend wordt, geldt dus alleen voor zogenoemde overheidswerken. Dit is een cumulatief vereiste ten opzichte van het concrete plan. Anders gezegd, voordat een bestemmingsplan geëlimineerd kan worden moet er sprake zijn van:

- een concreet plan;
- dat reeds bestond toen het bestemmingsplan werd vastgesteld;
- voor een werk dat voor rekening en risico van de overheid gerealiseerd wordt.

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat een publiek private samenwerking onvoldoende is om te kunnen spreken van realisatie voor rekening en risico van de overheid. Ook wanneer de overheid slechts voorbereidingswerkzaamheden uitvoert (zoals het bouwrijp maken van de grond), maakt dat nog niet dat sprake is van een overheidswerk in de zin van art. 40c Ow. Dat is alleen het geval als de overheid ook het fysieke werk (bijvoorbeeld de woningbouw) voor eigen rekening en risico realiseert.

4.2 *Hoog Dalem – concreet plan is een plan voor het werk waarvoor onteigend wordt*³⁰

Ten opzichte van het Perkpolder-arrest bevat het Hoog Dalem arrest een verdieping van de eisen die de Hoge Raad stelt aan het concrete plan, benodigd om tot eliminatie van het bestemmingsplan over te kunnen gaan. In dit arrest stelt de Hoge Raad vast dat het concrete plan hetzelfde is als het plan voor het werk waarvoor onteigend wordt, als bedoeld in art 40c sub 3 Ow.

De rechtbank had in dit geval evenwel expliciet geoordeeld dat het stedenbouwkundig plan niet te gelden had als een plan voor het werk als bedoeld in art. 40c sub 3 Ow, maar wel als voldoende concreet plan. Dat is volgens de Hoge Raad niet mogelijk en hij casseert.

4.3 *Groenzone – voldoende concreet*

Tot slot de Groenzone arresten. De eliminatie van de (niet-lucratieve) recreatie bestemming op grond van het bestemmingsplan ‘Groenzone Berkel-Pijnacker’ werd door BBL niet bestreden, wel de eliminatie van de eerdere bestemmingen op grond van de vierde en vijfde herziening van het eerdere bestemmingsplan ‘Landelijke Gebied’.³¹

De rechtbank had het ‘Streekplan Rijnmond’ uit 1996 en de ‘Nota Groenblauwe Slinger Stad en Land in balans Ontwikkelingsperspectief’ uit 1999 aangemerkt als concrete plannen voor het werk, ondanks het feit dat deze plannen een algemeen karakter hadden en nog nader moesten worden uitgewerkt. Daarmee heeft de rechtbank volgens de Hoge Raad blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Meer algemene of toekomstige plannen, die (nog) niet voorzien in het werk waarvoor wordt onteigend en die nog nader moeten worden ingevuld, kunnen volgens de Hoge Raad niet leiden tot eliminatie. We constateren overigens dat het arrest op dit punt niet geheel duidelijk is. Genoemde plannen waren volgens de Hoge Raad onvoldoende concreet voor de eliminatie van de vierde en vijfde herziening. Of en waarom de plannen wel concreet genoeg waren voor de eliminatie van het vigerend bestemmingsplan laat de Hoge Raad in het midden, omdat de eliminatie van het vigerend bestemmingsplan in cassatie niet voor lag.³²

Ten overvloede gaat de Hoge Raad nog in op de vraag of er ruimte is voor eliminatie van aan het bestemmingsplan dat het werk juridisch-planologisch mogelijk maakt voorafgaande bestemmingsplannen, zoals de rechtbank in navolging van de deskundigen had gedaan. In het arrest wordt duidelijk gemaakt dat er geen plaats is voor eliminatie van bestemmingsplannen die niet voorzien in de bestemming waarvoor is onteigend. Eliminatie van een bestemmingsplan kan dus alleen aan de orde zijn indien het bestem-

28 In dit verband is ook de verhouding tussen eliminatie en egalisatie interessant, zie hiervoor H. Zeilmaker en J. Hagelaars, ‘De eliminatie van de eliminatie’, BR 2016/25.

29 Voor de volledigheid merken wij op dat niet geheel duidelijk is wat bedoeld wordt met de ‘normale rol’ van het bestemmingsplan. Zie in dit verband ook Procee e.a. in Kroniek Onteigeningsjurisprudentie TBR 2016/20.

30 HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:24.

31 Zie ook de conclusie A-G mr. J.C. van Oven, ECLI:NL:PHR:2015:2011, nr. 2.2.

32 In de rechtbank uitspraak worden enkele andere plannen vermeld, die mogelijk als concreet plan te zien zijn, maar ook de rechtbank doet daarover – omdat eliminatie van het vigerend bestemmingsplan niet in geschil was – geen expliciete uitspraak.

mingsplan ook daadwerkelijk het werk mogelijk maakt. In de Groenzone arresten waren de mogelijkheden voor glas-tuinbouw reeds in een tweetal eerdere bestemmingsplan-nen beperkt, maar behielden de gronden hun agrarische bestemming. Deze eerdere bestemmingsplannen maakten het werk dus niet mogelijk, zodat eliminatie van die plan-nen niet aan de orde kan zijn.

5. De consequenties van de '15 januari 2016 arresten' voor eliminatie

Er is door menigeen met spanning uitgekeken naar de ar-resten van de Hoge Raad, omdat de verwachting was dat met deze arresten aan alle onduidelijkheid een einde zou worden gemaakt. Dat is deels het geval, maar er blijven ook vragen onbeantwoord.

5.1 Concreet plan

Het meest besproken in de discussies voorafgaand aan de arresten is het vereiste van het concrete plan voor het werk waarvoor onteigend wordt. Onduidelijk was wat een con-creet plan was en hoe ver teruggegaan kon of moest worden. Op dit punt heeft de Hoge Raad enige duidelijkheid gegeven:

- Het concrete plan moet bestaan op het moment dat de bestemming gewijzigd wordt naar de bestem-ming ten behoeve van het werk waarvoor onteigend wordt. Hierin ligt impliciet besloten dat er maar één bestemming(splan) geëlimineerd kan worden.
- Het concrete plan voor het werk is hetzelfde als een plan voor het werk waarvoor onteigend wordt (vgl. art. 40c sub 3 Ow). Het mag niet gaan om een plan van al-gemene aard en/of een plan dat nog uitgewerkt moet worden.

De Hoge Raad heeft hiermee kaders gegeven aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of er sprake is van een concreet plan, maar tegelijkertijd benadrukt de Hoge Raad dat de beoordeling of er sprake is van een concreet plan, af-hankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daarmee geeft de Hoge Raad aan dat er geen harde regels of catego-rieën te benoemen zijn. Dat er ook in de toekomst discussie zal zijn over de vraag of er al dan niet sprake is van een con-creet plan, ligt daardoor voor de hand.

Interessant is nog de verhouding tussen de arresten van 15 januari 2016 en het arrest *Ballast-Nedam/Staat*. In de eer-ste commentaren op de arresten werd gesuggereerd dat de Hoge Raad enigszins lijkt terug te komen van dat arrest.³³ In die zaak lag er immers alleen een brief van Rijkswater-staat waarin de wenselijkheid van een verzorgingsplaats werd vermeld en werd verzocht om in het ontwerp-bestem-mingsplan Landelijk Gebied Eemnes een verzorgingsplaats/ brandstofverkoopspunt op te nemen conform een uitge-werkt voorontwerp dat reeds in het bezit van Burgemeester

en Wethouders zou zijn (r.o. 3.3). De Hoge Raad stelt vervol-gens in r.o. 3.5:

“... dat de rechtbank, ook zonder op deze bijzonderheid met zoveel woorden in te gaan, uit de hiervoor in 3.3 bedoelde brief heeft kunnen afleiden, dat ten tijde van de totstandkoming van het bestemmingsplan reeds een voor toepassing van art. 40c Ow voldoende concreet plan bestond voor het werk waarvoor onteigend is en dat een verdere concretisering van dat plan na vaststelling van het bestemmingsplan daaraan niet afdoet.” (onderstre-ping red.)

Dit oordeel lijkt niet te stroken met het oordeel in de Groen-zone arresten, waarin de Hoge Raad stelt dat een plan dat nadere uitwerking behoeft onvoldoende is. Tegelijkertijd kan uit het arrest afgeleid worden dat de Hoge Raad niet op enigerlei wijze terug heeft willen komen op *Ballast-Nedam/Staat*, nu in het arrest Perkpolder expliciet naar *Ballast-Nedam/Staat* wordt verwezen (zie r.o. 3.6.2 van het arrest Perk-polder). Toch hebben wij moeite om uit de genoemde brief van de minister in *Ballast-Nedam* af te leiden dat sprake is van een plan voor het werk als bedoeld in de zin van art. 40c sub 3 Ow. In ieder geval wordt de vraag wat precies onder een ‘plan voor het werk’ moet worden beschouwd relevan-ter. Over de beantwoording van de vraag wat precies onder ‘plan voor het werk’ moet worden verstaan is verrassend genoeg maar weinig jurisprudentie, op basis waarvan geen eenduidig beeld bestaat. In het relatief oude arrest *Gronin-gen/Slagter*³⁴ stelt de Hoge Raad dat de rechtbank bij de be-antwoording van de vraag of het in die zaak aan de orde zijnde Eemshavenproject als plan voor het werk (dat moet worden weggedacht) moet worden gezien, had moeten toetsen aan andere dan door haar aangelegde criteria. Crite-ria waaraan getoetst had moeten worden waren volgens de Hoge Raad onder meer:

“de mate van nauwkeurigheid van de omschrijving van het werk, de al dan niet duidelijke aanwijzing van de percelen of perceelsgedeelten, waarover ter uitvoering van het werk zou moeten worden beschikt, en de wijze waarop het project is openbaar gemaakt.”

De rechtbank had het Eemshavenproject niet als plan voor het werk aangemerkt, omdat de percelen daarin nog niet tot onteigening waren aangewezen en omdat het plan nog niet duidelijk maakte wie tot realisatie van het project zou over-gaan. Dit waren volgens de Hoge Raad niet de juiste criteria. Het arrest geeft enige richting, maar laat ruimte voor dis-cussie open. Zo is de vraag wie het werk zal gaan realiseren bij de huidige stand van zaken juist wel een relevant crite-rium. Het laatste woord is ook op dit punt nog niet gezegd.

We concluderen dat de vraag wanneer sprake is van een vol-doende concreet plan voor het werk nog niet eenduidig be-antwoord is. Mede in het licht van het arrest *Ballast-Nedam/*

33 Vgl. onder meer TBR 2016/28, m.nt. J.F. de Groot.

34 HR 28 juni 1972, NJ 1972/501.

Staat leiden de huidige aanwijzingen van de Hoge Raad ons inziens nog niet eenduidig tot het terughoudend toepassen van de eliminatie van bestemmingsplannen.

5.2 Overheidswerk

Achteraf bezien blijkt echter niet alleen de aanwezigheid van het concrete plan doorslaggevend voor de vraag of geëlimineerd mag worden. Minstens zo belangrijk is de vraag of al dan niet sprake is van een door de overheid gerealiseerd werk. In de discussie voorafgaand aan de arresten was deze vraag aanvankelijk een beetje ondergesneeuwd. Met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 18 februari 2015 inzake Vroondaal³⁵, kwam vanuit bestuursrechtelijk hoek een duidelijke indicatie welke kant de Hoge Raad op zou gaan. Zoals bekend, bestaat er tegenwoordig een adequate afstemming tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad. De Afdeling oordeelde in deze uitspraak, onder verwijzing naar het arrest *Den Haag/Tanke*³⁶, dat het toepassen van de eliminatieregels van art. 40c Ow alleen aan de orde is indien sprake is van werk dat door de overheid wordt uitgevoerd. De Afdeling had het goed gezien. In de '15 januari 2016 arresten' is de Hoge Raad heel duidelijk waar het de eis betreft dat eliminatie alleen aan de orde kan zijn indien het een werk betreft dat geheel voor rekening en risico van de overheid gerealiseerd wordt. Een PPS-constructie is dat niet. Ook het feit dat een deel van de werkzaamheden voor rekening en risico van de overheid wordt uitgevoerd, maakt nog niet dat er sprake is van een overheidswerk.

Een onduidelijkheid die op dit punt resteert is, de definitie van 'overheid'. De Hoge Raad zoekt aansluiting bij art. 2:1 BW en niet bij art. 1 en art. 78 Ow. Art. 2:1 lid 1 BW en art. 1 lid 1 Ow zijn goeddeels gelijk en omvatten de 'traditionele' overheid³⁷, met dien verstande dat onder de reikwijdte van art. 2:1 lid 1 BW ook 'lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend' vallen.

Art. 2:1 lid 2 BW en art. 1 lid 2 Ow zijn echter verschillend. Vergelijk art. 2:1 lid 2 BW:

"Andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt."

En art. 1 lid 2 Ow:

"In dat publiek belang kan ook ten name van natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid, aan wie de uitvoering van het

werk, dat onteigening vordert, is toegestaan, worden onteigend."

Op grond van art. 78 Ow zijn woningcorporaties onder omstandigheden tot onteigening bevoegd.

Het is niet duidelijk waarom de Hoge Raad niet heeft aangesloten bij de Ow, maar verwijst naar het BW. Mogelijk heeft de Hoge Raad, mede gelet op het feit dat eliminatie van bestemmingsplannen uitzondering behoort te zijn, gemeend dat aansluiting bij de Ow op dit punt te ruim zou zijn. In dat geval had het evenwel voor de hand gelegen overheden te beperken tot art 2:1 lid 1 BW en de toepassing voor instanties, die vallen onder art. 2:1 lid 2 BW, af te laten hangen van de omstandigheden van het geval.

Bovendien is het de vraag waarin de rechtvaardiging wordt gevonden om eliminatie anders te behandelen wanneer onteigening in het kader van het publiek belang plaatsvindt door een private partij dan wel door de overheid. Gedacht kan worden aan de onteigening ten behoeve van een spoorlijn door Prorail versus onteigening ten behoeve van een weg door de Staat. Niet goed valt in te zien waarom eliminatie van het bestemmingsplan in het eerste geval niet aan de orde zou kunnen zijn en in het tweede geval wel.

Het is overigens niet zeker dat de Hoge Raad de interpretatie van overheidswerk zo strikt bedoeld heeft als het er nu staat. Als de '9 juli 2010-arresten' ons iets geleerd hebben, is het wel dat er niet meer in een arrest gelezen moet worden dan er staat.

Een ander aspect dat tot discussie zal kunnen leiden is de vraag of alle PPS-constructies en andere samenwerkingsverbanden ertoe zullen leiden dat geen sprake is van een door de overheid te realiseren werk.

Voor de realisatie van het bestemmingsplan Perkpolder had de gemeente met onder meer (verschillende diensten van) het Rijk, de provincie en het waterschap een bestuurs-overeenkomst gesloten. De provincie en de gemeente zijn daarnaast met twee projectontwikkelaars een PPS aangegaan in de vorm van de gezamenlijke vennootschap Perkpolder Beheer B.V. Gemeente en provincie namen voor 50% deel, de overige 50% werd door twee projectontwikkelaars ingevuld.³⁸ In de rechtbankprocedure hadden deskundigen gesteld dat het werk waarvoor onteigend werd in overwegende mate voor rekening en risico van de provincie en gemeente werd gerealiseerd (r.o. 2.11.1). Voor de Hoge Raad is dit onvoldoende, zo blijkt uit het Perkpolder-arrest r.o. 3.8.2:

"Indien aan die overweging [van de rechtbank, red.] de opvatting ten grondslag ligt dat een werk dient te worden aangemerkt als overheidswerk in voormelde zin indien dat werk wordt gerealiseerd voor rekening en risico van zowel de overheid als private 'marktpartijen',

³⁵ ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:454; BR 2015/46, m.nt. E.W.J. de Groot.

³⁶ HR 3 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0871. Het arrest ging over de, op onteigeningsbasis te bepalen, inbrengwaarde van grond in het kader van een exploitatieplan.

³⁷ Dat wil zeggen de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen.

³⁸ Rb. Rotterdam, 16 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6500, r.o. 2.9.

dan berust zij op een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 4 december 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB3774, NJ 1975/422 (Almelo/Hemmink)).”

Ook in het arrest Hoog Dalem was sprake van een samenwerking tussen de overheid en marktpartijen. In dat geval was een commanditaire vennootschap opgericht waaraan de gemeente en twee projectontwikkelaars deelnamen. In het arrest kwam de Hoge Raad niet toe aan de vraag of er sprake was van een overheidswerk, maar gaf de Hoge Raad de rechtbank ten overvloede een duidelijke aanwijzing (r.o. 3.5.2):

“Wel verdient in dit verband opmerking dat de rechtbank in rov. 4.6 ten onrechte (ten overvloede) ervan is uitgegaan dat van eliminatie ook sprake kan zijn indien het werk waarvoor wordt onteigend niet voor rekening en risico van de overheid tot stand wordt gebracht (zie de hiervoor onder (c) vermelde regel). “Wel verdient in dit verband opmerking dat de rechtbank in rov. 4.6 ten onrechte (ten overvloede) ervan is uitgegaan dat van eliminatie ook sprake kan zijn indien het werk waarvoor wordt onteigend niet voor rekening en risico van de overheid tot stand wordt gebracht (zie de hiervoor onder (c) vermelde regel).”

Wanneer de arresten strikt gelezen worden, lijkt het erop dat een PPS of andere samenwerking met een private partij per definitie aan eliminatie van het bestemmingsplan in de weg staat. Het enkele feit dat er een private partij bij betrokken is, zou maken dat er geen sprake meer kan zijn van een overheidswerk. Ook hier moet er echter voor gewaakt worden dat we niet te veel in de arresten van de Hoge Raad lezen. Stel dat een werk nagenoeg uitsluitend of in overwegende mate (bijvoorbeeld voor 80%) door een overheid wordt gerealiseerd en slechts een klein, ondergeschikt deel door een private partij. De overheid draagt voor 80% het risico, de private partij voor 20%. Betekent dit gegeven automatisch dat er geen sprake is van een overheidswerk? In dat geval rijst eveneens de vraag waarin de rechtvaardiging gevonden wordt dat er twee prijzen zijn: een prijs wanneer uitsluitend de overheid het werk realiseert (met eliminatie van de woonbestemming) tegenover een prijs wanneer een deel van het werk door een private partij wordt gerealiseerd (zonder eliminatie van de woonbestemming). Het antwoord kan ons inziens niet in de billijkheid worden gevonden. De billijkheid brengt met zich mee dat een eigenaar niet het slachtoffer wordt van de toevallige projectie van een weg of natuurgebied op zijn grond. Bij eliminatie van lucratieve bestemmingen ligt dit lastiger. Wellicht brengt de billijkheid mee dat de eigenaar niet profiteert van een vanuit algemene middelen in het algemeen belang gefinancierde lucratieve bestemming op zijn grond. Maar geldt dan niet hetzelfde indien dit in overwegende mate met algemene middelen is gerealiseerd? En indien de overheid realiseert en direct met winst doorverkoopt? Maakt dat wel principieel verschil met de realisatie en doorverkoop door een private partij? Er ligt

immers altijd een bestemmingsplan aan ten grondslag dat aan een goede ruimtelijke ordening moet voldoen.

In ieder geval valt op dat de Hoge Raad expliciet heeft aangegeven geen rechtspolitieke keuze te willen maken. Het elimineren van het bestemmingsplan moet uitzondering zijn. Door de mogelijkheid van eliminatie te beperken tot overheidswerken en de definitie van overheidswerken eng vast te stellen, wordt dit – naar wij veronderstellen – zo veel mogelijk bereikt.

Het is zeker niet uitgesloten dat de door de Hoge Raad geformuleerde regel minder streng uitgelegd moet worden dan op het eerste gezicht lijkt. Wij menen dat het waarschijnlijker is dat de Hoge Raad een richtlijn heeft willen geven: is er een private partij betrokken, dan is er *in beginsel* geen sprake van een overheidswerk. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zijn uitzonderingen op deze regel mogelijk.

6. Consequenties voor planschade

Bij taxatie van pure planschade is de eliminatieregel niet van toepassing. Planschade betreft immers juist het verschil van de waarde onder (de maximale invulling van) het oude planologische regime met de waarde onder de (maximale invulling van) het nieuwe planologische regime. Eliminatie van een bestemming is daarbij niet aan de orde. Gaat het om een planwijziging naar een lucratieve bestemming dan is planschade overigens helemaal niet aan de orde. Er is dan immers geen sprake van schade en baatafroming kent ons rechtssysteem (nog) niet.

Speelt echter naast de bestemmingswijziging een onteigening dan kan de eliminatieregel wel invloed hebben op planschade. Wanneer sprake is van onteigening ten behoeve van een lucratieve bestemming of niet-lucratieve bestemming die, volgens de nu geldende criteria, moet worden geëlimineerd, dan zal geen sprake zijn van in de onteigening te vergoeden planschade. In het kader van de onteigening zal immers een schadeloosstelling worden bepaald uitgaande van de bestemming zoals die gold vóór de wijziging ten behoeve van het werk waarvoor onteigend wordt.

Dit is anders in het geval een nieuwe niet-lucratieve bestemming volgens de geldende criteria niet mag worden weggedacht. In dat geval daalt de waarde van het onroerend goed als gevolg van de bestemmingswijziging, niet door het werk waarvoor onteigend wordt. De schadeloosstelling in het kader van de onteigening zal onvoldoende zijn om onteigende terug te brengen in de situatie waarin onteigende zich bevond voor de bestemmingswijziging. Voor de schade die wordt veroorzaakt door de bestemmingswijziging, is onteigende aangewezen op art. 40e Ow. Op basis van dit artikel wordt – kort gezegd – bij het bepalen van de werkelijke waarde de planschade meegenomen. Nadeel van het artikel is dat dit alleen betrekking heeft op de waarde van het onteigende en niet op de waardevermindering van het overblij-

vende. Doet onteigende geen beroep op art. 40e Ow of wil hij ook tegemoetkoming in planschade voor waardedaling van het overblijvende, dan kan hij in een later stadium als nog een verzoek om planschade indienen.³⁹

Interessant is dat art. 40e Ow, anders dan de 'normale' planschade, ook de mogelijkheid tot baatafoming biedt.⁴⁰ Dat betekent dat het artikel ook een rol kan spelen bij situaties waarin wordt onteigend ten behoeve van een *lucrative* bestemming, die volgens de nu geldende criteria *niet* moet worden geëlimineerd. In dat geval zou het daaruit voortvloeiende voordeel voor de waarde wellicht via verrekening op grond van art. 40e Ow (deels) teniet kunnen worden gedaan. Deze vraag is voor zover ons bekend nog niet door de Hoge Raad beantwoord.

Onze verwachting is dat art. 40e Ow na de '15-januari 2016-arresten' aan belang zal winnen. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad bevestigd dat niet-lucrative bestemmingen niet per definitie geëlimineerd worden. Niet-lucrative bestemmingen zijn weliswaar vaak typische overheidswerken zoals de realisatie van natuur of infrastructuur, maar het is zeker niet denkbeeldig dat er geen voorafgaand concreet plan is. Hierdoor zal vaker de vraag opkomen of toepassing van art. 40e Ow aan de orde is. Daarnaast zal de eliminatie van lucratieve bestemmingen minder vaak voorkomen, nu de Hoge Raad de eliminatieregels vrij strikt beperkt heeft tot overheidswerken. Het ligt in de lijn der verwachting dat de onteigenaar in die gevallen een beroep op art. 40e Ow zal doen, in een poging tot baatafoming te komen (zoals in de Hoog Dalem zaak voor de rechtbank door de gemeente was betoogd⁴¹).

Zoals gezegd ziet art. 40e Ow niet op de waardevermindering van het overblijvende. Voor die (plan)schade blijft de onteigende aangewezen op de reguliere planschaderegeling. Gelet op de onzekerheid die zich voor kan doen over het al dan niet elimineren van het bestemmingsplan, zal een onteigende er bij onteigening voor een niet-lucrative bestemming (die dreigt niet te worden geëlimineerd) alert op moeten zijn dat hij tijdig een verzoek om tegemoetkoming in planschade doet. Zeker wanneer de onteigening na-ijlt op de planvorming. Dergelijke verzoeken zullen doorgaans aangehouden worden tot duidelijk is welke schade wel en welke schade niet in het kader van de onteigening vergoed wordt. In ieder geval mag het verzoek niet worden afgewezen met het argument dat er een onteigening loopt.⁴²

Al met al is het redelijk te veronderstellen dat er op zijn minst meer jurisprudentie over art. 40e Ow zal ontstaan. Voor de praktijk zou een aanwijzing van de Hoge Raad over de wijze waarop art. 40e Ow moet worden toegepast in ieder geval wenselijk zijn.

7. Consequenties voor exploitatieplannen

De '15 januari 2016' arresten hebben ook consequenties voor de (taxatie van de) inbrengwaarden in een exploitatieplan. Ingevolge art. 6.13 lid 5 Wro wordt, indien geen sprake is van onteigening, de inbrengwaarde van gronden vastgesteld met overeenkomstige toepassing van de artikelen 40b-f Ow. Voor gronden welke onteigend zijn, waarvoor een onteigeningsbesluit is genomen of welke op onteigeningsbasis zijn of zullen worden verworven, is de inbrengwaarde volgens ditzelfde artikel gelijk aan de schadeloosstelling ingevolge de Onteigeningswet.

Zowel in het geval er onteigend zal moeten gaan worden, als in het geval dat onteigening niet aan de orde is omdat de betrokken eigenaar op zijn grond het bestemmingsplan zelf zal realiseren, dienen dus bij de waardebepaling de artikelen 40b-f Ow in acht te worden genomen. Dat betekent dat dus ook het in art. 40c Ow neergelegde eliminatiebeginsel van toepassing is. De jurisprudentie van de Hoge Raad over de toepassing van het eliminatiebeginsel zal daarbij in acht moeten worden genomen, inclusief de in deze bijdrage besproken arresten.

Eerder kwam al aan de orde dat de Afdeling, bij het toetsen van de (taxaties van de) inbrengwaarden gebaseerd op de Onteigeningswet, de Hoge Raad-jurisprudentie inderdaad rechtstreeks toepast. Mede op basis van passages uit de parlementaire geschiedenis van de wetswijziging in 1981⁴³ en het arrest *Den Haag/Tanke*⁴⁴ heeft de Afdeling al in haar uitspraak van 18 februari 2015 inzake *Vroondaal*⁴⁵ overwogen dat de eliminatieregels uit art. 40c Ow alleen van toepassing kan zijn op werken die de overheid zelf realiseert.

Interessant is dan te constateren dat bij zelfrealisatie (het woord zegt het al) per definitie geen sprake is van realisatie van het werk door de overheid. Elimineren van de lucratieve (woon)bestemming zal dan niet aan de orde zijn, hetgeen over het algemeen tot een hogere inbrengwaarde zal leiden van de gronden van de zelfrealisant (en daarmee een lagere kostenbijdrage!). Hetzelfde zal gelden indien geen sprake is van zelfrealisatie, maar de overheid de grond slechts bouwrijp zal maken en daarna als bouwkwavels zal verkopen aan de ontwikkelende partij. Ook in dat geval realiseert de overheid niet zelf en zal de waardeverhogende bestemming niet

39 Tenzij in de tussentijd de verjaringstermijn van art. 6.5 Wro is verstreken.

40 Wanneer een planologische wijziging zowel voor- als nadelen met zich meebrengt zal bij 'normale' planschade wel verrekening van voordeel plaatsvinden, maar wordt een verzoeker per saldo beter van de planologische wijziging, dan hoeft hij niet daadwerkelijk te betalen. Op grond van art. 40e Ow is dit wel mogelijk, in die zin dat onteigende een lagere schadeloosstelling ontvangt.

41 De rechtbank kwam uiteindelijk aan dat argument niet toe, omdat de rechtbank het bestemmingsplan elimineerde.

42 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2613.

43 *Kamerstukken II* 1980/81, 15978, 12, p. 5; *Handelingen II* 25 maart 1981, p. 4300; *Kamerstukken II* 1980/81, 15978, 6, p. 11-12).

44 HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0871.

45 ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:454; *BR* 2015/46, m.nt. E.W.J. de Groot; zie daarover ook E.J. van Baardwijk, "Eliminatieregels en complexafbakening bij taxeren inbrengwaarden exploitatieplannen" *Vastgoedrecht* 2015-3, p. 65.

worden geëlimineerd. De inbrengwaarde zal dan moeten worden gesteld op de ruwe bouwgrondwaarde, omdat geen rekening mag worden gehouden met het feit dat de overheid bouwrijp maakt.

Alleen indien vaststaat dat de overheid zelf de lucratieve bestemming gaat realiseren kan dit anders zijn. In dat geval zal de toekomstige (woon)bestemming, indien aan het bestemmingsplan een concreet plan waarmee het bestemmingsplan kan worden vereenzelvigd vooraf gaat, geen sprake zijn van eliminatie. Dit leidt tot een lagere inbrengwaarde dan op basis van bestaand gebruik het geval zou zijn. Bij de dan noodzakelijke verwerving op onteigeningsbasis kan dan deze lagere waarde worden aangehouden.

De vraag is overigens of bij de vaststelling van het exploitatieplan (en het bepalen van de inbrengwaarde) in alle gevallen al bekend is wie het bestemmingsplan gaat realiseren. Zolang niet vaststaat dat de overheid dit zelf gaat doen, zal eliminatie van de woonbestemming naar onze mening niet aan de orde kunnen zijn. Mocht dit achteraf pas bekend worden dan kan het exploitatieplan zo nodig worden herzien en de inbrengwaarde naar beneden worden bijgesteld.

8. Conclusie

De Hoge Raad heeft zijn jurisprudentie over het eliminatiebeginsel met de arresten van 15 januari 2016 zeker verduidelijkt. De belangrijkste lessen zijn:

- De hoofdregel blijft dat het bestemmingsplan bij de waardebepaling meetelt. Eliminatie van het bestemmingsplan is een uitzondering die terughoudend moet worden toegepast, zowel bij niet-lucratieve als lucratieve bestemmingen.
- Daarbij kan eliminatie alleen aan de orde zijn indien sprake is van een 'overheidswerk', dat wil zeggen een werk dat de overheid zelf realiseert. Het uitsluitend verrichten van voorbereidingshandelingen, zoals het bouwrijp maken van de grond is daarvoor onvoldoende.
- Eliminatie van voor- en nadelen van het bestemmingsplan is slechts aan de orde indien het bestemmingsplan niet zijn normale rol in de ruimtelijke ordening vervult, maar er slechts toe strekt de juridisch-planologische onderbouwing en regeling te geven die noodzakelijk is voor het werk waarvoor wordt onteigend. Dat is het geval indien de aan het onteigende gegeven bestemming rechtstreeks voortvloeit uit een concreet plan van het werk waarvoor onteigend wordt.
- Of van een dergelijk concreet plan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is dus niet zo dat eliminatie in bepaalde categorieën gevallen (onrendabele bestemmingen, toelatingsplanologie) wel of niet aan de orde is.
- In ieder geval is van een concreet plan geen sprake indien dat plan een algemeen karakter heeft en nog nader moet worden uitgewerkt.

Niet alles is echter duidelijk geworden met de arresten van 15 januari 2016. Vooral over de vraag wat precies een concreet plan voor het werk is en wanneer sprake is van een 'overheidswerk' verwachten wij in de toekomst nog discussie.

Verder achten wij aannemelijk dat in de toekomst minder vaak zal worden geëlimineerd en daarmee vaker een beroep op art. 40e Ow zal worden gedaan. De jurisprudentie daarover zal zich nog moeten uitkristalliseren. De arresten werken tot slot door bij de (toetsing van) taxaties van inbrengwaarden in exploitatieplannen.

We sluiten af met een belangrijke algemene les die te trekken valt uit de discussie na de arresten van 9 juli 2010, de arresten van 15 januari 2016 en de commentaren na de arresten van 15 januari 2016. In de praktijk zijn we geneigd arresten van de Hoge Raad tot op de punten en komma's te fileren en daaraan conclusies te verbinden. Soms schieten we daar in door. De specifieke omstandigheden van het geval zijn vaak van groot belang voor het oordeel van de Hoge Raad. Bij het trekken van algemene conclusies is het wijs daar notie van te nemen.