

**RISICOANALYSE PLANSCHADE
(second opinion)**

met betrekking tot de voorgenomen
inperking van mogelijkheden voor
commerciële verhuur van woningen in het
gebied "Tramdyk West".

Opdracht
Datum
Adviseur

3738020
mei 2018
mr. drs. C.M.L. van der Lee KRMT

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING	3
1.1	Opdracht.....	3
1.2	Ontvangen stukken en geraadpleegde bronnen	3
2	WETGEVING EN JURISPRUDENTIE	4
2.1	Wet ruimtelijke ordening	4
2.2	Actualiteiten rechtspraak	5
3	PLANGEBIED EN ACHTERGRONDEN	6
4	PLANOLOGIE	7
4.1	Vigerende planologie	7
4.2	Nieuwe planologie	8
5	BEOORDELING PLANSCHADERISICO	10
6	OVERWEGINGEN RISICOAANVAARDING.....	13
6.1	Beoordeling actieve risicoaanvaarding	13
6.2	Beoordeling passieve risicoaanvaarding.....	13
7	MOGELIJKHEDEN BEPERKING PLANSCHADERISICO	20
8	MOGELIJKHEDEN TOT VERGOEDING ANDERS DAN IN GELD.....	22
9	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN.....	23

1 INLEIDING

1.1 Opdracht

De gemeente De Fryske Marren, nader te noemen: “opdrachtgever”, heeft de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken, hierna afgekort tot SAOZ, verzocht om een risicoanalyse planschade uit te brengen met betrekking tot de voorgenomen bestemmingswijziging van woningen in het gebied “Tramwyk West”, waarbij in essentie de mogelijkheden voor commerciële verhuur als recreatiewoning worden beperkt. Het gevraagde advies betreft een second opinion op een door kantoor Langhout & Wiarda uitgebrachte risicoanalyse. Van de zijde van de SAOZ is het dossier in behandeling bij de heer mr. drs. C.M.L. van der Lee KRMT.

1.2 Ontvangen stukken en geraadpleegde bronnen

Ten behoeve van het opstellen van dit advies hebben wij de volgende stukken ontvangen c.q. geraadpleegd:

- De uitvraag en de door opdrachtgever gegeven toelichting;
- Relevante delen van het vigerende bestemmingsplan “Tramdyk-West 2004”;
- Voorontwerpbestemmingsplan “Lemmer - Binnen De Rondweg En Tramdyk West 2016”
- Risicoanalyse van kantoor Langhout & Wiarda d.d. 9 mei 2017;
- Marktinformatie.

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](#).

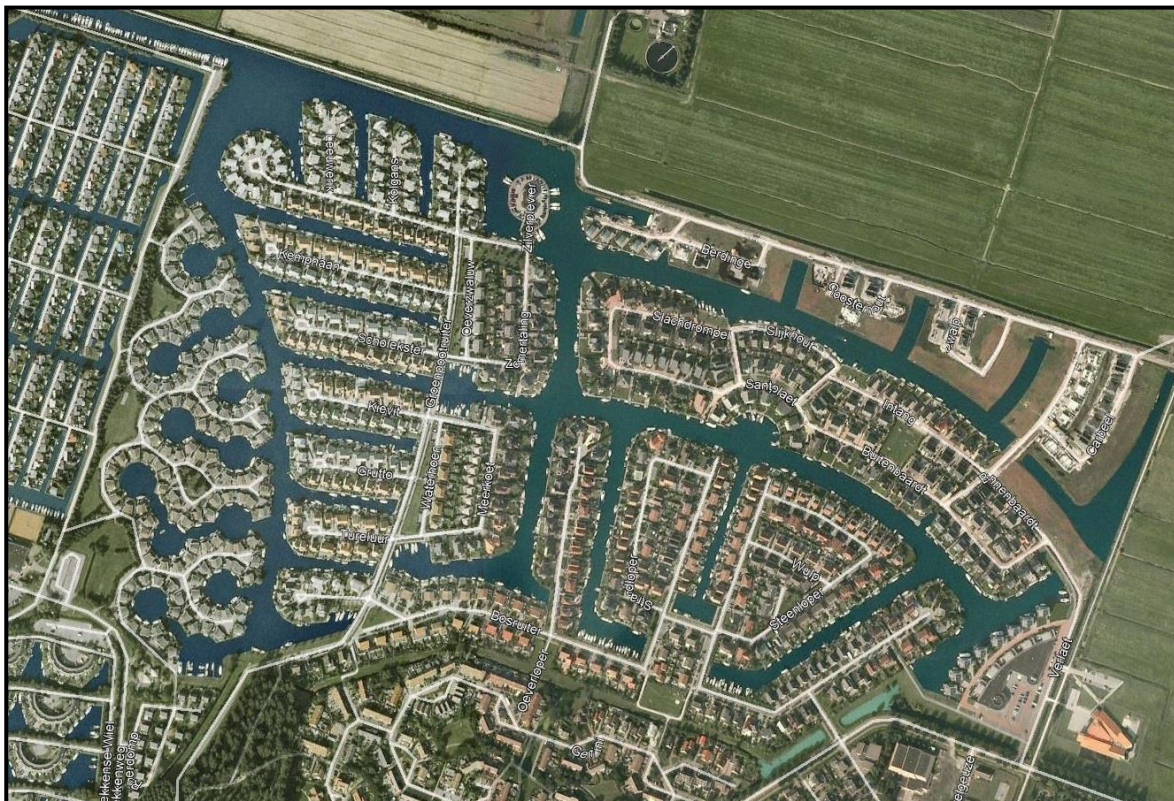
2.2 Actualiteiten rechtspraak

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, Hoogeveen, 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 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 PLANGEBIED EN ACHTERGRONDEN

Het plangebied betreft een deel van de woonwijk Tramwyk-West, waarbinnen blijkens de stukken circa 235 woningen gelegen zijn.



Het betreft woningen die permanent bewoond mogen worden en in veel gevallen ook als zodanig worden gebruikt, doch ook recreatief gebruik hoort tot de mogelijkheden en een aantal woningen wordt voor dit doel commercieel verhuurd, hetzij rechtstreeks door de eigenaar, hetzij via een intermediair.

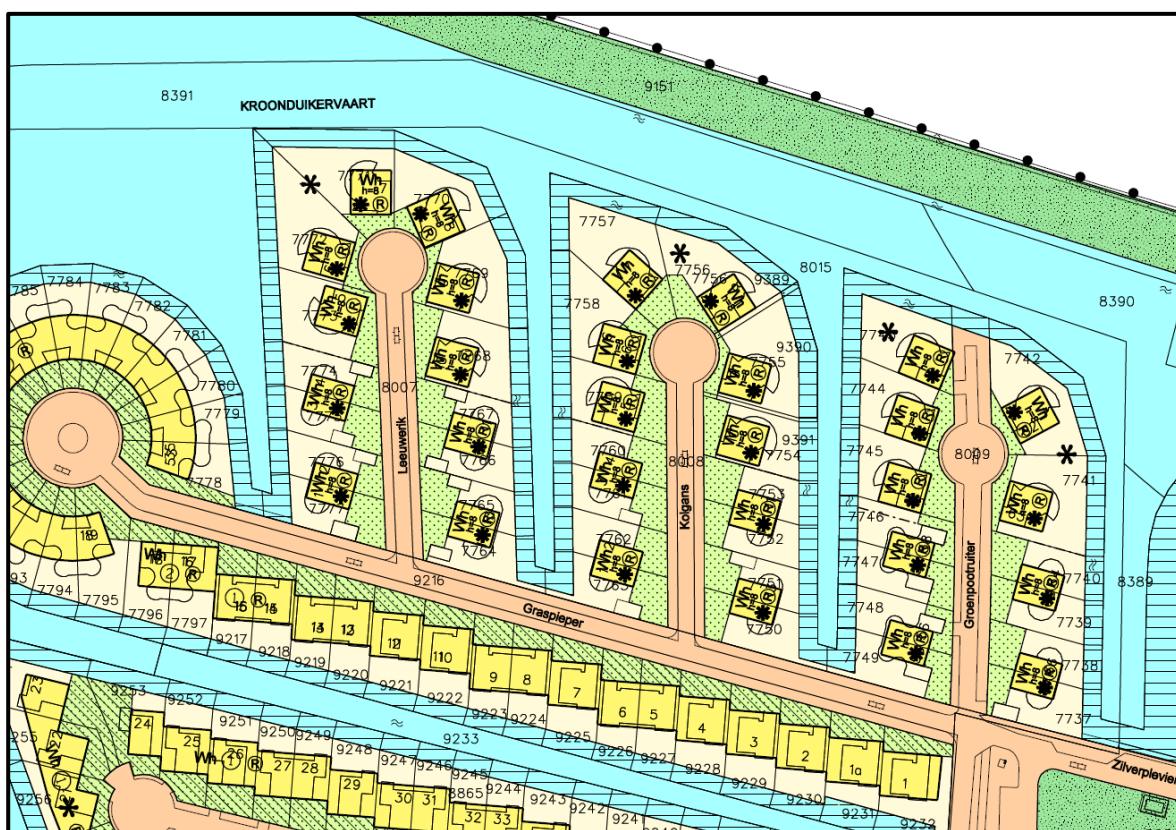
Opdrachtgever is verzocht om commerciële verhuur van woningen aan banden te leggen in verband met de door betrokkenen als negatief ervaren gevolgen daarvan, welke kort samengevat neerkomen op een “gebrek aan sociale cohesie”.

In de risicoanalyse van kantoor Langhout & Wiarda wordt de mogelijk daaruit voortvloeiende planschade begroot op een bedrag van € 7.000.000,--.

4 PLANOLOGIE

4.1 Vigerende planologie

Het vigerende bestemmingsplan vormt, samen met eventuele vrijstellingen en/of ontheffingen, bij de beoordeling van aanvragen om tegemoetkoming in planschade de basis voor de te maken planologische vergelijkingen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de maximale mogelijkheden van het vigerende planologische regime. Op het plangebied is momenteel van toepassing het bestemmingsplan "Tramdyk-West 2004".



Figuur 1: fragment plankaart vigerend bestemmingsplan

De woningen binnen het plangebied hebben de bestemming "Woonhuizen". De doeleindenomschrijving van deze bestemming luidt:

"Gronden op de kaart aangewezen voor "woonhuizen" zijn bestemd voor permanente bewoning van woonhuizen, alsmede indien en voor zover de gronden zijn aangeduid met "recreatieve bewoning toegestaan" voor recreatieve bewoning, met daarbij behorende

gebouwen, andere-bouwwerken - met uitzondering van constructies voor het in en uit het water tillen van boten - en erven.”

Het is verboden gronden of opstallen te gebruiken of te laten gebruiken op een wijze of tot een doel, strijdig met de in het plan aan de grond gegeven bestemming. Onder strijdig gebruik als hiervoor bedoeld wordt in ieder geval verstaan: het gebruik van voor permanente bewoning bestemde woonhuizen ten behoeve van recreatieve bewoning.

De aanduiding “recreatieve bewoning toegestaan” betreft het symbool ®; deze aanduiding is van toepassing op 226 woningen binnen het plangebied. Het begrip “recreatiewoning” wordt in de voorschriften gedefinieerd als “een gebouw dat periodiek dient voor recreatief (nacht)verblijf voor recreanten, die hun hoofdverblijf elders hebben”. Deze definitie sluit bedrijfsmatige exploitatie niet uit.

4.2 Nieuwe planologie

Opdrachtgever heeft verzocht om voor de invulling van het nieuwe planologische regime als referentie aan te houden de verzoeken, die de gemeente hebben bereikt met betrekking tot de bedrijfsmatige verhuur van recreatiewoningen binnen het plangebied. De 98 verzoeken zijn grotendeels gelijklopend en luiden als volgt:

“Hierbij verzoekt ondergetekende om in het nieuwe bestemmingsplan Tramdyk West een verdere aanscherping van de nevenbestemming Recreatief met als doel de voortgaande commerciële verhuur in onze wijk tot staan te brengen.

Momenteel worden er naar schatting ca. 20 van de 232 huizen bedrijfsmatig door commerciële verhuurders verhuurd.

Ik wil benadrukken dat ik naast de Woonbestemming de Recreatieve bestemming wens te behouden, maar dat ik mij zorgen maak over leefbaarheid, eventuele overlast, het ontstaan van een spookwijk en vooral de waardedaling van mijn huis.

Conform artikel 3.1.2 sub 3 van Besluit Ruimtelijke ordening hebt u de mogelijkheid om regels aan te brengen ter wering van dreigende en tot stuiting van reeds ingetreden achteruitgang van de woon- of werkomstandigheden in en het uiterlijk aanzien van het in het plan begrepen gebied.

Ik verzoek u mijn verzoek mee te willen nemen in de voorontwerpfase van Bestemmingsplan Tramdyk West en mij op de hoogte te houden van verdere ontwikkelingen.”

In essentie wordt derhalve gevraagd om een verbod op commerciële exploitatie van de in het plangebied aanwezige woningen door derden, dan wel door eigenaren die de woning niet zelf permanent bewonen. Daarvan onderscheiden moet worden wat de bewoners blijkens de zienswijze als “niet commerciële” verhuur zien, namelijk het verhuren van de woning aan recreanten als men zelf niet aanwezig is.

Wij stellen op voorhand vast, dat wij ons niet kunnen voorstellen hoe een dergelijke regeling er uit zou moeten c.q. kunnen zien. Een recreatieve bestemming veronderstelt namelijk een commerciële functie waarbij verhuur niet is uit te sluiten (hetgeen overigens ook geldt voor “gewone” woningen!). Wij vermogen derhalve niet in te zien hoe in de regels van een bestemmingsplan een onderscheid gemaakt zou kunnen worden door een eigenaar die zijn woning verhuurt, dan wel dat dit door – of met tussenkomst van – een bedrijf wordt gedaan. In dit verband merken wij wel op, dat onze expertise zich met name richt op de waardering van vastgoed en de waardering van de gevolgen planologische mutaties. Wellicht ware op dit punt daarom een gericht advies in te winnen bij een juridisch specialist op dit terrein.

Het tegengaan van commerciële verhuur als recreatiewoning kan volgens onze inschatting alleen worden bereikt door de gehele recreatieve bestemming van de woningen te halen, maar dat is blijkens de inhoud van de zienswijzen nu juist niet de bedoeling. In het hierna volgende gaan wij uit van de fictie, dat het nieuwe bestemmingsplan komt te luiden zoals de 98 betrokken eigenaren dit geregeld wensen te zien.

Kort samengevat komt het nieuwe planologische regime er dan op neer, dat bedrijfsmatige exploitatie van recreatiewoningen niet meer wordt toegestaan. Wij gaan er daarbij wel van uit, dat bestaande exploitatie van recreatiewoningen door derden (het betreft volgens de stukken circa 20 woningen) bij recht mogelijk blijft, bijvoorbeeld door middel van een daartoe strekkende functieaanduiding of door middel van een bijlage bij de planregels, waarin de betrokken woningen worden genoemd. Het onder overgangsrecht brengen van de bestaande exploitatie heeft namelijk geen enkele zin, nu in dat geval de bestaande exploitatie onverkort mag worden voortgezet en de gemeente met het onder overgangsrecht brengen van bestaand gebruik aangeeft, binnen de planperiode van 10 jaar een einde aan het gebruik te maken, hetgeen alleen mogelijk is door aankoop c.q. onteigening, hetgeen naar onze overtuiging niet de bedoeling zal zijn.

5 BEOORDELING PLANSCHADERISICO

In de huidige planologische situatie mogen de betrokken 226 woningen zowel voor permanente bewoning als voor recreatieve bewoning worden gebruikt. In de nieuwe planologische situatie komt het bedrijfsmatig recreatieve gebruik van 206 van de 226 woningen te vervallen (de bestaande recreatieve exploitatie van 20 woningen mag, zo veronderstellen wij, “bij recht” worden voortgezet). Aangezien onder de vigeur van het huidige planologische regime meer aanwendingsmogelijkheden toegelaten zijn dan in het nieuwe planologische regime (bedrijfsmatige exploitatie van recreatiewoningen door derden komt immers te vervallen), leidt de door de eigenaren voorgestane mutatie in beginsel tot planologisch nadeel, en daarmee tot planschaderisico.

In de door kantoor Langhout & Wiarda wordt het nadeel via een vergelijking van huurwaarden globaal becijferd op € 4.000,-- per woning per jaar, zijnde het verschil tussen te genereren huur bij permanente bewoning (€ 12.000,-- per jaar) en te genereren huur bij recreatieve bewoning (€ 16.000,-- per jaar). Wij beschikken niet over concrete huurbedragen, maar op voorhand komt deze globale inschatting van kantoor Langhout en Wiarda ons niet als onrealistisch voor.

Langhout en Wiarda rekent vervolgens met een uit het onteigeningsrecht afkomstige kapitalisatiefactor 10 en een rekenrente van 3%, leidend tot een waardedaling per woning van € 30.000,--. Langhout & Wiarda gaan voorts uit van 235 getroffen objecten met een bijbehorend planschaderisico van € 7.000.000,-- (maal € 30.000,-- = € 7.050.000,--).

Alhoewel ook wij rekening houden met het ontstaan van planschaderisico, zien wij meerdere redenen om van een beduidend lager bedrag uit te gaan. Wij overwegen daartoe als volgt.

1. Aantal getroffen woningen

In de eerste plaats gaan wij er van uit, dat het geen 235 woningen betreft, maar maximaal 206, nu 226 woningen van een aanduiding ® zijn voorzien en bij 20 woningen de bestaande exploitatie bij recht zal mogen worden voortgezet. Voorts nemen wij in aanmerking, dat van de eigenaren van de 206 resterende woningen 98 eigenaren de gemeente expliciet om het treffen van de maatregel hebben verzocht. Uit toepasselijke planschadejurisprudentie blijkt, dat degene die de gemeente verzoekt om het treffen van

een planologische maatregel geen aanspraken kan laten gelden op de uit de gevraagde mutatie voortvloeiende planschade. Een en ander blijkt expliciet uit de uitspraak ABRS 23 december 2015, Maasdriel, ECLI:NL:RVS:2015:3934, waarin de ABRS overweegt:

“De planologische wijziging in verband waarmee [appellant] om een tegemoetkoming in schade heeft verzocht, is aldus louter ten behoeve van zijn initiatief vastgesteld en heeft betrekking op zijn perceel. Onder deze omstandigheden komt de schade - indien al geleden - redelijkerwijs niet op grond van artikel 6.1 van de Wro voor vergoeding in aanmerking en dient deze voor rekening van de aanvrager te blijven. Dit betekent dat, voor zover [appellant] schade heeft geleden, deze schade niet voor een tegemoetkoming in aanmerking komt. Gelet hierop heeft het college de aanvraag van [appellant] terecht, met toepassing van artikel 6.1.3.1, eerste lid, van het Bro, als kennelijk ongegrond afgewezen.”

Uitgaande van deze “lijn” kunnen de 98 betrokken eigenaren die de gemeente om wijziging van het bestemmingsplan hebben verzocht, geen aanspraak maken op de door de maatregel te veroorzaken schade. Aldus resteren (206-98 =) 108 eigenaren die mogelijk wel aanspraak zouden kunnen maken.

2. Wijze van schadeberekening

De berekening van Langhout & Wiarda lijkt gebaseerd te zijn op een inkomensschadeberekening waarbij uitgegaan is van een eigenaar/exploitant, waarbij inderdaad doorgaans factor 10 wordt aangehouden om de jaarlijkse inkomensderving te vertalen naar een totale schade. In het onderhavige geval lijkt ons, gelet op de aard van de maatregel en de aard van de schade, veeleer een benadering vanuit het aspect “vermogensschade” ofwel “waardevermindering” voor de hand te liggen. Inkomensschade is namelijk alleen aan de orde indien en voor zover daadwerkelijk sprake is van bedrijfsmatige exploitatie (die overigens zal mogen worden voortgezet) en het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht biedt geen ruimte voor het vergoeden van inkomensschade uit een nog niet aangevangen exploitatie. In gevallen als deze dient derhalve te worden onderzocht wat de mogelijke vermogensschade (ofwel: waardevermindering) is.

Bij de waardering van bedrijfsmatig vastgoed op basis van een huurwaardebenadering c.q. huurwaardekapitalisatiemethode is niet alleen de te genereren huur per jaar van belang, doch tevens het aanvangsrendement c.q. “Yield”. In dat verband overwegen wij, dat permanente verhuur van een woning aan één huurder doorgaans tot een duidelijk lager aanvangsrendement leidt dan recreatieve verhuur aan steeds wisselende huurders. Hierna

zullen wij dit globaal inzichtelijk maken aan de hand van een sterk vereenvoudigde berekening, waarbij wij de door Langhout & Wiarda genoemde jaarhuren als uitgangspunt zullen aanhouden.

BAR METHODE: verhuur als permanent bewoonde woning		
Totale huurprijs per jaar	12.000	
Bruto aanvangsrendement	6,5	
Factor	15,4	
Waarde		184.800
Correctie kosten koper 7%	0,9345794	
Waarde na correctie k.k.		172.710
Afronding		290
Marktwaarde		173.000

BAR METHODE: verhuur als recreatiewoning		
Totale huurprijs per jaar	16.000	
Bruto aanvangsrendement	8	
Factor	12,5	
Waarde		200.000
Correctie kosten koper 7%	0,9345794	
Waarde na correctie k.k.		186.915
Afronding		85
Marktwaarde		187.000

Uit voorgaande berekeningen volgt een te verwachten waardeverschil van € 15.000,-- in plaats van een door Langhout & Wiarda per woning aangehouden bedrag van € 30.000,--.

Al met al is het “bruto” planschaderisico naar onze mening globaal te kwantificeren door het aantal in aanmerking te nemen objecten (108) te vermenigvuldigen met € 15.000,-- =:

€ 1.620.000,--

6 OVERWEGINGEN RISICOAANVAARDING

6.1 Beoordeling actieve risicoaanvaarding

Het is bestendige jurisprudentie dat ten aanzien van de vergoedbaarheid van de geleden schade het aspect van risicoaanvaarding ten tijde van aankoop van de onroerende zaak een rol kan spelen. In algemene zin kan worden gesteld dat indien voor de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan of een besluit sprake is geweest van door de overheid openbaar gemaakte beleidsvoornemens, waarin de ontwikkeling is opgenomen, (bijvoorbeeld een structuurplan, een voorbereidingsbesluit of een ter inzage gelegd bestemmingsplan) voorzienbaarheid in beginsel kan worden tegengeworpen, indien deze informatie voor aankoop van het object van aanvrager kenbaar was.

Het gaat daarbij specifiek om de voorzienbaarheid van de planologische mutatie op de in het geding zijnde gronden. Algemene beleidsmatige ontwikkelingen of stukken leiden niet (snel) tot het specifiek voorzienbaar worden van een planologische wijziging. In het onderhavige geval zijn geen concrete aanwijzingen voor de inperking van aanwendingsmogelijkheden te destilleren uit de publicatie van het voorontwerpbestemmingsplan.

Van “actieve risicoaanvaarding” is momenteel dus nog geen sprake; deze kan pas ontstaan na het moment dat het voornemen tot wijziging van de bestemming van overheidswege openbaar bekend is gemaakt.

6.2 Beoordeling 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 gezien 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, zoals 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, zonder dat er redenen zijn om dit niet in de risicosfeer van de eigenaar te laten.

Uit de jurisprudentie volgen wat betreft het aspect “voldoende concrete benuttingspoging” nog een aantal specifieke voorwaarden:

- het moet gaan om pogingen tot benutting van de bestaande planologische mogelijkheden en niet iets anders (ABRS 21 augustus 2013, Kollumerland en Nieuwkruisland);
- het moet gaan om pogingen tot benutting binnen de benuttingsperiode. Pogingen daarvoor en daarna zijn niet relevant (ABRS 28 augustus 2013, Dordrecht);
- een bouwvergunningaanvraag die binnen de benuttingsperiode wordt ingediend maar die later wegens onvolledigheid buiten behandeling gesteld wordt is niet voldoende (ABRS 10 november 2010, Veghel);
- er kunnen zich feiten en omstandigheden voordoen die nopen tot het maken van een uitzondering op het beginsel, dat een voldoende concrete poging moet worden gedaan (ABRS 13 augustus 2014, Pijnacker Nootdorp en ABRS 16 maart 2011, Enschede, ABRS 26 maart 2014, Texel).

De criteria worden hierna beschreven; gezien wordt in hoeverre aan de criteria wordt voldaan (of kan gaan worden voldaan).

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 wél 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 en ABRS 1 november 2017 inzake Apeldoorn werd de terinzagelegging van een voorontwerpbestemmingsplan als voldoende concreet signaal aangemerkt.

In het onderhavige geval is nog geen sprake van voldoende concrete aanwijzingen, dat aan de bestaande gebruiksmogelijkheden zal worden getornd. Aan het eerste criterium “voldoende concrete aanwijzing” wordt nog niet voldaan; een wijze om dit te bewerkstelligen – zou opdrachtgever daarvoor kiezen – is het ter inzage leggen van een nieuw voorontwerpbestemmingsplan of een aangepast ontwerpbestemmingsplan.

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 teloorgegane aanwendingsmogelijkheden: hoe “eenvoudiger” het is de mogelijkheden te realiseren, hoe korter de “benuttingsperiode” mag zijn.

In de uitspraak ABRS 19 december 2012 inzake Cromstrijen werd een termijn van bijna 7 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. Nadere jurisprudentie zal het criterium “voldoende lange benuttingsperiode” verder inhoud moeten geven.

Zeer belangrijk is, dat na het bekend worden van de eerste “kenbare en voldoende concrete aanwijzing” gedurende de gestelde 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, recentelijk ABRS 8 februari 2012 inzake Bergeijk.

Wij menen dat een periode van minimaal 6 maanden voldoende zou moeten zijn om te komen tot een initiatief tot het bedrijfsmatig doen verhuren van een woning, er van uitgaande dat tussentijds géén voorbereidingsbesluiten worden genomen die een verbod tot wijziging van het gebruik behelzen.

Ad 3: “voldoende concrete poging”

Onder “voldoende concrete poging” tot realisering van de aanwendingsmogelijkheden kan blijkens de jurisprudentie (zie ABRS 14 april 2010 inzake Bloemendaal, ABRS 10 november 2010 inzake Meerssen en ABRS 27 juli 2011 inzake Oostzaan) in de sfeer van het bouwen worden beschouwd: een aanvraag om een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen. Ook het indienen van een “planologisch toetsbare beginselaanvraag” kan al voldoende zijn, zo blijkt uit de uitspraak ABRS 12 augustus 2015, Lansingerland. In de sfeer van het gebruik, hetgeen in dit geval aan de orde is, lijkt ons het sluiten van een overeenkomst met een commerciële verhuurder aan te merken als een voldoende concreet initiatief.

In dit verband kan tevens worden opgemerkt, dat het indienen van een zienswijze tegen bijvoorbeeld een voorontwerpbestemmingsplan niet als “voldoende concrete poging” kan worden aangemerkt (zie de eerder aangehaalde uitspraken ABRS 19 december 2012, Cromstrijen en ABRS 1 november 2017, Apeldoorn). 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.

Uitzonderingen op het stelsel van passieve risicoaanvaarding

Er kunnen zich feiten en omstandigheden voordoen die nopen tot het maken van een uitzondering op het beginsel, dat een voldoende concrete poging moet worden gedaan. Deze feiten en omstandigheden liggen vaak in de eigendomssfeer (ABRS 13 augustus 2014, Pijnacker Nootdorp en ABRS 16 maart 2011, Enschede): het gaat dan om de omstandigheid, dat de gerechtigde “niet vrijelijk over het object kon beschikken”, bijvoorbeeld door vruchtgebruik (casus “Enschede”) of erfpacht (casus “Pijnacker-Nootdorp”), mits uiteraard ten tijde van de beslissing tot het vestigen van het vruchtgebruik of het erfpachtsrecht het nadeel nog niet voorzienbaar was. Ook kan met het oog op een bestemmingswijziging niet “zomaar” een bestaande huurovereenkomst worden opgebroken of beëindigd. De ABRS is derhalve van mening dat onder die omstandigheden de gevolgen van het “verzwaren” van de eigendom niet in de risicosfeer van de aanvrager liggen.

Conclusies passieve risicoaanvaarding

Zowel aan het vereiste van een “voldoende concreet signaal” als een “voldoende lange benuttingsperiode” wordt nog niet voldaan, maar dat zou in beginsel in de hand gewerkt kunnen worden door het publiceren van een voldoende concreet geformuleerd beleidsvoornemen en het bieden van een voldoende lange benuttingstermijn, zodat het leerstuk van de passieve risicoaanvaarding in voorkomende gevallen een mitigerende werking kan hebben op het planschaderisico.

Een belemmering voor het aannemen van passieve risicoaanvaarding kan aanwezig zijn in de gevallen dat de betrokken woning op permanente basis is verhuurd. De eigenaar/verhuurder kan dan namelijk “niet vrijelijk over het object beschikken”.

In het advies van Langhout & Wiarda wordt ten aanzien van het aspect “passieve risicoaanvaarding” het volgende overwogen:

“Anderzijds kan ook de opvatting gehuldigd worden dat het gebruik voor zowel permanente bewoning als voor recreatieve bewoning in die combinatie de hoogste waarde genereert. Omdat beide gebruiksmogelijkheden niet tegelijkertijd kunnen worden verzilverd, van verwijtbaar stilzitten is geen sprake, zal als gevolg van de beoogde planologische wijziging planschade optreden vanwege verlies aan verhuurbaarheid. Mijns inziens dient deze laatste benadering voor juist worden gehouden”.

Deze passage lijkt ons in strijd te zijn met de conclusie van Langhout & Wiarda, dat sprake zal zijn van lagere huurinkomsten met daaruit voortvloeiende inkomensschade indien de maatregel wordt doorgevoerd. Immers, indien permanente bewoning en recreatieve bewoning (al dan niet in combinatie) “dezelfde hoogste waarde” zou genereren, dan is van waardevermindering geen sprake.

7 MOGELIJKHEDEN BEPERKING PLANSCHADERISICO

De meest recente wetswijziging van artikel 6.1 Wro dateert van 25 april 2013. Het bij deze gelegenheid toegevoegde lid 6 van artikel 6.1 Wro luidt:

“Schade als gevolg van een bepaling als bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.6, eerste lid, onder c, of artikel 3.38, derde of vierde lid, wordt eerst vastgesteld op grond van een krachtens die bepalingen genomen besluit.”

De wetgever beoogt met deze bepaling te regelen, dat een aanspraak op tegemoetkoming in planschade wegens het “achter een afwijkingsbevoegdheid zetten” van bouw- of gebruiksmogelijkheden pas ontstaat indien vruchteloos om toepassing van de afwijkingsbevoegdheid is verzocht. De planschade wordt op deze wijze dus als het ware “voorwaardelijk”. Alhoewel deze bedoeling van de wetgever niet rechtstreeks uit de wettekst is af te leiden, is de Memorie van Toelichting op het nieuwe artikellid glashelder en verwacht wordt, dat de rechter dienovereenkomstig zal gaan beslissen. In de Memorie van Toelichting wordt het navolgende overwogen over “directe planschade”:

“De redactie van de huidige regeling lijkt erop te duiden dat bij het vergelijken van het oude bestemmingsplan met het nieuwe bestemmingsplan de in het bestemmingsplan geregelde mogelijkheid voor het afwijken altijd buiten beschouwing moet worden gelaten. Maar dat kan bij directe schade (de eigenaar van een perceel leidt schade, omdat zijn eigen bouwmogelijkheden ingeperkt worden) tot een ongewenste uitkomst leiden. Dat is het geval, als een bestemmingsplan een deel van de bouwrechten van het oude bestemmingsplan onder een afwijkingsregeling brengt. Als die afwijkingsmogelijkheid buiten beschouwing wordt gelaten, dan wordt in zo’n geval de conclusie getrokken dat er schade is, omdat de bouwmogelijkheden zijn ingeperkt, terwijl er als de omgevingsvergunning voor het afwijken verleend wordt feitelijk geen schade is. Hetzelfde geldt voor een aanlegvergunningstelsel: de schade kan pas concreet worden bepaald als de vergunning geweigerd wordt of als er voorwaarden aan de vergunning verbonden worden.

Met het nieuwe zesde lid van artikel 6.1 wordt ondubbelzinnig duidelijk dat schade als gevolg van een bepaling die slechts een bevoegdheid geeft tot een nader besluit, pas bepaald wordt nadat een besluit, gebruik makend van die bevoegdheid, is genomen. Regels

in een bestemmingsplan waarbij is aangegeven dat daarvan bij omgevingsvergunning kan worden afgeweken, leiden dus pas eerst tot planschade nadat een beslissing is genomen omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een uit te werken bestemming met een daaraan gekoppeld bouwverbod. Er kan in zo'n geval pas schade vastgesteld worden als er is uitgewerkt of als met omgevingsvergunning van het bouwverbod is afgeweken.”

Het voorgaande betekent, dat bij “directe planschade” in deze systematiek pas sprake kan zijn van een aanspraak op planschadevergoeding, indien de toepassing van een op de aanwendingsmogelijkheden betrekking hebbende afwijkingsbevoegdheid is geweigerd.

Naast een behoorlijk “filter” op het aantal potentiële planschadeclaims (in de gevallen dat van de afwijkingsbevoegdheid gebruik wordt gemaakt ontstaat geen recht op planschadevergoeding) wordt het indieningsmoment van een potentiële aanvraag in tijd verschoven: de betrokkene zal eerst om toepassing van de afwijkingsbevoegdheid moeten verzoeken vooraleer hij, na afwijzing daarvan, een aanvraag om tegemoetkoming in planschade kan indienen.

Indien opdrachtgever zou besluiten de gedachte bestemmingsplanwijziging door te voeren zou opdrachtgever in overweging kunnen nemen om alternatieve vormen van recreatief gebruik – bijvoorbeeld in de vorm van commerciële verhuur – mogelijk te maken c.q. te laten door middel van een daartoe strekkende afwijkingsbevoegdheid. Het nadeel daarvan is, is dat een en ander beleidsmatig wellicht moeilijk te onderbouwen is. Immers, in verband met de “leefbaarheid” van de woonwijk wordt een specifieke keuze gemaakt die nadien na toepassing van de afwijkingsbevoegdheid weer (deels) ongedaan gemaakt zou kunnen worden. Niettemin heeft het instrument, louter gezien vanuit planschadetechnisch perspectief, de hiervoor geschetste voordelen.

8 MOGELIJKHEDEN TOT VERGOEDING ANDERS DAN IN GELD

Het planschaderecht biedt mogelijkheden om planschade op een andere wijze dan in geld te vergoeden, bijvoorbeeld door “reparatie” van de oude bestemmingen. Artikel 6.1.3.4 Bro biedt bestuursorganen de mogelijkheid om de schadebeoordelingscommissie hierover te laten adviseren. Het komt regelmatig voor dat aanvragers aangeven alleen te opteren voor een vergoeding in geld, doch dit is blijkens toepasselijke jurisprudentie (ABRS 27 april 2005, Raalte) niet maatgevend aangezien dit aan de gelijkwaardigheid van het geboden alternatief niet afdoet, aldus de ABRS in de aangehaalde uitspraak “Raalte”.

Een instructieve uitspraak op dit terrein is de uitspraak ABRS 16 juli 2014, Waalwijk, zaaknummer 201309494/1/A2. In deze uitspraak accordeert de ABRS compensatie in natura, mede omdat de gemeente in het planschadebesluit op had genomen dat als “reparatie” niet mogelijk bleek, alsnog een vergoeding in geld zou volgen. De aanvrager vond dat niet voldoende, maar de ABRS wel. Uit de uitspraak citeren wij:

“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.”

Concreet geven wij opdrachtgever in overweging, om daar waar sprake blijkt te zijn van vergoedbare planschade, de schadebeoordelingscommissie te verzoeken om aan te geven hoe de planschade anders dan in geld kan worden vergoed, bijvoorbeeld door de betrokken objecten de bestemming terug te geven die zij op basis van het oude bestemmingsplan hadden. Daarmee zal de schade, voor zover deze voor tegemoetkoming in aanmerking zou komen, geheel anderszins verzekerd zijn. Wij adviseren in dit verband tevens in de betreffende planschadebesluiten op te nemen, dat indien de “reparatie” zoals hiervoor omschreven niet mogelijk zou blijken (of indien daar niet voor wordt gekozen), dat (alsnog) een tegemoetkoming wordt toegekend tot het door de schadebeoordelingscommissie bepaalde bedrag.

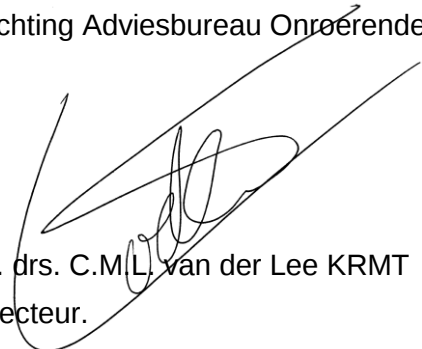
Opgemerkt zij wel, dat deze wijze van “repareren in natura” alleen mogelijk is indien ten tijde van het nemen van het planschadebesluit de aanvrager nog eigenaar is van de getroffen onroerende zaak.

9 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Op basis van voorgaande overwegingen trekken wij de volgende conclusies en komen wij tot de volgende conclusies en aanbevelingen:

1. Het planschaderisicoprofiel van de gedachte nieuwe planologische regeling voor de betrokken woningen in het gebied Tramwyk-West, uitgaande van de fictie dat het bestemmingsplan gewijzigd kan worden zoals 98 eigenaren dat wensen, is te stellen op “substantieel” met een daaruit voortvloeiend planschaderisico, dat door ons op basis van een zeer globale en vereenvoudigde berekening is geschat op € 1.620.000,- en daarmee beduidend lager dan de inschatting van Langhout & Wiarda, maar nog steeds “substantieel”.
2. Het leerstuk van de passieve risicoaanvaarding zal naar verwachting in voorkomende gevallen mitigerende werking op het planschaderisico kunnen hebben indien de daartoe nodige stappen zijn genomen, maar er kunnen zich ook gevallen voordoen waarbij deze mitigerende werking niet aanwezig is omdat de eigenaar “niet vrijelijk over het object kan beschikken”;
3. Het opnemen van een afwijkingsbevoegdheid voor het alsnog wijzigen van het gebruik kan een mitigerend effect op het planschaderisico hebben;
4. Het planschaderecht biedt mogelijkheden om, daar waar toch vergoedbare planschade ontstaat, deze op een andere wijze dan in geld te vergoeden.

Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken,



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