

5842

Hoge Raad, 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:24
(Perkpolder/Zeeland)
(mrs. F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren
A.H.T. Heisterkamp, G. Sniijders, M.V. Polak en T.H.
Tanja-van den Broek)

Onteigening. Schadeloosstelling. Eliminatieregul.

[Onteigeningswet, art. 40c]

*Eliminatie bestemming? Plan voor werk waarvoor
wordt onteigend.*

Met noot J.J. Hoekstra

Arrest

in de zaak van:
[eiser],
wonende te [woonplaats],
EISER tot cassatie, verweerder in het (voorwaarde-
lijke) incidentele cassatieberoep,
advocaat: mr. J.F. de Groot,
tegen
de GEMEENTE GORINCHEM,
zetelende te Gorinchem,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het (voor-
waardelijke) incidentele cassatieberoep,
advocaat: mr. J.A.M.A. Sluysmans.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als
[eiser] en de Gemeente.

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instan-
tie verwijst de Hoge Raad naar de vonnissen in de
zaak C/10/428853/HA ZA 13-730 van de rechtbank
Rotterdam van 28 augustus 2013 en 21 mei 2014.
De vonnissen van de rechtbank zijn aan dit arrest
gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van de rechtbank van 21 mei
2014 heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De
Gemeente heeft (voorwaardelijk) incidenteel cas-
satieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en
de conclusie van antwoord tevens houdende (voor-
waardelijk) incidenteel cassatieberoep zijn aan dit
arrest gehecht en maken daarvan deel uit.
Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot
verwerping van het beroep en voorts vordert [ei-
ser] in het voorwaardelijke incidentele beroep dat
de toe te wijzen proceskostenvergoeding wordt
vermeerderd met de wettelijke rent daarover, te re-
kenen vanaf veertien dagen na de datum van het
arrest van de Hoge Raad.
De zaak is voor partijen toegelicht door hun advo-
caten.
De conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal
J.C. van Oven strekt in het principaal cassa-
tieberoep tot vernietiging en verwijzing en in het
incidentele beroep, tot verwerping.

De advocaat van de Gemeente en die van [eiser] heb-
ben elk bij brief van 18 september 2015 op die con-
clusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitge-
gaan.

i) Bij vonnis van 28 augustus 2013 heeft de recht-
bank vervroegd de onteigening uitgesproken ten
name van de Gemeente van:

een gedeelte van het perceel kadastraal bekend
gemeente Gorinchem, sectie [A] nummer [001], ter
grootte van 03.4757 hectare (grondplannummer
[002]);

het perceel kadastraal bekend gemeente Gorin-
chem, sectie [A] nummer [003], ter grootte van
00.0255 hectare (grondplannummer [004]);

een gedeelte van het perceel kadastraal bekend
gemeente Gorinchem, sectie [A] nummer [005], ter
grootte van 20.2261 hectare (grondplannummer
[006]);

Hieraan is met toepassing van art. 38 Ow toege-
voegd:

een gedeelte ter grootte van 00.0750 hectare van
het perceel kadastraal bekend gemeente Gorin-
chem, sectie [A] nummer [005] (grondplannummer
3), zijnde de agrarische bedrijfswoning en bijbeho-
rend perceel.

Daarbij heeft de rechtbank het voorschot op
de schadeloosstelling voor [eiser] bepaald op
€ 3.890.000,-.

ii) Het vonnis van vervroegde onteigening is op 28
oktober 2013 ingeschreven in de openbare registers.

iii) De onteigening is uitgesproken ten behoeve van
de uitvoering van het bestemmingsplan 'Hoog Da-
lem'. Dit plan is inmiddels grotendeels onherroep-
lijk geworden, met dien verstande dat een gedeelte
van het plan is vernietigd door een uitspraak van
de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van
State van 29 februari 2012. Als gevolg van deze
uitspraak zijn twee delen van perceel [A] [005] ter
grootte van 00.5496 en 00.6028 hectare niet in het
onteiende begrepen.

iv) Het bestemmingsplan 'Hoog Dalem' voorziet in
de ontwikkeling van een woongebied ten oosten
van de bestaande kern van de Gemeente, waarbij
ongeveer 1400 woningen met daarbij behorende
voorzieningen worden gerealiseerd. Het woonge-
bied wordt ontwikkeld in drie deelgebieden. Twee
daarvan (hierna ook: gebied Noord en gebied Zuid)
zijn inmiddels in ontwikkeling. Deze ontwikke-
ling geschiedt door een publiek-private samenwer-
king in de vorm van een C.V. (hierna: de C.V.). Het
onteiende (hierna ook: gebied Midden) ligt tussen
die twee gebieden; de Gemeente is tot onteigening
van de onderhavige gronden overgegaan teneinde
aldaar het derde deelgebied te (laten) ontwikkelen.

v) Aan het bestemmingsplan 'Hoog Dalem' ging
vooraf het bestemmingsplan 'Buitengebied'. Op
grond van dit plan rustte op het onteigende de be-
stemming 'Agrarisch gebied'. De gronden waren
bestemd voor agrarische productie en voor de op-
richting van de daarvoor noodzakelijke agrarische

bedrijfsbebouwing en één agrarische bedrijfswo-
ning. Voor de twee delen van het perceel [A] [005]
die door de vernietiging van het bestemmingsplan
zijn getroffen, is het bestemmingsplan ‘Buitenge-
bied’ van toepassing gebleven.

vi) Ten tijde van de vaststelling van het bestem-
mingsplan ‘Hoog Dalem’ bestond een ‘Stedebouw-
kundig Plan Hoog Dalem Gorinchem’.

3.2 De rechtbank heeft de schadeloosstelling vast-
gesteld op € 5.480.460,-. Zij heeft daarbij het advies
van de deskundigen gevolgd om de invloed van het
bestemmingsplan ‘Hoog Dalem’ te elimineren, met
als gevolg dat bij de bepaling van de waarde van de
onteigende grond moet worden uitgegaan van de
agrarische waarde (rov. 4.4-4.8). Hiervan uitgaande
heeft de rechtbank de waarde van de onteigende
gronden vastgesteld op € 20,- per m² (rov. 4.18-
4.25). Voorts heeft zij de door deskundigen gead-
viseerde waarde van de woning met bijbehorende
grond (€ 400.000,-) overgenomen (rov. 4.26-4.28).
De aanspraak van [eiser] op een vergoeding van
schade wegens gemist exploitatievoordeel geleden
door Megahome.nl Grond N.V. (hierna: Megahome),
die in het verleden (onder meer) de thans onteigen-
de grond heeft gekocht, is door de rechtbank van de
hand gewezen (rov. 4.54-4.57).

3.3.1 Onderdeel 2.2 van het middel is gericht tegen
rov. 4.5, meer in het bijzonder tegen de volgende
overweging van de rechtbank:

“Het stedenbouwkundig plan is (...) niet een “plan
voor het werk” als bedoeld in artikel 40c Ow (...).
Voor eliminatie van het bestemmingsplan is vol-
gens de recentere rechtspraak van de Hoge Raad
echter niet noodzakelijk dat sprake is van een be-
staand plan voor het werk waarvoor wordt ontei-
gend (als bedoeld in artikel 40c lid 3 Ow), maar is
voldoende dat er een bestaand (concreet) plan is
(vgl. Hof ‘s-Gravenhage 31 januari 2012, (onder meer)
kenbaar uit HR 14 februari 2014, RvdW 2014, 339).”
alsmede tegen het gevolg dat de rechtbank daaraan
verbindt in rov. 4.6:

“Het voorgaande brengt mee dat aan eventuele
beperkingen die zouden gelden voor het buiten be-
schouwing laten van het werk waarvoor wordt ontei-
gend en de plannen daarvoor – namelijk dat het
de overheid zelf is die deze plannen uitvoert – niet
wordt toegekomen”.

Het onderdeel klaagt onder meer dat deze overwe-
gingen van de rechtbank getuigen van een onjuiste
rechtsopvatting.

3.3.2 Deze klacht is gegrond. Voor het elimineren
van de bestemming die volgens het geldende be-
stimmingsplan op het onteigende rust, is vereist
dat die bestemming is bepaald door niets anders
dan een ten tijde van de vaststelling van dat be-
stimmingsplan al bestaand concreet plan voor een
werk ter plaatse van onder meer het onteigende.
Dit volgt onder meer uit rov. 4.7 van HR 9 juli 2010,
ECLI:NL:HR:2010:BL1634, NJ 2010/631 ([...] c.s./Pro-
vincie Zuid-Holland) en de rov. 3.3 en 3.6 van HR 8
februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4119, NJ 2013/318
(Ballast Nedam/Staat). Anders dan de rechtbank
heeft geoordeeld, moet dus wel degelijk sprake zijn
van een – aan het bestemmingsplan voorafgaand –

concreet plan voor (onder meer) het werk waarvoor
wordt onteigend als bedoeld in art. 40c onder 3° Ow.
3.4 Hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen brengt
mee dat ook onderdeel 2.3 slaagt waar het erover
klaagt dat de rechtbank niet (voldoende gemotiveerd)
heeft vastgesteld wat het plan is waarvoor
onteigend wordt. De rechtbank heeft zodanige
vaststelling ten onrechte achterwege gelaten. Zij
heeft immers het ‘Stedebouwkundig Plan Hoog Da-
lem Gorinchem’ uitdrukkelijk niet aangemerkt als
plan waarvoor wordt onteigend.

3.5.1 Onderdeel 2.3.4 klaagt voorts in algemene zin
dat de rechtbank het door [eiser] in de kern bepleite
standpunt niet heeft gehonoreerd. Dit standpunt
houdt volgens het onderdeel in dat voor elimina-
tie van de waardevermeerderende invloed van het
bestemmingsplan geen plaats is in gevallen als het
onderhavige, waarin wordt onteigend door een ge-
meente teneinde haar in staat te stellen gronden
bouwrijp te doen leveren aan een derde teneinde
daarop door en voor rekening en risico van deze
derde woningbouw conform het ten tijde van de
peildatum voor de onteigening geldende bestem-
mingsplan te doen realiseren. Naar aanleiding van
deze stelling wordt het volgende overwogen.

3.5.2 In het arrest van heden met nummer 14/04743,
ECLI:NL:HR:2016:25, zijn de juridische kaders voor
eliminatie van de invloed van bestemmingsplan-
nen nader uiteengezet. Uit dat arrest volgt onder
meer het volgende:

a) Art. 40c Ow dient terughoudend te worden toe-
gepast (rov. 3.5).

b) De vraag of eliminatie van een door het geldende
bestemmingsplan aan het onteigende gegeven be-
stemming moet plaatsvinden, dient te worden be-
oordeeld aan de hand van de omstandigheden van
het geval. Eliminatie kan niet in abstracto worden
voorgeschreven of uitgesloten in bepaalde catego-
rieën van gevallen. (rov. 3.6.2)

c) Voor eliminatie is alleen plaats indien het werk
waarvoor wordt onteigend tot stand wordt ge-
bracht voor rekening en risico van rechtspersonen
als bedoeld in art. 2:1 lid 1 en 2 BW (‘overheidswer-
ken’) (rov. 3.8.2).

d) De omstandigheid dat de overheid voorberei-
dingswerkzaamheden uitvoert ten behoeve van
een werk waarvoor wordt onteigend, brengt nog
niet mee dat dit werk als een overheidswerk dient
te worden aangemerkt (rov. 3.8.3).

Uit dit samenstel van regels volgt dat er geen ruim-
te is voor eliminatie onder de in het onderdeel ge-
schetste omstandigheden. Niettemin kan het on-
derdeel niet tot cassatie leiden omdat de rechtbank
het bestemmingsplan ‘Hoog Dalem’ heeft geëlimi-
neerd op een – hierboven onjuist bevonden – grond
die naar haar oordeel kennelijk meebracht “dat aan
eventuele beperkingen die zouden gelden voor het
buiten beschouwing laten van het werk waarvoor
wordt onteigend en de plannen daarvoor – name-
lijk dat het de overheid is die onteigent – niet wordt
toegekomen” (rov. 4.6). De rechtbank heeft dus
(nog) geen oordeel gegeven over de kwesties die het
onderdeel aansnijdt. Wel verdient in dit verband
opmerking dat de rechtbank in rov. 4.6 ten onrech-

te (ten overvloede) ervan is uitgegaan dat van eliminatie ook sprake kan zijn indien het werk waarvoor wordt omtrentend niet voor rekening en risico van de overheid tot stand wordt gebracht (zie de hiervoor onder (c) vermelde regel).

3.6 De onderdelen 3, 4 en 5 van het middel zijn gegrond voor zover zij voortbouwen op de hiervoor gegrond bevonden klachten van de onderdelen 2.2 en 2.3.

3.7 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

3.8 Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat de tegen de beslissing tot eliminatie gerichte klachten in het principale beroep worden verworpen. Nu aan deze voorwaarde niet is voldaan, behoeft het incidentele beroep geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 21 mei 2014;

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

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 493,98 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

Noot

1. De (onteigenings)praktijk heeft reikhalzend uitgekeken naar de hiervoor opgenomen arresten. Daarin diende – verkort weergegeven – de vraag te worden beantwoord, wanneer het bestemmingsplan moet worden geëlimineerd bij de waardering van (onteigende) grond. In twee arresten – Hoog Dalem, Gorinchem (ECLI:NL:HR:2016:24) en Perkpolder, Zeeland (ECLI:NL:HR:2016:25) – staat de vraag centraal of bij de waardering van grond met een woningbouwbestemming, rekening moet worden gehouden met het bestemmingsplan dat die woningbouw mogelijk maakt, of dat dit bestemmingsplan zou moeten worden geëlimineerd. De drie andere arresten – de *Groenzone-arresten* (ECLI:NL:HR:2016:66, ECLI:NL:HR:2016:67 en ECLI:NL:HR:2016:68) – hebben betrekking op de vraag hoever de eliminatieregule “terugwerkt”: dienen ook voorgaande bestemmingsplannen, waarin min of meer wordt voorgesorteerd op het project in kwestie, te worden geëlimineerd? Voor een goed begrip van de eliminatieregule alsmede de daarover gevormde rechtspraak, zullen de onderhavige arresten hieronder eerst in historisch perspectief worden geplaatst.

2. De eliminatieregule is opgenomen in artikel 40c van de Onteigeningswet. Uit dit artikel volgt dat bij het bepalen van de onteigeningsschadeloosstelling geen rekening wordt gehouden met voordelen of nadelen (het “eliminieren”), veroorzaakt door: 1) het werk waarvoor onteigend wordt, 2) overheidswerken die in verband staan met het werk waarvoor onteigend wordt, 3) de plannen voor de werken achter 1) en 2) bedoeld. Decennialang gold ten aanzien van de eliminatieregule de zogenoemde Mar-

kus-Matserleer, vernoemd naar HR 18 juni 1980, *NJO* 1980, 7, *Staat/Markus* en HR 22 november 1978, *NJO* 1979, 1, *Staat/Matser*. Het op het onteigende rustende bestemmingsplan werd (conform die “leer”) in het algemeen niet aangemerkt als “plan voor het werk”. Met dit bestemmingsplan diende derhalve – in beginsel – rekening worden gehouden. De uitzondering op deze vuistregel betrof de situatie waarin “het vaststellen van het bestemmingsplan 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 ook op het werk waarvoor onteigend wordt reeds een bepaalde bestemming is toegedacht.” Alsdan werd gesproken van een “dwangbestemming”, waarmee bij het bepalen van de onteigeningsschadeloosstelling geen rekening werd gehouden.

3. De zogenoemde “9 juli-arresten” van de Hoge Raad uit 2010 brachten de eliminatieregule weer nadrukkelijk onder de aandacht (zie HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 631, m.nt. PCEvW). In ro. 3.6.1 van arrest *Perkpolder* overweegt de Hoge Raad dat de “9 juli-arresten” “slechts” een verruiming ten opzichte van de Markus-Matserleer behelzen, namelijk dat niet langer is vereist dat de bestemming is “opgelegd” door het Rijk of de provincie. De Hoge Raad zette daarin namelijk uiteen waar het bij de eliminatieregule om draait: of de in het bestemmingsplan aan het onteigende gegeven bestemming is bepaald door een ten tijde van de vaststelling van dat bestemmingsplan al bestaand concreet plan en 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 te maken. De “9 juli-arresten” betekenden het afscheid van de tot dan toe vertrouwde term “dwangbestemming”. Immers, de vraag of sprake was van dwang van een hogere overheid stond niet langer meer centraal.

4. Hierna werd in het arrest *Ballast Nedam/Staat* – waarin het ging om de onteigening van gronden waaraan het vigerende bestemmingsplan de bestemming verkeersdoeleinden en voor een klein gedeelte verkooppunt van motorbrandstoffen gaf – met toepassing van de “9 juli-arresten”, deze laatste, waardeverhogende bestemming geëlimineerd (zie HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 318, m.nt. PCEvW). Daarmee bevestigde de Hoge Raad dat ook waardeverhogende bestemmingen voor eliminatie in aanmerking kunnen komen (waarbij hij wijst op het arrest *Staatsmijn Emma* uit 1909 (HR 19 maart 1909, W 8843). Stond hiermee nu “opeens” de deur voor eliminatie van bestemmingsplannen voor woningbouw? Uit het arrest *Ballast Nedam/Staat* volgde voorts dat een schriftelijk verzoek van Rijkswaterstaat om in een bestemmingsplan rekening te houden met een “verzorgingsplaats” ter plaatse al een bestaand concreet plan kan zijn. De lat voor “concreet” werd in dit arrest aldus niet hoog gelegd.

5. De voormelde vraag – kan het criterium van de “9 juli-arresten” leiden tot eliminatie van bestem-

mingsplannen die agrarische gronden bestemden voor woningbouw – lag, zoals hiervoor gememoreerd, voor in de arresten *Hoog Dalem* en *Perkpolder*. In beide gevallen betrof het bestemmingsplannen, te realiseren in publiek-private samenwerking. De rechtbanken (Rotterdam en Zeeland West-Brabant) hadden ten aanzien van deze bestemmingsplannen geoordeeld dat ten tijde van de vaststelling daarvan reeds sprake was van een “concreet plan” voor de ontwikkeling van die woningbouw en dat het bestemmingsplan “slechts” zou zijn vastgesteld om in een juridisch-planologische grondslag te voorzien. De rechtbanken elimineerden daarom (de waardevermeerderende invloed van) de woningbouwbestemmingen.

6. Het arrest *Perkpolder* heeft de Hoge Raad aangegrepen voor zijn *landmark decision*. In het arrest *Hoog Dalem* wordt de belangrijkste uitgangspunten daaruit samengevat. Ten aanzien van de toepassing van de eliminatieregels worden de navolgende vuistregels geformuleerd (de aangehaalde rechtsoverwegingen betreffen het arrest *Perkpolder*):

- Vooropgesteld wordt dat de eliminatieregels terughoudend dient te worden toegepast (ro. 3.5). Volgens de Hoge Raad volgt dit uit het politieke debat uit de periode voorafgaand aan de totstandkoming van artikel 40c Ow, ook wel bekend als de gebruikswaarde / verkeerswaarde discussie. De onenigheid hierover binnen het kabinet heeft zelfs geleid tot de val het van het Kabinet Den Uyl in 1977 (zie, uitgebreid, de conclusie van AG Van Oven onder 3.38 – 3.40, onder het arrest *Perkpolder*).
 - Het ligt – aldus de Hoge Raad – niet op de weg van de onteigeningsrechter om hierin een rechtspolitieke keuze te maken. De Hoge Raad benadrukt aldus dat eliminatie de uitzondering is op de hoofdregel, luidende dat rekening moet worden gehouden met het geldende bestemmingsplan. Zou dit anders moeten zijn, dan dient hiertoe door de wetgever het initiatief te worden genomen, zo lijkt de Hoge Raad aan te geven.
 - De “9 juli-arresten” vormen (zoals hierboven al gememoreerd) slechts een verruiming ten opzichte van de leer van de “dwangbestemming”, namelijk in die zin dat niet langer is vereist dat de bestemming is opgelegd door het Rijk of de provincie (ro. 3.6.1). Bij de bepaling van de werkelijke waarde wordt het bestemmingsplan geëlimineerd, voor zover dit niet zijn “normale rol in de ruimtelijke ordening” heeft vervuld, maar slechts ertoe strekt de juridisch-planologische onderbouwing en regeling te geven die de aanleg mogelijk maakt van het werk waarvoor wordt onteigend. De vraag hierbij is natuurlijk wel wat de “normale rol in de ruimtelijke ordening” van het bestemmingsplan is. Op andere plaatsen in het arrest valt de term “toelatingsplanologie”, waarmee doorgaans wordt bedoeld dat het bestemmingsplan (louter) bepaalt wat qua gebruik en bebouwing is toegelaten. De huidige gebiedsontwikkelingspraktijk kenmerkt zich echter steeds
- meer door “uitnodigingsplanologie”. Deze vorm van planologie vormt ook een pijler van de (toekomstige) Omgevingswet (zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 962, nr. 3, onder meer p. 155). Bij uitnodigingsplanologie draait de ruimtelijke ordening in de meeste gevallen om het mogelijk maken van de aanleg van een specifiek project, waarvoor – doorgaans – op voorhand een (concreet) plan voor handen is.
- Op basis van het voorgaande moet worden beoordeeld of de aan het onteigende gegeven bestemming zo rechtstreeks voortvloeit uit een reeds bestaand, concreet plan voor het werk, waarvoor wordt onteigend, dat die bestemming met het plan waarvoor wordt onteigend moet worden “vereenzelvigd” (ro. 3.6.2). Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Eliminatie kan niet in abstracto worden voorgeschreven of uitgesloten in bepaalde categorieën van gevallen. Of sprake is van “toelatingsplanologie” kan dan ook niet bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of eliminatie dient plaats te vinden, aldus de Hoge Raad. Evenmin is eliminatie beperkt tot onteigening ten behoeve van infrastructuurele werken. Het “vereenzelvigingsvereiste” en het uitgangspunt dat eliminatie niet beperkt is tot infrastructuur zet(te) de deur open voor de eliminatie van lucratieve (woningbouw)bestemmingen, maar die deur gooit de Hoge Raad in ro. 3.8.2 weer hard dicht.
 - Voor eliminatie is namelijk alleen plaats indien het werk waarvoor wordt onteigend tot stand wordt gebracht voor rekening en risico van rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 en 2 BW; zogenoemde “overheidswerken” (zie ro. 3.8.2). Dit was, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 40c Ow, vaker betoogd in de literatuur. Zie bijvoorbeeld E.W.J. de Groot, *Het elimineren van bestemmingen in het onteigeningsrecht, van uitzondering naar hoofdregel?*, in: *Op het grensvlak* (red. T.W. Franssen e.a.), p. 49 e.v., de parlementaire geschiedenis betreft onder meer *Kamerstukken II*, 1980-1981, 15 978, nr. 6, p. 11-12. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) leek begin 2015 in een exploitatieplanprocedure al de mening toegedaan dat voor toepassing van de eliminatieregels, het dient te gaan om een door de gemeente (of andere overheid) te realiseren werk (zie ABRvS 18 februari 2015, *BR* 2015, 46, m.nt. E.W.J. de Groot). Hierbij verwees de hoogste bestuursrechter naar het arrest *Den Haag/Tanke* (zie HR 5 september 2003, *NJ* 2004, 385, m.nt. PCEvW), waarnaar ook de Hoge Raad in ro. 3.8.2 van het arrest *Perkpolder* verwijst. Anders dan bijvoorbeeld ten aanzien van de complexbenadering ex artikel 40d Ow (zie ABRvS 25 mei 2011, *TBR* 2011, 141, m.nt. J.F. de Groot en ABRvS 1 juni 2011, *BR* 2011, 134, m.nt. W.J. Bosma en J.A.M.A. Sluysmans versus HR 15 april 2011, *TBR* 211, 140, m.nt. Van der Schans (*Janssen/Venray*)) zitten ABRvS en Hoge Raad hier dus op één lijn. De conclusie is derhalve dat een werk dat

wordt gerealiseerd voor rekening en risico van een publiek-private samenwerking – zoals bij de realisatie van woningbouw te doen gemeengoed is en ook bij Hoog Dalem en Perkpolder het geval was – niet kwalificeert als “overheidswerk”. Hiermee is een belangrijk element uit de eliminatiediscussie weggenomen. Volledige duidelijkheid geeft de Hoge Raad echter nog niet. De Hoge Raad omschrijft “overheidswerken” als werken tot stand gebracht voor rekening en risico van rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 en 2 BW. Rechtspersonen in de zin van voormeld artikel zijn – naast gekende (en in het artikel expliciet genoemde) onteigenaars als de Staat, de provincie, de gemeente en waterschappen – bijvoorbeeld publiekrechtelijke rechtspersonen als de openbare lichamen of bedrijfsvoeringsorganisaties ingesteld in het kader van een gemeenschappelijke regeling als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen. De vraag is hoe het dan zit met werken tot stand gebracht voor rekening en risico van onteigenaars die *niet* onder artikel 2:1 lid 1 en 2 BW vallen, zoals spoorbeheerder ProRail als “privaatrechtelijke” onteigenaar in de zin van artikel 1 lid 2 Ow, of (de overigens zeer zelden onteigenende) toegelaten instellingen (onteigenaar op de voet van artikel 78 lid 1 Ow). De Hoge Raad laat het antwoord op deze vraag nog in het midden, maar het ligt in de rede door ProRail gerealiseerde werken op één lijn te stellen met “overheidswerken”. Waarom zou bij de bepaling van de schadeloosstelling bij de aanleg van een spoorlijn geen plaats zijn voor eliminatie, en bij aanleg van een weg wel? Bovendien is de Nederlandse Staat – via Railinfratrust B.V. – de enige aandeelhouder van ProRail B.V. (welk aandeelhouderschap is ondergebracht bij het Ministerie van Infrastructuur en Milieu). De door ProRail te realiseren werken worden derhalve in principe voor het volle pond met overheids-geld gefinancierd. Voldoende redenen deze werken aan te merken als “overheidswerken”. Goed denkbaar is dat dit ten aanzien van door toegelaten instellingen gerealiseerde werken anders ligt: een door een toegelaten instelling gerealiseert woningbouwproject kwalificeert op basis van de voorliggende arresten niet als “overheidswerk”.

- De omstandigheid dat de overheid voorbereidingswerkzaamheden uitvoert ten behoeve van een werk waarvoor wordt onteigend – denk aan het bouwrijp maken van de onteigende grond – brengt naar het oordeel van de Hoge Raad nog niet mee dat dit werk als een overheidswerk dient te worden aangemerkt (ro. 3.8.3). Anders gezegd: wanneer in een publiek-private samenwerking de gemeente het bouwrijp maken voor zijn rekening neemt, maakt dit het te realiseren werk nog geen “overheidswerk”. De overwegingen van de Hoge Raad volgend, lijkt voor de eliminatie van bestemmingsplannen die woningbouw mogelijk maken doorslaggevend te zijn voor wiens rekening en risico de

(opstal)exploitatie is: is dit (al dan niet ten dele) voor een marktpartij, dan is geen sprake van een “overheidswerk”. In het verlengde hiervan is het (theoretisch) denkbaar dat gemeenten voor eigen rekening en risico een woningbouwprogramma tot stand brengen, zodat aan eliminatie van het daarvoor vastgestelde bestemmingsplan zou kunnen worden toegekomen. In de huidige gebiedsontwikkelingspraktijk acteren gemeente echter vaker faciliterend, dan dat zij een actieve, risicodragende rol op zich nemen. Doen zij dit laatste, dan is dit vaak in de vorm van een CV/BV-constructie, waarin de risico's worden gedeeld met één of meer marktpartijen (en worden er dus geen “overheidswerken” tot stand gebracht).

7. De *Groenzone-arresten* hebben – als gezegd – betrekking op de vraag hoever de eliminatieregels “terugwerkt”: dienen ook voorgaande bestemmingsplannen te worden geëlimineerd? Het betrof hier de onteigening van gronden die waren benodigd voor de realisatie van de zogenoemde Groenblauwe Slinger te Berken en Rodenrijs, welke gronden voorheen de bestemming glastuinbouw kende. Bij herzieningen van het bestemmingsplan in 2000 en 2001 waren de glastuinbouwmogelijkheden beperkt respectievelijk vervallen. In 2006 zag het bestemmingsplan “Groenzone Berkel-Pijnacker” het licht, dat de grondslag vormde voor onteigening door het Bureau Beheer Landbouwgronden te Den Haag ten behoeve van de daarin opgenomen recreatieve bestemming. De rechtbank Rotterdam had, naast het laatstgenoemde bestemmingsplan, ook de eerdere herzieningen uit 2000 en 2001 geëlimineerd, (in essentie) omdat er in de jaren '90 reeds sprake zou zijn van een “concreet plan” dat, naast de inhoud van het bestemmingsplan “Groenzone Berkel-Pijnacker”, de inhoud van de eerdere herzieningen had bepaald.

8. Voor eliminatie is volgens de Hoge Raad in de *Groenzone-arresten* alleen plaats indien de plannen voor het werk waarvoor wordt onteigend, reeds concreet zijn op het moment waarop juridisch-planologische grondslag wordt bepaald (de Hoge Raad verwijst hier expliciet naar het arrest *Ballast Nedam*). Voorafgaande plannen met een algemeen karakter, die nadere concretisering behoeven (met daarin een tekst als: “*Om deze doelen te kunnen realiseren streeft de Provincie naar de ontwikkeling van een concreet ontwikkelingsplan voor het gebied van de Groenblauwe Slinger*”), kwalificeren niet als – te elimineren – “bestaande concrete plannen”. Subtiel voegt de Hoge Raad daar nog aan toe dat, aangezien de herzieningen van het bestemmingsplan uit 2000 en 2001 voor de onteigende gronden niet voorzagen in de (groen)bestemming waarvoor werd onteigend, (überhaupt) geen plaats is voor eliminatie op grond van artikel 40c Ow. Bij die herzieningen behielden de onteigende gronden immers hun agrarische bestemming.

9. Waar de Hoge Raad in het arrest *Ballast Nedam* de lat voor de concreetheid van het plan schijnbaar niet al te hoog lag – een brief van Rijkswaterstaat volstond – geeft de Hoge Raad in de *Groenzone-ar-*

resten duidelijk aan dat plannen met een algemeen karakter onvoldoende zijn. Het lijkt in ieder geval niet zo zeer om de vorm van het “concrete plan” te gaan – het kan gaan om een brief, maar ook om een stedenbouwkundig plan – maar meer om de mate van detail (“concreetheid”) daarvan (vergelijk ook Rechtbank Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBME:2014:6820).

10. Resumerend: de Hoge Raad heeft in ieder geval één belangrijk discussiepunt beslecht: eliminatie is alleen aan de orde wanneer het bestemmingsplan is vastgesteld ten behoeve van “overheidswerken”. De werken – te verrichten door publiek-private samenwerkingen – ten uitvoering van het bestemmingsplan “Hoog Dalem” te Gorinchem en het bestemmingsplan “Perkpolder” te Hulst kwalificeerden niet als zodanig. Het arrest Perkpolder, waarin de Hoge Raad zijn oordeel het meest uitgebreid toelicht, gaat hierdoor de boeken in als nieuw standaardarrest. In de Groenzone-arresten heeft de Hoge Raad geëxpliciteerd dat voor eliminatie slechts plaats is indien de plannen voor het werk waarvoor wordt onteigend, reeds concreet zijn op het moment waarop juridisch-planologische grondslag wordt bepaald. Voorafgaande plannen met een algemeen karakter, die nadere concretisering behoeven, kwalificeren niet als – te elimineren – “concrete plannen”. Zoals uit het voorgaande moge blijken, zijn echter niet alle vragen beantwoord. Zo resteert – of, beter gezegd, is opgekomen – de vraag wat de reikwijdte is van het begrip “overheidswerken”. Gerefereerd kan worden aan de mogelijke discussie omtrent een “privaatrechtelijke” onteigenaar als ProRail. Verder zal er de komende jaren naar verwachting nog het nodige worden geprocedeerd over het begrip “concreet plan”.

11. De arresten zijn ook besproken door J.F. de Groot (*TBR* 2016, 28) en H. Zeilmaker en J. Hagelaars (*BR* 2016, 25). Ten slotte zij gewezen op het digitale magazine “Eliminatie bij onteigening”, Academie voor de Rechtspraak, maart 2016, met bijdragen van J.A.M.A. Sluysmans, J.S. Procee, G.J.M. de Jager, M.K.L. Berkvens, J.P. van den Berg en J.J. Hoekstra (deze annotatie is ten dele gebaseerd op de bijdrage van ondergetekende in vornoemd magazine).

J.J. Hoekstra