

QUICKSCAN INSTRUMENTARIUM WRO EN PLANSCHADE

In verband met de bestemmingsregeling
voor het centrumgebied van Ede.

Opdracht	3633640
Datum	oktober 2016
Adviseur	mr. drs. C.M.L. van der Lee KRMT
Referentie	2016-04 indirecte planschade

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING	3
1.1	Opdracht.....	3
1.2	Gesprek.....	3
1.3	Het gevraagde advies.....	3
2	WETGEVING EN JURISPRUDENTIE	4
2.1	Wet ruimtelijke ordening	4
2.2	Actualiteiten rechtspraak	5
3	INSTRUMENTARIUM WRO EN PLANSCHADERISICO	6
3.1	Inleiding.....	6
3.2	Instrumentarium ruimtelijke ordening	7
3.3	Alternatieven voor het instrumentarium van de Wet ruimtelijke ordening	12
4	MOGELIJKHEDEN TOT “REPARATIE” VAN PLANOLOGISCH NADEEL	13
5	VERGOEDBAARHEID	15
5.1	Inleiding.....	15
5.2	Passieve risicoaanvaarding	15
5.3	“Marsroute” passieve risicoaanvaarding	19
5.4	Normaal maatschappelijk risico	22
6	CONCLUSIES	24

1 INLEIDING

1.1 Opdracht

De gemeente Ede, nader te noemen: “opdrachtgever”, heeft de SAOZ te Rotterdam op 25 mei 2016 opdracht gegeven om een quickscan op te stellen met betrekking tot het instrumentarium van de Wet ruimtelijke ordening in relatie tot planschaderisico. Een en ander houdt verband met de bestemmingsregeling van het centrumgebied van Ede.

1.2 Gesprek

Het dossier is op 14 maart 2016 besproken met vertegenwoordigers van opdrachtgever, waarbij de heer R. Doorakkers fungeert als contactpersoon.

1.3 Het gevraagde advies

Het gevraagde advies behelst een bespreking van de verschillende instrumenten uit de Wet ruimtelijke ordening die in bestemmingsplannen kunnen worden gebruikt voor het bereiken van de door opdrachtgever gewenste situatie in het centrumgebied van Ede, en het planschaderisico dat verbonden is aan het gebruik van deze instrumenten. Er vindt derhalve geen individuele beoordeling van objecten plaats. Door het algemene karakter van het advies is een weergave van vigerende en/of gedachte bestemmingsplannen evenmin noodzakelijk. Wel bevat dit advies algemene overwegingen met betrekking tot het planschadestelsel, alsmede, gelet op de aard van het gevraagde advies, overwegingen met betrekking tot het voorkomen of beperken van (onnodig) planschaderisico.

2 WETGEVING EN JURISPRUDENTIE

De kern voor de beoordeling van het risico op planschade wordt gevormd door de planologische vergelijking. Deze bestaat uit de vergelijking tussen het huidige planologische regime en het nieuwe planologische regime. Voor deze vergelijking zijn de Wet ruimtelijke ordening en de rechtspraak over planschade van belang.

2.1 Wet ruimtelijke ordening

De mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een tegemoetkoming in de planschade is vastgelegd in de Wet ruimtelijke ordening. Het onderwerp planschade is geregeld in hoofdstuk 6 (Financiële bepalingen). Artikel 6.1 is het belangrijkste artikel omdat in dat artikel alle planschade veroorzakende oorzaken worden genoemd:

- a) Een bestemmingsplan, inpassingsplan of van een beheersverordening;
- b) Een bepaling van een planwijziging, een planuitwerking of nadere eis;
- c) Een omgevingsvergunning (Wet algemene bepalingen omgevingsrecht WABO) welke in strijd is met een plan;
- d) De aanhouding van een besluit omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning;
- e) Een specifieke bepaling van een provinciale verordening;
- f) Een specifieke bepaling van een exploitatieplan;
- g) Een bepaald koninklijk besluit.

Artikel 6.2 heeft betrekking op het normale maatschappelijke risico:

Lid 1: Binnen het normale maatschappelijke risico vallende schade blijft voor rekening van de aanvrager.

Lid 2: In ieder geval blijft voor rekening van de aanvrager:

- Van schade in de vorm van een inkomensderving, een gedeelte gelijk aan twee procent van het inkomen onmiddellijk voor het ontstaan van de schade;
- Van schade in de vorm van een vermindering van de waarde van een onroerende zaak, een gedeelte gelijk aan twee procent van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade, tenzij de vermindering het gevolg is van de bestemming van de tot de onroerende zaak behorende grond of van op de onroerende zaak betrekking hebbende regels als bedoeld in [artikel 3.1](#).

2.2 Actualiteiten rechtspraak

Aan de hand van rechterlijke uitspraken wordt de betekenis van de wetsartikelen die betrekking hebben op de tegemoetkoming in de planschade verder ingevuld. Wij houden de jurisprudentie wekelijks bij en wij leiden daaruit een juridisch kader af, waarbinnen de planologische vergelijking moet passen. De voor de risicoanalyse planschade belangrijkste criteria zijn:

- Bij de planologische vergelijking dient uit te worden gegaan van de maximale invulling van het “oude” en het nieuwe bestemmingsplan. Niet de oude en nieuwe feitelijke situatie van belang, maar dat wat op grond van de planologische regimes maximaal kon/kan worden gerealiseerd (bijv. ABRS 22 oktober 2014, gemeente Oss, zaaknummer 201310877/1/A1);
- Bij indirecte planschade worden situaties die ontstaan zijn vanuit het overgangsrecht, in beginsel buiten beschouwing gelaten. (Bijv. ABRS 28 maart 2007, Het Bildt, zaaknummer 200607004/1);
- De schade ontstaat op het moment dat de nieuwe maatregel in werking treedt. (Bijv. ABRS 10 november 2010, gemeente Son en Breugel, zaaknummer 201004620/1/H2);
- Planologische nadelen kunnen (geheel of gedeeltelijk) worden gecompenseerd met planologische voordelen die voortvloeien uit hetzelfde planologische regime (bijv. ABRS, 20 december 2006, Hogeveen, zaaknummer 200602817/1; ABRS 30 mei 2007, Valkenswaard, zaaknummer 200609350/1; ABRS 4 februari 2009, Nederweert, zaaknummer 200801775/1; ABRS 18 januari 2012, gemeente Schijndel, zaaknummer 201105634/1/H2);
- De actieve risicoaanvaarding dient te worden bepaald aan de hand van hetgeen een belanghebbende ten tijde van de aankoop van zijn woning kon weten (bijv. ABRS ABRS 29 februari 2012, gemeente Eijsden-Margraten, zaaknummer 201107348/1/A2 en ABRS 30 april 2014, gemeente Harderwijk, zaaknummer 201305155/1/A2);
- De actieve risicoaanvaarding moet worden gebaseerd op door de overheid openbaar gemaakte beleidsinformatie (bijv. ABRS 11 april 2012, Neerijnen, zaaknummer 201108251/1/A2 en ABRS 26 november 2014, Franekeradeel, zaaknummer 201400053/1/A2).

3 INSTRUMENTARIUM WRO EN PLANSCHADERISICO

3.1 Inleiding

Planologische nadelen en de daaruit voortvloeiende planschade kunnen betrekking hebben op zowel de aanwendingsmogelijkheden van het betrokken object, als ook de invloed op de omgeving van deze aanwendingsmogelijkheden.

Ten dezen wordt een onderscheid gemaakt in “directe” planschade en “indirecte” planschade. Van “directe” planschade is sprake indien een zakelijk gerechtigde tot een onroerende zaak wordt beperkt in de aanwendingsmogelijkheden (qua bebouwing en/of gebruik) van het eigen object (bijvoorbeeld verlies van bouwmogelijkheden of inperking gebruiksmogelijkheden t.a.v. het eigen object). In dit advies concentreren wij ons op deze vorm van planschade.

Het wegbestemmen van onbenutte bouw- en/of gebruiksmogelijkheden levert in beginsel een beperking van aanwendingsmogelijkheden, en daarmee planologisch nadeel op. Het specifieke karakter van de ingreep (inperking van de aanwendingsmogelijkheden) brengt een risico met zich mee op het ontstaan van nadeel, welke met name in de sfeer van “vermogenschade” ofwel waardevermindering is gelegen. Schade in de zin van “inkomensschade” is voor de eigenaren/exploitanten niet aan de orde, indien en voor zover zij de bestaande exploitatie “bij recht” ongewijzigd kunnen blijven voortzetten.

Schade in de zin van inkomensschade als gevolg van gemiste toekomstige inkomsten als gevolg van het wegvallen van (meer rendabele) gebruiksvormen valt niet onder de reikwijdte van het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht: zie o.a. ABRS 16 maart 2005 inzake "Wyckerveste" en ABRS 17 september 2008 inzake Amersfoort.

Alleen daar waar een profijtelijkere aanwending van een object kan worden bereikt tegen lagere kosten dan het daaruit te genereren voordeel, ontstaat een reëel gevaar op waardevermindering c.q. planschaderisico. Een en ander is afhankelijk van de staat en inrichting van het pand, de omgeving daarvan alsmede het “risicoprofiel” van de bestaande en “gewenste” exploitatievorm. Per object dient in het kader van een eventuele procedure ex artikel 6.1 Wro te worden beoordeeld, aan welke gebruiksvorm het object zijn hoogste waarde ontleent. Indien de hoogste waarde bereikt wordt door het feitelijke, door het nieuwe bestemmingsplan vast te leggen gebruik dat van de opstal wordt

gemaakt (bijvoorbeeld: “detailhandel”), dan zal het “wegbestemmen” van alternatieve aanwendungsmogelijkheden de facto niet leiden tot een lagere (beleggings)waarde. Het is derhalve zeer goed mogelijk dat omschakeling naar een andere gebruiksvorm niet “lonend” is, bijvoorbeeld door hoge verbouwingkosten die het veronderstelde hogere rendement overstijgen, of omdat de alternatieve aanwending een lager rendement genereert.

De inschatting van opdrachtgever dat detailhandel in zijn algemeenheid de meest rendabele in een centrumgebied is, kunnen wij onderschrijven. Niettemin zal per geval aan de hand van een beoordeling van de specifieke eigenschappen van het object beoordeeld moeten worden, waaraan het de hoogste waarde ontleent.

3.2 Instrumentarium ruimtelijke ordening

Voor het aanpassen van bestaande aanwendungsmogelijkheden in een nieuw bestemmingsplan kunnen meerdere uit de ruimtelijke ordening bekende rechtsfiguren worden aangewend. Wij zullen deze rechtsfiguren hierna bespreken op planschaderisico. Het betreft:

1. wegbestemmen onbenutte gebruiksvormen;
2. overgangsrecht;
3. uitsterfconstructies;
4. wijzigingsbevoegdheden.

Ad 1. Wegbestemmen

Daar waar gebruiksmogelijkheden onbenut gebleven zijn, kan een wijziging van het toegestane gebruik worden bereikt door de onbenutte gebruiksmogelijkheden niet meer in het nieuwe bestemmingsplan op te nemen. Het grote voordeel daarvan is uiteraard, dat het “doel” daarvan (reallocatie gebruik) ogenblikkelijk bereikt wordt, immers, onbenutte gebruiksmogelijkheden worden niet beschermd door overgangsrecht. Het nadeel van het instrument “wegbestemmen” is dat daardoor planschaderisico ontstaat in de gevallen, dat het object aan de vervallen aanwendungsmogelijkheden een “hogere waarde” ontleende dan aan de nieuw toegelaten gebruiksvorm (zie in dit verband paragraaf 3.1).

Het risico op het ontstaan van “vergoedbare” planschade kan mogelijk worden beperkt door het leerstuk van de “passieve risicoaanvaarding”. Dit leerstuk wordt besproken in hoofdstuk 7 van dit advies.

Ad 2. Overgangsrecht

Het verschil met “wegbestemmen” zoals hiervoor behandeld onder punt 1 is, dat overgangsrecht (als ook de nog te bespreken uitsterfconstructies) betrekking heeft op situaties dat het toegestane gebruik wèl gerealiseerd c.q. “benut” is. Indien het gemeentebestuur het bestaande gebruik van een perceel niet meer in overeenstemming acht met hetgeen uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening wenselijk is, dan kan zij er voor kiezen om het bestaande gebruik onder de werking van overgangsrecht te brengen. Het perceel krijgt dus de door het gemeentebestuur gewenste bestemming, doch het bestaande daarvan afwijkende gebruik mag op grond van het overgangsrecht worden voortgezet. Door het brengen onder overgangsrecht van bestaande (legale) bebouwing en/of gebruiksvormen wordt de intentie uitgesproken, dat binnen de planperiode van 10 jaar aan de met het nieuwe bestemmingsplan strijdige situatie een einde zal worden gemaakt, door aankoop dan wel onteigening.

Een nadeel van het louter onder overgangsrecht brengen is, dat het bestaande gebruik gerespecteerd moet worden en dus niet wijzigt, althans niet zolang de eigenaar en/of de exploitant het gebruik niet wijzigt. Het “doel” van de bestemmingswijziging (zijnde het daadwerkelijk beëindigen van de oude gebruiksvorm) wordt dus niet bereikt, tenzij met medewerking van de eigenaar/exploitant.

Een zeer groot nadeel van het onder overgangsrecht brengen van bestaande gebruiksvormen is voorts, dat het planschaderisico van een dergelijke ingreep groot is. Uit toepasselijke jurisprudentie blijkt, dat planschadevergoedingen van 20% van de maatgevende waarde wegens het onder overgangsrecht brengen van bestaand gebruik eerder regel dan uitzondering is. De reden hiervoor is met name gelegen in de onzekerheid over de bestemming van het gebruik: binnen de planperiode van 10 jaar kan immers door de gemeente actief op beëindiging van het gebruik aangestuurd worden.

Een aanvullend nadeel van het onder overgangsrecht brengen is, dat na 10 jaar – uitgaande van de omstandigheid dat niet is aangekocht of onteigend – de planwetgever een “probleem” krijgt: het voor een tweede maal in successie onder overgangsrecht

brengen (ofwel “continuering” van de overgangsrechtelijke status) stuit op zeer kritische jurisprudentie van de ABRS op dit punt.

Het onder overgangsrecht brengen van bestaande gebruiksvormen combineert dus meerdere nadelen: in de eerste plaats het feit dat het gebruik mag worden voortgezet, in de tweede plaats het ontstaan van een reëel en substantieel planschaderisico en in de derde plaats complicatie bij de eerstvolgende periodieke actualisering van het bestemmingsplan. Om deze reden verdient het instrument “onder overgangsrecht brengen” van bestaande gebruiksvormen niet de voorkeur en wij adviseren opdrachtgever dan ook hiertoe niet over te gaan..

Ad 3. Uitsterfconstructies

Een uitsterfconstructie behelst dat een bestaande gebruiksvorm weliswaar positief bestemd wordt, doch niet mag worden hervat indien het gebruik is beëindigd en is vervangen voor ander binnen de bestemming toegelaten gebruik, dan wel indien het gebruik meer dan een bepaalde periode (vaak: een jaar) onderbroken is geweest.

Een concreet voorbeeld van een uitsterfconstructie is opgenomen in het bestemmingsplan “Stadshaven Minerva” van de gemeente Amsterdam, meer in het bijzonder artikel 3.4 sub i van de planregels, luidende:

“Indien het gebruik van de onder h genoemde categorie 3.1 bedrijven gedurende minimaal één jaar is gestaakt, mogen deze niet meer ten behoeve van een categorie 3.1-bedrijf in gebruik worden genomen.”

Een uitsterfregeling heeft geen invloed op de bestaande exploitatie en derhalve evenmin op de positie van de exploitant van het in het pand gevestigde bedrijf. Daardoor leidt een uitsterfconstructie niet tot “inkomensschade” aan de zijde van de exploitant.

Een uitsterfregeling brengt echter wèl met zich mee, dat voor de eigenaar planologisch nadeel ontstaat. Alhoewel de uitsterfregeling met zich meebrengt dat het bestaande gebruik positief bestemd wordt en dus “bij recht” mag worden voortgezet, dient de eigenaar er voortaan rekening mee te houden dat hij de het bestaande gebruik niet “straffeloos” kan (doen) wijzigen in ander gebruik. Voorts ontstaat na een jaar leegstand de situatie dat het voorheen toegelaten gebruik niet meer mag worden hervat. De

(gegadigde) eigenaar zal dit risico tot uitdrukking brengen in een hoger risicoprofiel (in verband met leegstandsrisico) en daarmee een hogere rendementseis van de exploitatie, die in beginsel leidt tot een lagere waarde. In de planschadejurisprudentie is bevestigd dat een uitsterfconstructie “planologisch nadeel” veroorzaakt (zie bijvoorbeeld zie ABRS 15 juni 2005, gemeente Franekeradeel, zaak 200406908/1, waarin het ging om een uitsterfregeling met een periode van één jaar en ABRS 25 april 2012, gemeente Beek, zaak 201106837/1/A2, waarin een uitsterfperiode van drie jaar aan de orde was).

In de aangehaalde uitspraak “Beek” overwoog de ABRS:

“van belang (is) dat het object onder het nieuwe bestemmingsplan, evenals onder het oude bestemmingsplan het geval was, nog steeds voor kantoordoeleinden met een bedrijfsvloeroppervlakte inclusief bijgebouwen groter dan 150 m2 mag worden gebruikt, zij het dat de uitsterfclausule met zich brengt dat deze functie tot een bedrijfsvloeroppervlakte van 150 m2 wordt beperkt, indien deze gedurende ten minste drie jaren is gestaakt. Dat betekent dat de beperking van de maximale bedrijfsvloeroppervlakte een onzekere toekomstige gebeurtenis is.”

Een uitsterfconstructie maakt de planologische status van bebouwing en gebruik “minder sterk” dan een volwaardige positieve bestemming, doch is in planschadetechnisch opzicht op zijn beurt duidelijk te prefereren boven een situatie dat bebouwing en/of gebruiksvormen onder de werking van overgangsrecht zijn gebracht. Gecombineerd met het voordeel van een sterkere “grip” op bestemmingswijzigingen is het opnemen van uitsterfconstructies in voorkomende gevallen te overwegen. Wij adviseren opdrachtgever dan ook om in voorkomende gevallen van dit instrument gebruik te maken.

Ad 4. Wijzigingsbevoegdheden

Ten aanzien van wijzigingsbevoegdheden heeft te gelden, dat zij géén directe aanleiding kunnen vormen voor het ontstaan van planschade. Artikel 6.1 lid 2 bepaalt namelijk expliciet, dat een schadeoorzaak is: “een bepaling van een bestemmingsplan of inpassingsplan, niet zijnde een bepaling als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid”. Wijzigingsbevoegdheden blijven gelet op het voorgaande buiten de planologische vergelijking aangezien de oorspronkelijke bestemming, zolang deze niet gewijzigd is, onverkort van toepassing blijft. Het opnemen van een wijzigingsbevoegdheid in een bestemmingsplan kan op zichzelf beschouwd dus niet leiden tot het ontstaan van planschade; dit is pas het geval als de wijzigingsbevoegdheid daadwerkelijk wordt geëffectueerd door een wijzigingsplan.

Het opnemen van een wijzigingsbevoegdheid brengt wèl “voorzienbaarheid” van de planologische mutatie met zich mee, doch uitsluitend indien de schade wordt veroorzaakt door effectuering van de wijzigingsbevoegdheid. Een andere bijkomstigheid van de status van wijzigingsbevoegdheden is voorts, dat het “schrappen” daarvan niet leidt tot planschaderisico.

Louter beredeneerd vanuit planschadetechnisch perspectief is een wijzigingsbevoegdheid dus de meest “veilige” manier om aan te sturen op een gebruikswijziging. Daarmee is echter tegelijkertijd het grote nadeel van een wijzigingsbevoegdheid te duiden: het opnemen van een wijzigingsbevoegdheid wijzigt in beginsel de bestemming niet en het alsnog daadwerkelijk wijzigen van de bestemming vergt nadere besluitvorming (namelijk: toepassing van de wijzigingsbevoegdheid), die dan alsnog “planschadegevoelig” is. De systematiek van het hanteren van wijzigingsbevoegdheden lijkt daardoor met name geschikt voor gebruikswijzigingen die qua “urgentie” niet hoog op de gemeentelijke agenda staan, doch ten aanzien waarvan het gemeentebestuur niettemin een duidelijk signaal af wil geven. Wij adviseren opdrachtgever het instrument dus met name voor deze categorie gebruikswijzigingen te gebruiken.

Een bijzondere constructie is voorts de combinatie van een wijzigingsbevoegdheid en een uitsterfconstructie, zoals bijvoorbeeld opgenomen in het bestemmingsplan “Postcodegebied 1012” van de gemeente Amsterdam:

“3.7.4 Uitsterfregeling headshop, massagesalon, minisupermarkt, seedshop, seksinrichting, souvenirwinkel

Het dagelijks bestuur is bevoegd, overeenkomstig het bepaalde in artikel 3.6 van de Wet ruimtelijke ordening de bestemming 'Centrum - 1' met de aanduiding 'specifieke vorm van centrum - headshop toegestaan in de eerste bouwlaag' (...) te wijzigen in de bestemming 'Centrum - 1' zonder deze aanduiding(en) en voor zover:

- a. het gebruik overeenkomstig deze aanduiding(en) is gestaakt en één van de overige toegelaten functies binnen de bestemming is gerealiseerd of*
- b. het gebruik overeenkomstig deze aanduidingen voor de duur van tenminste één jaar feitelijk is gestaakt en geen van de overige toegelaten functies binnen de bestemming is gerealiseerd.”*

Het voordeel van deze combinatie is dat er geen sprake is van direct planschaderisico (het betreft immers een wijzigingsbevoegdheid), doch dat na het “vervullen” van de

voorwaarden (staking van het gebruik) vrij vlot een bestemmingswijziging kan worden doorgevoerd.

3.3 Alternatieven voor het instrumentarium van de Wet ruimtelijke ordening

Er zijn alternatieven voorhanden om te komen tot de door de gemeente gewenste situatie in het centrum van Ede. Opdrachtgever heeft zelf gewezen op het instrumentarium van de Leegstandwet (Leegstandverordening), op basis waarvan de gemeente aan zou kunnen sturen op functiewijziging c.q. benutting van leegstaand vastgoed. Zoals opdrachtgever zelf al aangeeft, zijn aan deze systematiek financiële nadelen en betrekkelijk hoge bestuurslasten verbonden (zoals het bijhouden van een register). In dat verband is van belang, dat een aantal jaren geleden de gemeente al eens geconstateerd heeft dat *“invoering van een leegstandsverordening zou leiden tot een omvangrijke nieuwe taak voor de gemeente waarvoor geen middelen beschikbaar zijn.”* Het ging in dit verband overigens om de aanpak van leegstaande kantoren.

Wij zien meer heil in de door opdrachtgever geopperde mogelijkheid van vrijwillige functiewijziging, bijvoorbeeld door herverkaveling en/of stimuleringsregelingen. In het geval in goed overleg gekomen wordt tot de gewenste wijziging, kan dit worden vastgelegd en “volgt” het bestemmingsplan als het ware de gemaakte afspraken, waardoor geen planschaderisico ontstaat.

4 MOGELIJKHEDEN TOT “REPARATIE” VAN PLANOLOGISCH NADEEL

Bij de reallocatie van gebruiksvormen kan het in beginsel voorkomen, dat daarbij gebruiksvormen komen te vervallen waarvan het gemeentebestuur achteraf (meestal in het kader van de behandeling van een ingediende aanvraag om tegemoetkoming in planschade) tot de conclusie komt dat daarvoor geen (althans niet een tegen een mogelijke schadevergoeding opwegende) ruimtelijke noodzaak aanwezig is. In dergelijke gevallen biedt het planschaderecht de mogelijkheid tot “reparatie” van de oude bestemming “in natura”.

De wettekst van artikel 6.1 Wro geeft aan dat het bij planschade moet gaan om schade, die niet “anderszins verzekerd is”. Indien en voorzover de schade op een andere wijze is vergoed, hoeft deze niet nog eens te worden vergoed. Een laatste modus van het “anderszins verzekerd zijn” van de schade is de sinds 2005 bestaande mogelijkheid, om de schade weg te nemen door de oude planologische situatie deels of geheel te herstellen, zoals uitgesproken in de op dit punt baanbrekende uitspraak ABRS 27 april 2005 “Raalte”, welke uitspraak betrekking had op “directe planschade”. Indien wordt voldaan aan bepaalde waarborgen en randvoorwaarden mag de gemeente in reactie op een planschadeclaim dus besluiten om de oude aanwendingsmogelijkheden te herstellen in plaats van een vergoeding in geld toe te kennen. Deze handelwijze is ook mogelijk indien de claimer een voorkeur heeft voor schadevergoeding in geld: dit doet aan de volwaardigheid van het te bieden alternatief niet af, aldus de ABRS.

Struikelblok voor een dergelijke wijze van schadevergoeding is, dat het systeem alleen “werkt” als de eigendomsverhoudingen tussentijds niet gewijzigd zijn. Indien voorafgaand aan de “reparatie” van het bestemmingsplan het getroffen object namelijk wordt verkocht en geleverd aan een derde, zal niet de vorige (getroffen) eigenaar profiteren van de “reparatie”, doch alleen de nieuwe eigenaar. Om deze reden is het al eens “misgegaan” bij een gedachte reparatie van aanwendingsmogelijkheden als alternatief voor een vergoeding in geld .

Een instructieve uitspraak tenslotte is ABRS 16 juli 2014 inzake Waalwijk, zaaknummer 201309494/1/A2. In deze uitspraak accordeert de ABRS compensatie in natura, mede omdat de gemeente in het planschadebesluit had opgenomen dat als “reparatie” niet mogelijk bleek, alsnog een vergoeding in geld zou volgen. De aanvrager vond dat niet

voldoende, maar de ABRS (anders overigens dan de rechtbank!) wel, getuige de overweging::

“Nu het college bij het besluit van 22 maart 2013 aan [appellant sub 2] ondubbelzinnig heeft toegezegd dat het hem, ingeval het bestemmingsplan "Herziening centrumgebied Waalwijk" niet in werking zou treden - wat ten tijde van evengenoemd besluit nog mogelijk was - een bedrag van € 39.500,00 ter zake van door hem als gevolg van de inwerkingtreding van het bestemmingsplan "Centrumgebied Waalwijk" geleden planschade zou toekennen, moet worden geoordeeld dat de tegemoetkoming in de planschade, als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, van de Wro, met voldoende zekerheid vast stond.”

5 VERGOEDBAARHEID

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk is in beginsel bestemd om het onderwerp vergoedbaarheid op hoofdlijnen te beoordelen. Gelet op de aard van de voorgestane ontwikkeling en het daaruit voortvloeiende planschaderisico (“directe planschade”) concentreren wij ons op de leerstukken van de “passieve risicoaanvaarding” en het “normaal maatschappelijk risico”.

5.2 Passieve risicoaanvaarding

Het beperken of wegnemen van bebouwings- en/of gebruiksmogelijkheden op gronden van een aanvrager kan directe planschade tot gevolg hebben. Indien dit het geval is dient te worden bezien of aanvrager gedurende langere tijd zijn mogelijkheden onbenut heeft gelaten, terwijl men op de hoogte was of kon zijn van de toekomstige nadelige ontwikkeling (het zogeheten “verwijtbaar stilzitten”).

Voor het tegen kunnen werpen van “passieve risicoaanvaarding” is blijkens jurisprudentie (o.a. ABRS 1 februari 2000, AB2000,444 inzake Ferweradeel, naar welke uitspraak door de Raad van State in voorkomende gevallen nog steeds wordt verwezen) niet vereist, dat de plannen om de bestaande mogelijkheden in te perken zodanig concreet waren dat betrokkene hiermee volledig rekening kon en moest houden: voldoende is dat sprake is van concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft, zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State herhaaldelijk overwogen, laatstelijk in de uitspraak ABRS 8 februari 2012 inzake Bergeijk, zaaknummer 201105961/1/A2.

In voormelde uitspraak “Bergeijk” is tevens een lange lijn van jurisprudentie bevestigd, dat de voortekenen van de planologische wijziging reeds enige tijd zichtbaar moeten zijn en dat geen grond voor het aannemen van passieve risicoaanvaarding bestaat indien onder het oude planologische regime een concrete poging is ondernomen tot realisering van de bouwmogelijkheden die onder het nieuwe planologische regime zijn komen te vervallen. Een belangrijke gevolgtrekking uit de aangehaalde uitspraak “Bergeijk” is tevens, dat in deze uitspraak de sinds 2009 bestaande lijn wordt voortgezet dat gedurende een periode dat sprake is van “voorbereidingsbescherming”, van een aanvrager niet verlangd mag worden dat hij een concrete poging doet om zijn aanwendingsmogelijkheden alsnog te benutten.

Belangrijk voor het kunnen tegenwerpen van “passieve risicoaanvaarding” is dat niet louter mag worden verwezen naar de leeftijd van het bestemmingsplan, dat de voor aanvrager profijtelijke bouw- of gebruiksmogelijkheden bevatte. De “ouderdom” van de vervallen bouw- of gebruiksmogelijkheden is weliswaar een belangrijke factor, maar mag niet de enige factor zijn, zo overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voor het eerst in de planschade-uitspraak van 11 mei 2000, BR2001/228 inzake Cranendonck. Deze lijn is nadien meermaals is bevestigd.

Er moet dus “meer” zijn dan alleen de leeftijd van het bestemmingsplan om passieve risicoaanvaarding tegen te kunnen werpen. Blijkens toepasselijke jurisprudentie (zie o.a. ABRS 18 januari 2006 inzake Enschede, ABRS 17 augustus 2005 inzake Bernheze en ABRS 14 april 2010 inzake Bloemendaal) dient voor het tegenwerpen van passieve risicoaanvaarding te zijn voldaan aan een aantal criteria. Samengevat dient sprake te zijn van:

1. kenbare én voldoende concrete aanwijzingen dat het regime in nadelige zin zou kunnen worden gewijzigd;
2. een zekere periode voor de eigenaar om, na het bekend worden van die voortekenen, alsnog de bestemmingen te realiseren of daartoe in elk geval voldoende concrete pogingen te ondernemen (een “benuttingsperiode”);
3. het achterwege gebleven zijn van een voldoende concrete poging om de aanwendingsmogelijkheden te benutten;
4. het niet aanwezig zijn van omstandigheden, die leiden tot een uitzondering op de verplichting tot het doen van een voldoende concrete benuttingspoging zoals bedoeld onder punt 3.

Ad 1: “kenbare en voldoende concrete aanwijzingen”

Onder “kenbare en voldoende concrete aanwijzingen” wordt verstaan: van overheidswege openbaar bekend gemaakte beleidsvoornemens waaruit voldoende concreet blijkt, dat aan de bestaande bouw- of gebruiksmogelijkheden zal kunnen worden gaan getornd. De jurisprudentie is op dit punt betrekkelijk streng: vage of algemene c.q. niet voldoende tot objectniveau herleidbare verwijzingen naar een toekomstige planologische regeling kunnen de toets der kritiek van de Raad van State niet doorstaan. De uitspraken ABRS 02

december 2009 inzake Waalwijk en ABRS 23 april 2008 inzake Nijmegen zijn hiervoor aansprekende voorbeelden.

Voorbeelden waarbij de Raad van State de aanwijzingen wèl voldoende concreet heeft geacht zijn o.a. ABRS 14 april 2010 inzake Bloemendaal (specifieke aanwijzingen voor inperking aanwendingsmogelijkheden landgoederen in provinciaal streekplan) en ABRS 12 november 2008 Hof van Twente (duidelijk omschreven restrictief beleid ten aanzien van niet-agrarische bedrijven in buitengebied in provinciaal streekplan). In de uitspraak ABRS 14 oktober 2009 inzake Echt-Susteren werd de terinzagelegging van een voorontwerpbestemmingsplan als voldoende concreet signaal aangemerkt.

Ad 2: “voldoende lange benuttingsperiode”

Wat betreft het criterium “voldoende lange benuttingsperiode” is de jurisprudentie nog in beweging c.q. nog niet helemaal uitgekristalliseerd. De lengte van de benuttingsperiode is blijkens de jurisprudentie mede afhankelijk van de aard van de teloorgegangene aanwendingsmogelijkheden: hoe “eenvoudiger” het is de mogelijkheden te realiseren, hoe korter de “benuttingsperiode” mag zijn.

In de uitspraak ABRS 10 november 2010 inzake Meerssen werd een termijn van bijna 10 maanden voor het ontplooiën van initiatieven voor het bouwen van een woning voldoende geacht. Een termijn van 3,5 maanden voor het indienen van een bouwaanvraag voor een tuinbouwbedrijf is daarentegen weer niet voldoende, zo blijkt uit de uitspraak ABRS 02 december 2009 inzake Waalwijk.

Zeer belangrijk is, dat na het bekend worden van de eerste “kenbare en voldoende concrete aanwijzing” gedurende de gestelde minimale benuttingsperiode geen sprake is geweest van voorbereidingsbescherming op grond van bijvoorbeeld een voorbereidingsbesluit of (daar waar het bouwen betreft) een ontwerpbestemmingsplan. Indien en voor zolang sprake is van “voorbereidingsbescherming”, kan de belanghebbende niet worden verweten dat hij geen initiatief heeft ondernomen aangezien de voorbereidingsbescherming er nu juist voor bedoeld is, de ontwikkeling uiteindelijk tegen te gaan, zie ABRS 11 februari 2009 inzake Eijsden, ABRS 02 december 2009 inzake Waalwijk en, zoals gememoreerd, ABRS 8 februari 2012 inzake Bergeijk.

Ter beperking van planschaderisico's kan het gemeentebestuur er voor kiezen om een voldoende lange "benuttingsperiode" te bewerkstelligen. Concreet betekent dit, dat wij adviseren om in het kader van de aankomende bestemmingsplanprocedure géén voorbereidingsbesluiten te nemen, althans niet voor zolang er nog geen voldoende lange "benuttingsperiode" is verstreken.

Ad 3: "voldoende concrete poging"

Onder "voldoende concrete poging" tot realisering van de aanwendingsmogelijkheden kan in de sfeer van het gebruik bijvoorbeeld worden gedacht aan het aanvragen van de voor de gewenste activiteit benodigde milieu- of exploitatievergunning, al dan niet in combinatie met een daarvoor mede benodigde aanvraag om omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen. Onder omstandigheden kan ook het indienen van een planologisch toetsbare "beginselaanvraag" die past binnen de bepalingen van het geldende bestemmingsplan als voldoende concrete benuttingspoging worden beschouwd, zo blijkt uit de uitspraak ABRS 12 augustus 2015 inzake Lansingerland.

Het indienen van een schetsplan en het laten beoordelen daarvan (in meerdere instanties zelfs!) door de gemeentelijke welstandscommissie is niet voldoende. In de uitspraak ABRS 17 juni 2009 inzake Someren werd het aanleggen van een gasleiding en het doen van bodemonderzoek als onvoldoende initiatief voor het oprichten van een tuinbouwbedrijf aangemerkt. In dit verband kan tevens worden opgemerkt, dat het indienen van een zienswijze tegen bijvoorbeeld een voorontwerpbestemmingsplan evenmin als "voldoende concrete poging" kan worden aangemerkt.

Blijkens toepasselijke jurisprudentie is niet van belang, of de aanvrager zich daadwerkelijk bewust is van het risico dat bij hem aanwezig was. Dit betekent, dat een eventuele onbekendheid van de aanvrager met zijn bouw- of gebruiksmogelijkheden in de risicosfeer van de aanvrager ligt. Van belang is voorts, dat "tegenzittende economische omstandigheden" evenmin afdoen aan de "passieve risicoaanvaarding", zie ABRS 9 september 2009 inzake Voorst. Voor zover sprake is van planschade als gevolg van het wijzigen of wegbestemmen van bouw- of gebruiksmogelijkheden, kan deze – als aan de gestelde criteria wordt voldaan – wegens passieve risicoaanvaarding voor rekening van de desbetreffende aanvrager worden gelaten, ongeacht of de betrokkene in economische zin al dan niet in staat is geweest, de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden te benutten.

Ad 4: “uitzondering op de verplichting tot het doen van een benuttingspoging”

Blijkens toepasselijke jurisprudentie kunnen zich feiten en omstandigheden voordoen die nopen tot het maken op een uitzondering op het beginsel, dat een voldoende concrete poging moet worden gedaan (ABRS 13 augustus 2014, Pijnacker Nootdorp, ABRS 16 maart 2011, Enschede en ABRS 26 maart 2014, Texel). In de zaak “Pijnacker-Nootdorp” ging het om de situatie dat de eigenaar “niet vrijelijk over zijn object kon beschikken” omdat het object bij derden in gebruik was op basis van pacht. In de zaak “Texel” betrof het een eigenaar/gebruiker van een bedrijfspand waarvan volgens de rechter niet kon worden gevergd dat deze de eigen exploitatie in het pand zou staken teneinde het object tegen een hogere huurwaarde aan derden te gaan verhuren.

Indien aan alle voorwaarden voor het aannemen van passieve risicoaanvaarding is voldaan, en er géén uitzondergronden aanwezig zijn, kan de planschade-aanvraag geheel worden afgewezen. Er bestaat dan dus géén aanspraak op een tegemoetkoming.

5.3 “Marsroute” passieve risicoaanvaarding

Uit de vorige paragraaf kan een “marsroute” worden afgeleid voor het doen ontstaan van passieve risico-aanvaarding, die er als volgt uit zou kunnen zien.

1. Zo snel mogelijk een concreet signaal naar buiten brengen (openbaar bekend maken) dat de bestaande planologische situatie zal worden aangepast en dat de bestaande onbenutte aanwendingsmogelijkheden zullen vervallen. Een vooraankondiging ex artikel 1.3.1 Bro is hiervoor een bruikbaar instrument;
2. Zo snel mogelijk daarna een voorontwerp-bestemmingsplan ter inzage leggen waarin het onder sub 1 genoemde voornemen is verwerkt;
3. Géén voorbereidingsbesluit nemen en een voldoende lange benuttingsperiode in acht nemen voordat een ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd. Gelet op de complexiteit van een eventueel (bouw)plan voor functiewijziging lijkt ons een periode van minimaal een half jaar aanbevelenswaardig;
4. Na de benuttingsperiode het ontwerpbestemmingsplan ter inzage leggen en verder de planologische procedure volgen.

Hierna werken wij de stappen verder uit.

Stap 1: publicatie concreet signaal

Als eerste signaal kan worden gekozen voor een vooraankondiging ex artikel 1.3.1 Bro, waarin het voornemen tot het wegbestemmen van onbenutte aanwendingsmogelijkheden openbaar bekend wordt gemaakt..

De vooraankondiging zou er als volgt uit kunnen zien.

Vooraankondiging o.g.v. art 1.3.1 Bro

Het college maakt overeenkomstig artikel 1.3.1. van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) bekend, dat het een (een herziening van het) bestemmingsplan voorbereidt voor gronden gelegen in het centrumgebied van Ede. (optioneel doch aanbevelenswaardig: "het betreft het gebied zoals aangegeven op onderstaande afbeelding").

Inhoud bestemmingsplan

Het uitgangspunt van het nieuwe bestemmingsplan is het vastleggen van de bestaande situatie ten aanzien van zowel de bebouwing, als het gebruik dat daarvan wordt gemaakt. Eigenaren dienen er rekening mee te houden dat in het nieuwe bestemmingsplan thans bestaande doch onbenutte bouwmogelijkheden en mogelijkheden voor functiewijziging deels of geheel worden wegbestemd.

Voorontwerpbestemmingsplan

Het voorontwerpbestemmingsplan wordt naar verwachting medio <datum> gedurende zes weken ter inzage gelegd op het gemeentehuis. Gedurende de termijn van terinzagelegging kunnen inspraakreacties worden ingediend. De kennisgeving van de terinzagelegging van het voorontwerpbestemmingsplan wordt medio <datum> gepubliceerd in <huis-aan-huis blad> en op de website www.ede.nl.

Voor meer informatie over deze vooraankondiging kunt u contact opnemen met <naam contactambtenaar> van de afdeling Ruimtelijke Ordening, tel. <nr>. Op grond van artikel 1.3.1, lid 2 Bro wordt hier gemeld dat geen gelegenheid wordt geboden zienswijzen omtrent dit voornemen naar voren te brengen en dat er geen onafhankelijke instantie in de gelegenheid wordt gesteld advies uit te brengen over dit voornemen.

Ede, <datum>

Burgemeester en wethouders van Ede,
De secretaris, De burgemeester,

Overigens is het zetten van deze eerste stap niet verplicht; er kan ook voor worden gekozen om met stap 2 te beginnen. Een nadeel daarvan is, dat de periode tussen het ter

inzage leggen van het voorontwerp-bestemmingsplan en het ontwerpbestemmingsplan langer moet zijn.

Stap 2: terinzagelegging voorontwerp-bestemmingsplan

Zo spoedig mogelijk na de publicatie van de vooraankondiging dient een voorontwerp-bestemmingsplan ter inzage te worden gelegd en dient daarvan op de gebruikelijke wijze mededeling te worden gedaan. Het is niet verplicht om de bekendmaking van de terinzagelegging rechtstreeks te zenden naar de eigenaren van het plangebied, maar verboden is het zeker niet.

Stap 3: benuttingsperiode in acht nemen

Eerder hebben wij overwogen, dat een benuttingsperiode van tenminste een half jaar in acht zou moeten worden genomen, vooraleer “voorbereidingsbescherming” ontstaat. Deze “voorbereidingsbescherming” vangt aan indien een voorbereidingsbesluit wordt genomen of op het moment dat het ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd. Het ter inzage leggen van een ontwerpbestemmingsplan brengt voorbereidingsbescherming met zich mee voor ingrepen, die omgevingsvergunningplichtig zijn (zijnde de activiteit bouwen). Gebruikswijzigingen die zonder omgevingsvergunning kunnen worden gerealiseerd zijn ook na het ter inzage leggen van het ontwerpbestemmingsplan mogelijk. Voor deze categorie wijzigingen loopt de benuttingsperiode na de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan dus door tot aan de inwerkingtreding van het bestemmingsplan.

Zoals eerder gesteld raden wij het (vroegtijdig) nemen van een voorbereidingsbesluit af.

Een en ander betekent, dat met de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan dient te worden gewacht tot minimaal een half jaar na publicatie van de vooraankondiging. Indien besloten zou worden om deze stap over te slaan (in welk geval het voorontwerp-bestemmingsplan als “eerste concreet signaal” moet worden beschouwd), dan dient tussen de terinzagelegging van het voorontwerp-bestemmingsplan en de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan de gestelde voldoende lange benuttingsperiode van een half jaar zonder voorbereidingsbescherming te zitten.

Stap 4: planologische procedure vervolgen

Deze laatste stap bestaat uit het ter inzage leggen van het ontwerpbestemmingsplan, waardoor voorbereidingsbescherming ontstaat. Het is essentieel om tot vaststelling van het bestemmingsplan over te gaan binnen de daartoe door de Wro voorgeschreven termijn van 12 weken (artikel 3.8 lid 1 sub e), omdat na deze termijn de voorbereidingsbescherming van het ontwerpbestemmingsplan vervalt, en op eventuele aanvragen om omgevingsvergunning die ingediend zijn tijdens een periode van voorbereidingsbescherming beslist moet worden. Het opnieuw nemen van een voorbereidingsbesluit biedt in deze gevallen geen soelaas.

5.4 Normaal maatschappelijk risico

Ingevolge artikel 6.2 lid 1 Wro blijft schade voor rekening van de aanvrager indien en voor zover deze het maatschappelijk risico niet overstijgt. Bij indirecte planschade bedraagt het maatschappelijk risico forfaitair volgens artikel 6.2 lid 2 Wro “in ieder geval” 2% van de maatgevende waarde van het getroffen object op de peildatum (vermogensschade), dan wel 2% van het inkomen (inkomensschade). Van de schade is alleen het “meerdere” boven de forfaitaire drempel vergoedbaar. De “2%-regeling” is niet van toepassing op “directe planschade”.

In de al eerder aangehaalde uitspraak ABRS 13 augustus 2014 “Pijnacker-Nootdorp” bevestigt de ABRS dat het leerstuk van het normaal maatschappelijk risico óók van toepassing is op “directe planschade”, namelijk via de weg van artikel 6.2, lid 1 Wro. De ABRS overweegt dienaangaande:

“Artikel 6.1, eerste lid, van de Wro heeft, anders dan artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, geen betrekking op een vergoeding van schade, maar op een tegemoetkoming in de schade. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 5 september 2012 in zaak nr. 201113115/1/T1/A2), moet de vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling, als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro, tot het normale maatschappelijke risico behoort, worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang is onder meer of de planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd, waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden, in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. In dit verband komt betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde planologische beleid past. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de

afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel.”

Hoe het “normaal maatschappelijk risico” van invloed is op de vergoedbaarheid van de schade, is afhankelijk van een nog te verrichten afweging. Tot op heden zijn er nog geen uitspraken bekend waarin ten aanzien van “directe planschade” een eindoordeel over het “normaal maatschappelijk risico” is gegeven. Een duidelijke vingerwijzing dat bij directe planschade niet lichtvaardig mag worden aangenomen dat het normaal maatschappelijk risico van grote invloed is op de vergoedbaarheid van directe planschade, is te vinden in de uitspraak ABRS 2 maart 2016 “Deurne”.

6 CONCLUSIES

Ten aanzien van de in dit advies behandelde onderwerpen zijn de navolgende conclusies te trekken:

1. de reallocatie van commerciële functies in het centrumgebied gaat in beginsel gepaard met een risico op het ontstaan van “directe planschade” voor de eigenaren van de in het gebied gelegen objecten. Het gaat dan met name om “vermogenschade” ofwel waardevermindering;
2. bij het redigeren van het nieuwe bestemmingsplan kunnen verschillende instrumenten worden ingezet. Het onder overgangsrecht brengen van bestaande gebruiksvormen heeft niet de voorkeur. Alternatieven daarvoor zijn uitsterfconstructies en wijzigingsbevoegdheden, al naar gelang de aard en “urgentie” van de bestemmingswijziging;
3. Het planschaderecht biedt, onder voorwaarden zoals ongewijzigde eigendomsverhoudingen, ruimte voor het vergoeden van planschade, anders dan in geld;
4. het stelsel van de “passieve risicoaanvaarding” biedt mogelijkheden voor het beheersen van planschaderisico’s;
5. op “directe planschade” is het leerstuk van het “normaal maatschappelijk risico” van toepassing, doch hiermee zijn in de praktijk nog geen ervaringen opgedaan met betrekking tot de reikwijdte daarvan.

Rotterdam, 21 oktober 2016



mr. drs. C.M.L. van der Lee KRMT
Directeur