

## De 9 juli-arresten, een storm in een glas water

18

**Het bij de arresten Staat/Matser en Staat/Markus geïntroduceerde begrip dwangbestemming is nadien meermalen in de rechtspraak gehanteerd bij het bepalen van de werkelijke waarde van ter onteigening aangewezen onroerende zaken. In een reeks van vijf arresten heeft de Hoge Raad op 9 juli 2010 een nuancering aangebracht op de toepassing van de zogenaamde Markus-Matserleer. Vraag is evenwel of deze nuancering zover strekt dat afscheid is genomen van het begrip dwangbestemming. In deze bijdrage wordt bij die vraag stilgestaan.**

### De Markus-Matserleer en het begrip dwangbestemming

In het onteigeningsrecht geldt dat de eigenaar een volledige vergoeding krijgt voor alle schade, die door het verlies van de zaak wordt geleden. Hieronder valt ook de vergoeding voor de werkelijke waarde die de zaak ten tijde van de onteigening heeft. In de artt. 40b tot en met 40f Onteigeningswet is geregeld hoe de werkelijke waarde van de in de onteigening betrokken zaak wordt bepaald. Uit art. 40c Onteigeningswet volgt dat bij het bepalen van de werkelijke waarde geen rekening mag worden gehouden met voordelen of nadelen, teweeggebracht door het werk waarvoor onteigend wordt, dan wel de plannen voor die werken; het zogenaamde eliminatiebeginsel. Art. 40c Onteigeningswet luidt als volgt:

- “Bij het bepalen van de schadeloosstelling wegens verlies van een onroerende zaak wordt geen rekening gehouden met voordelen of nadelen, teweeggebracht 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 onder 1° en 2° bedoeld.”

Uit het arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 1964 (Nefabas/Noord-Brabant, *NJ* 1965, 29, m.nt. N.J. Polak) volgt dat met de plannen voor het werk waarvoor onteigend wordt, niet bedoeld wordt op bestemmingsplannen. Bij het bepalen van de werkelijke waarde wordt dus in beginsel wel rekening gehouden met de aan de onroerende zaken toebedachte bestemming.

In de arresten van de Hoge Raad van 22 november 1978 (Staat/Matser, *NJO* 1979, 1, m.nt. R.A. Mörzer Bruyns) en 18 juni 1980 (Staat/Markus, *NJO* 1980, 7, m.nt. R.A. Mörzer

Bruyns) is een uitzondering geformuleerd op het uitgangspunt dat bij het bepalen van de werkelijke waarde rekening wordt gehouden met de bestemming. Indien de gemeente bij het vaststellen van het bestemmingsplan in feite geen andere keuze heeft dan zich aan te sluiten bij een door een daartoe bevoegd orgaan van rijk of provincie ontwikkeld plan – de zogenaamde dwangbestemming – wordt bij de bepaling van de werkelijke waarde geen rekening gehouden met dat bestemmingsplan. De bestemmingswijziging is in dat geval geen eigen en zelfstandige werkzaamheid van de gemeente, maar wordt beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het werk waarvoor wordt onteigend. Het bestemmingsplan wordt in dat geval aangemerkt als (vereenzelvigd met) een plan als bedoeld art. 40c, aanhef en onder sub 3 Onteigeningswet.

In de onteigeningsprocedures die hebben geleid tot de arresten Staat/Matser en Staat/Markus ging het om de aanleg van een rijksweg. Aan de in de onteigening betrokken percelen werd een onrendabele verkeersbestemming toebedacht. Deze onrendabele bestemming werd bij de bepaling van de werkelijke waarde van het onteigende weggedacht. Deze door de Hoge Raad geformuleerde regel wordt de Markus-Matserleer genoemd.

Deze lijn werd door de annotator Mörzer Bruyns als positief bestempeld, omdat daarmee ongewenste waardeverschillen vanwege de (toevallige) projectie van het tracé voor een provinciale of rijksweg, zouden worden weggenomen. Mörzer Bruyns achtte het niet redelijk dat aan percelen een lagere waarde wordt toegekend als daarop een weg is beoogd, terwijl naastgelegen percelen – waarop die weg niet is beoogd – een hogere waarde krijgen. De opvatting werd gehuldigd dat de Markus-Matserleer diende ter bescherming van de onteigende partij. Het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 (Staat/Amev, *NJ* 2003, 163) maakt evenwel duidelijk dat die achtergrond niet is beoogd. In die kwestie stond de vraag centraal of ook een lucratieve dwangbestemming (benzinstation) dient te worden weggedacht. Uit het desbetreffende arrest volgt dat in lijn met de Markus-Matserleer ook die lucratieve bestemming dient te worden weggedacht.

Samengevat komt het bij de Markus-Matserleer erop neer dat ingeval het projecteren van een bepaalde bestemming op een perceel geen eigen en zelfstandige werkzaamheid van de gemeente is, maar van hoger hand is opgelegd (de dwangbestemming), dat bestemmingsplan dient te worden aangemerkt als het plan voor het werk als bedoeld in art. 40c aanhef en onder sub 3 Onteigeningswet. In dat geval dient die bestemming bij het bepalen van de werkelijke waarde te worden weggedacht.

### De 9 juli-arresten

Bij de kwesties die hebben geleid tot de 9 juli-arresten ging het om de reconstructie van provinciale wegen, ten behoeve waarvan de betrokken gemeentes hun bestemmings-

<sup>1</sup> Mr. ing. C.F. van Helvoirt is als advocaat werkzaam bij Hekkelman Advocaten en Notarissen te Nijmegen, bij de sectie Overheid en Vastgoed, praktijkgroep Agribusiness & landelijk gebied, K.van.Helvoirt@Hekkelman.nl, www.Hekkelman.nl. Mr. Van Helvoirt bedankt de heer mr. J.A.M.A. Sluysmans voor het meelezen.



plannen hadden herzien. Vier arresten hadden betrekking op de reconstructie van de N209 in de gemeente Bleiswijk (LJN: BL1639, BN0763, BL1647 en BL1634). Het andere arrest had betrekking op de reconstructie van de N219 in de gemeente Zevenhuizen-Moerkapelle. Bij beide reconstructies waren de desbetreffende gemeentes in meer of mindere mate betrokken bij de totstandkoming van de beoogde reconstructies van de provinciale wegen door de provincie Zuid-Holland. In beide gevallen hadden de gemeentes uitvoeringsovereenkomsten gesloten met – voor zover hier van belang – het Rijk en de provincie over de samenwerking. Daarbij is onder meer afgesproken dat de reconstructie wordt gefinancierd door de provincie en dat ook de verantwoordelijkheid voor en leiding van het project bij de provincie liggen. Bovendien bestond bij beide gemeentes de wens om de desbetreffende provinciale wegen te reconstrueren. In de gemeente Bleiswijk was voorts nog het volgende van belang. Het eerdere door alle betrokken partijen voorgestelde tracé van de N209 is in het nieuwe, ten behoeve van de reconstructie vastgestelde bestemmingsplan 'Nieuwe Hofweg (N209)' niet gevolgd. Door bemoeienis van de burgemeester van Bleiswijk is het tracé ter hoogte van de kern Kruisweg met tien meter naar het westen verschoven. Dit om hinder van het verkeer voor de bewoners van Kruisweg iets te beperken.

Tegen deze achtergrond hebben de rechtbank Rotterdam in de onteigeningskwesties betreffende de reconstructie van N209 en de rechtbank 's-Gravenhage in de onteigeningskwestie betreffende de N219 geoordeeld dat van een dwangbestemming geen sprake is. Bij het bepalen van de werkelijke waarde is dus rekening gehouden met de nieuwe verkeersbestemming. De Hoge Raad deelt de opvatting van de rechtbanken niet en overweegt in de arresten het volgende:

“De hiervoor geciteerde door de rechtbank in aanmerking genomen omstandigheden laten onverlet 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 [N X] ter plaatse van onder meer het onteigende en dat het bestemmingsplan in zoverre dan ook slechts is vastgesteld teneinde daarmee de juridisch-plaanologische 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 '[X]' in zoverre worden aangemerkt als behorende tot de in art. 40c, aanhef en onder 3<sup>a</sup>, bedoelde plannen zodat de waardeverminderende invloed daarvan bij de vaststelling van de werkelijke waarde van het onteigende buiten beschouwing zal moeten blijven.”

Omdat in deze overweging het woordje dwangbestemming ontbreekt, zijn sommige auteurs in de literatuur ervan uitgegaan dat de Hoge Raad afscheid zou hebben genomen van dat begrip. Zie in dit verband de noot onder het 9 juli-

arrest (LJN: BL1639) van E.W.J. de Groot (BR 2011, 11). De Groot is van oordeel dat de 9 juli-arresten duidelijk maken dat in de Markus-Matserleer niet de vraag centraal staat of het al dan niet gaat om een dwangbestemming, maar dat het erom gaat of het bestemmingsplan is aan te merken als het plan voor het werk als bedoeld in art. 40c aanhef en onder sub 3 Ontheigeningswet. De Groot wijst erop dat in de arresten het begrip 'dwangbestemming' niet wordt aangehaald. Het is aldus De Groot zeer wel denkbaar dat bestemmingsplannen die uit eigener beweging van de gemeente – dus als eigen en zelfstandige werkzaamheid – zijn vastgesteld kunnen worden weggedacht bij het vaststellen van de werkelijke waarde.

Zie verder de noot van E. van der Schans onder het 9 juli-arrest (LJN: BL1634, TBR 2010, 204), waarin hij heeft opgemerkt dat niet meer de dwang van hogerhand bepalend is voor het bepalen of eliminatie van de bestemming aan de orde is, maar het karakter van de overheidsplannen zelf. Ook de rechtspraak lijkt van een ommezwaai uit te gaan.

### De rechtspraak ná de 9 juli-arresten

Op 6 juli 2011 is door de rechtbank Arnhem (LJN: BR2030) uitspraak gedaan over de begroting van de schadeloosstelling. Onder verwijzing naar (een van de) de 9 juli-arresten wordt aangenomen dat voor de in het bestemmingsplan gegeven verkeersbestemming al een voldoende (concreet) plan bestond ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan en dat het bestemmingsplan in zoverre dan ook slechts is vastgesteld teneinde daarmee de juridisch-plaanologische onderbouwing en regeling te geven om de beoogde aanleg van het werk waarvoor onteigend werd mogelijk te maken. Als voldoende concreet plan is door de rechtbank aangenomen het verkeerscirculatieplan dat door de toenmalige gemeente Elst in januari 1980 is vastgesteld en het in november 2004 vastgestelde Gemeentelijk Mobiliteitsplan Overbetuwe 2003-2013. In dit mobiliteitsplan is de gehele verkeersafwikkeling van de kern Elst beoordeeld en worden suggesties gedaan voor aanpassingen aan de wegenstructuur binnen de gemeente. Een van de belangrijkste aanpassingen betreft de aanleg van een nieuwe verbindingsweg tussen het zuidelijk deel van de kern Elst en het bedrijventerrein de Aam; de Zuidtangent. In de toelichting bij het bestemmingsplan dat voorziet in de aanleg van de Zuidtangent is opgemerkt dat het bestemmingsplan is opgesteld om de aanleg van de Zuidtangent mogelijk te maken. Op basis van de 9 juli-arresten is de rechtbank Arnhem van oordeel dat vanwege art. 40c aanhef en onder 3 Ontheigeningswet de nadelige invloed van het bestemmingsplan op de waarde van het onteigende buiten beschouwing dient te blijven. Kortom, de door de gemeente zelf toegedachte verkeersbestemming wordt weggedacht. De rechtbank Arnhem komt op 7 december 2011 in een vergelijkbaar geval, binnen dezelfde gemeente tot eenzelfde oordeel. Deze uitspraak is niet gepubliceerd.

Ook de rechtbank Haarlem doet op 27 april 2011 (LJN: BQ5185) een uitspraak in het zakje, door het volgende te overwegen:



“2.8 Uit de hiervoor bedoelde recente jurisprudentie [de 9 juli-arresten, toevoeging CFvH] leidt de rechtbank af dat eventuele eliminatie op de voet van artikel 40c Ow, aanhef en onder 3e niet zozeer afhangt van de dwang van een hogere overheid, maar van het karakter van de overheidsplannen zelf. De rechtbank volgt de deskundigen in hun advies dat de vrijstelling van de bepalingen van het bestemmingsplan is verleend teneinde daarmee een juridisch-planologische onderbouwing en regeling te geven die de beoogde aanleg van het werk waarvoor onteigend wordt mogelijk moest maken. De rechtbank verbindt aan dit oordeel de conclusie dat voormelde jurisprudentie meebrengt dat de bestemming moet worden geëlimineerd en aan het onteigende – anders dan is geoordeeld in het vonnis van 7 juli 2010 – verwachtingswaarde toekomt.”

Ook het gerechtshof, waarnaar de kwestie die leidde tot het 9 juli-arrest (*LJN*: BN0763) is verwezen, lijkt het afscheid van de dwangbestemming te kunnen lezen in de 9 juli-arresten. In het arrest van 31 januari 2012 van het gerechtshof 's-Gravenhage (niet gepubliceerd) wordt het volgende overwogen:

“2.1 Bij het debat dat partijen ten overstaan van het hof hebben gevoerd is door [X] de nadruk gelegd op de rol van vooral de Provincie en in mindere mate het Rijk bij de plan- en besluitvorming die aan de vaststelling van het bestemmingsplan N209 vooraf is gegaan. Het hof gaat hieraan voorbij. In de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf wordt namelijk in het midden gelaten van welke overheid of overheden het al bestaande (concrete) plan afkomstig is. Het hof leidt hieruit af dat dat aspect niet van belang is.”

Op basis van de in de lagere rechtspraak ná de 9 juli-arresten gevolgde lijn moet worden geconstateerd dat ook de lucratieve bestemmingen dienen te worden weggedacht die hun ‘oorsprong’ kennen in bijvoorbeeld een structuurvisie. Aangezien dit eerder regel dan uitzondering is, staat deze nieuwe lijn haaks op de gedachte dat bestemmingen – in beginsel – niet dienen te worden geëlimineerd. Indachtig het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 1964 (*Nefabas/Noord-Brabant*) lijkt mij die ontwikkeling met de 9 juli-arresten dan ook niet beoogd.

### **De 9 juli-arresten voor tweërlei uitleg vatbaar**

Gezien de ná 9 juli 2010 gewezen rechtspraak lijken de 9 juli-arresten zo te worden uitgelegd dat de Hoge Raad een koerswijziging heeft ingezet. Het is de vraag of die uitleg helemaal strookt met de overige rechtsoverwegingen in de 9 juli-arresten. De rechtsoverweging van de Hoge Raad kan ook anders – minder verstrekkend – gelezen worden. Bij de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging uit de 9 juli-arresten verwijst de Hoge Raad naar de in de arresten geciteerde, door de rechtbanken in aanmerking genomen om-

standigheden. In de 9 juli-arresten betreffende de reconstructie van de N209, verwijst de Hoge Raad daarbij verder naar het uitvoerige feitenrelaas opgenomen in onderdelen 4.13.1 en 4.13.2 van de conclusie van de A-G mr. Wuisman. Waar het om gaat is dat uit die, door de Hoge Raad in aanmerking genomen omstandigheden blijkt dat de gemeentes weliswaar een rol hebben vervuld bij het tot stand komen van de reconstructieplannen, maar dat die rol een ondergeschikte is aan die van de provincie Zuid-Holland. In de kern komt het erop neer dat de gemeentes de inspanningsverplichting op zich hebben genomen om ten behoeve van de beoogde reconstructies van de provinciale wegen bestemmingsplannen vast te stellen. Bij het maken van afspraken hebben de gemeentes hun wensen kunnen uiten. Voorts is in de uitvoeringsovereenkomsten vastgelegd dat financiering en regie van de reconstructies bij de provincie liggen. Het lijkt erop dat de Hoge Raad met het ‘al bestaand (concreet) plan voor de reconstructie van de [NX]’ doelt op de uitvoeringsplannen die in gezamenlijkheid met de gemeentes zijn gemaakt, maar in overwegende mate zijn ingegeven van ‘hogere hand’. Het vaststellen van de bestemmingsplannen ten behoeve van de reconstructieplannen van de provinciale wegen is alsdan niet te beschouwen als eigen en zelfstandige werkzaamheid van de gemeentes, zodat de dwangbestemming – nog steeds – een gegeven is.

### **De wens is de vader van de gedachte**

Het kan zijn dat juist de wens van de in de hiervoor aangehaalde rechtspraak aangenomen koerswijziging de vader van de gedachte is. Vermeulen uit kritiek op de in de *Staat/Matser* en *Staat/Markus*-arresten uitgestippelde lijn (“*Matseren*” of niet, dat is de vraag: ontwikkelingen sinds Hoge Raad 22 november 1978 (*Staat/Matser*), *Warme grond*, Den Drijver van Rijckevorsel-bundel, Deventer: Kluwer, 2009, p. 79-84). Vermeulen verwijst daarbij naar de kritische kanttekeningen die De Vries Robbé reeds in 1980 plaatste bij het *Staat/Matser*-arrest in zijn preadvies (*De Vries Robbé*, J.G. ‘Actuele aspecten van onteigeningsrecht’, *Planschade en onteigening*, Deventer: Vereniging voor Bouwrecht, 1980, p. 165-170). Aldus Vermeulen vroeg De Vries Robbé zich af “of het gerechtvaardigd is onderscheid te maken tussen een waardeverminderende bestemming die het gevolg is van een beslissing op rijks- of provinciaal niveau en de situatie waarin de gemeente zelfstandig een waardeverminderende bestemming vaststelt en daarvoor onteigent”. Vanuit die gedachte zou een koerswijziging met de 9 juli-arresten te begrijpen zijn. Maar gezien de bestendige lijn die de Hoge Raad gedurende al die tijd na de arresten *Staat/Matser* en *Staat/Markus* heeft gevolgd wat betreft de toepassing van de *Markus-Matser*-leer, is dat evenwel niet logisch. Ook de gedachte dat de Hoge Raad met de 9 juli-arresten alvast een voorschot zou hebben genomen op de gevolgen van de per 1 juli 2008 in werking getreden Wet ruimtelijke ordening, vind ik niet steekhoudend. Per 1 juli 2008 zijn ook de provincies en het Rijk in het kader van een goede ruimtelijke ordening bevoegd algemeen verbindende voorschriften vast te stellen in de vorm van – onder meer – in-

passingsplannen. Deze 'hogere' overheden zijn (zelfstandig) bevoegd om op basis van de inpassingplannen tot onteigening over te gaan. Vooral nog is niet bekend hoe de Hoge Raad bij een dergelijke onteigening invulling aan de Markus-Matserleer zal geven. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad met de 9 juli-arresten op dit punt (nog) geen duidelijkheid willen geven. Dit enkel al vanwege het gegeven dat bij de desbetreffende kwesties die tot de 9 juli-arresten hebben geleid de Wet ruimtelijke ordening nog niet was in werking was getreden.

### Slotsom

Naar mijn mening leiden de 9 juli-arresten niet tot een koerswijziging en blijft de kwalificatie van dwangbestemming van belang voor het oordeel of de desbetreffende bestemming al dan niet in aanmerking dient te worden genomen bij de bepaling van de werkelijke waarde. Wel heeft de Hoge Raad een nuancering in de kwalificatie als dwangbestemming willen aanbrengen.

De Hoge Raad heeft met de 9 juli-arresten enkel verduidelijkt dat ondanks de rol van een gemeente bij de totstandkoming van een (concreet) plan voor een beoogde ruimtelijke ontwikkeling, waarvoor het desbetreffende bestemmingsplan fungeert als juridisch-planologische grondslag, toch sprake kan zijn van een dwangbestemming. Bij de beoordeling of sprake is van een dwangbestemming is van belang in hoeverre de beoogde ruimtelijke ontwikkeling is ingegeven door een 'hogere overheid'. Maar waar ligt dan nu de grens?

Als sprake is van een zuiver eigen en zelfstandige werkzaamheid van de gemeente tot het vaststellen van een bestemmingsplan, dan is – nog steeds – géén sprake van een dwangbestemming. Maar als de vaststelling van het bestemmingsplan enkel dient om de beoogde ruimtelijke ontwikkeling juridisch mogelijk te maken en de financiering van en de regie over de voorbereiding en uitvoering/realisatie van de beoogde ruimtelijke ontwikkeling in handen zijn van de 'hogere' overheid, verschiet de bestemming van kleur en kwalificeert – zo lees ik althans de 9 juli-arresten – de bestemming als dwangbestemming.

### Belang voor de praktijk

Ik realiseer me dat de hiervoor geschetste opvatting weinig steun vindt in de lagere rechtspraak van ná 9 juli 2010. Desondanks acht ik de opvatting, op basis van de in deze bijdrage uiteengezette argumenten, verdedigbaar. Tot het moment dat de Hoge Raad met een alles verhelderend oordeel komt, lijkt mij de poging om van twee walletjes te eten meer dan de moeite waard. Dit uiteraard naar gelang het aannemen van een dwangbestemming, die vervolgens dient te worden weggedacht, een gunstiger effect heeft op de hoogte van de werkelijke waarde van de in de onteigening betrokken onroerende zaken.