

Flexibiliteitsbepalingen en planschadevergoeding: het spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid

*G.M. van den Broek*¹

Aanleiding

Al jaren geven Co van Zundert en ik (met veel genoegen) de Verdiepingscursus Planschadevergoeding voor SSR. In de ochtend leg ik aan de cursisten het wettelijke systeem van de planschadevergoeding uit en in de middag bespreekt Co de planschadejurisprudentie. In de meeste gevallen zijn we het inhoudelijk eens, maar over de rol van de flexibiliteitsbepalingen bij de planvergelijking in de (nieuwe) Wro verschillen we van mening. Dit leidde soms tot verwarring bij cursisten die in het ochtendprogramma een andere opvatting hoorden dan in het middagprogramma.

Inmiddels is er jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, met name over de rol van de ongebruikte flexibiliteitsbepalingen in de planvergelijking. In deze bijdrage bespreek ik de recente jurisprudentie en zal ik enige aanbevelingen doen voor de toekomst.

2. Doel van de flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan

Artikel 3.6 Wro biedt een aantal instrumenten om flexibiliteit in een bestemmingsplan aan te brengen. In het bestemmingsplan kunnen bepalingen worden opgenomen die aan het college van BenW de bevoegdheid toekennen om met inachtneming van bij het plan te geven regels en binnen bij het plan aan te geven grenzen de bestemming te wijzigen, om in een omgevingsvergunning af te wijken van bij het plan aan te geven regels, dan wel aan BenW de verplichting opleggen een bestemming met inachtneming van de uitwerkingsregels uit te werken.² De bepalingen van een bestemmingsplan geven aan welke bouw- en gebruiksmogelijkheden van gronden en opstellen maximaal zijn toegestaan. De gemeenteraad heeft met het bestemmingsplan een beslissing genomen over de planologische aanvaardbaarheid van de verschillende bouw- en gebruiksmogelijkheden. Gebruik van

¹ Bertie van den Broek is universitair docent bij het Centrum voor Omgevingsrecht van de Universiteit Utrecht.

² Een beschrijving van de flexibiliteitsinstrumenten is te vinden in Van Buren e.a., *Hoofdstuk 10* Ruimtelijk bestemmingsplan, Deventer: Kluwer, 2000, p. 101-103.

gronden en opstellen dat past binnen de bestemming en waarvoor geen voorafgaande toestemming is vereist, kan zonder meer worden gestart. Het bestemmingsplan biedt voorts een juridisch bindend normatief toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor bouwen (art. 2.1 lid 1 onder a jo art. 2.10 Wibo). De flexibiliteitsbepalingen bieden, binnen van te voren vastgestelde grenzen, de mogelijkheid om in een concreet geval af te wijken van bepaalde regels in het bestemmingsplan of de keuzes over de planologische toelaatbaarheid van concrete ruimtelijke ontwikkelingen op een later tijdstip te wijzigen of nader in te vullen. Voorwaarde is wel, dat in het bestemmingsplan voorschriften zijn opgenomen die een voldoende objectieve begrenzing geven aan het gebruik van de flexibiliteitsinstrumenten.

De flexibiliteitsbepalingen in het bestemmingsplan bieden het gemeentebestuur aldus meer mogelijkheden om zonder een tijdrovende herziening van het bestemmingsplan in te spelen op nieuwe ontwikkelingen of gewijzigde omstandigheden. Dit komt een slagvaardig ruimtelijk beleid ten goede, maar staat op gespannen voet met de behoefte aan rechtszekerheid van de burger. De mogelijkheden die de flexibiliteitsbepalingen bieden, kunnen immers niet worden verwezenlijkt, voordat een wijzigings- of uitwerkingsplan is vastgesteld of een omgevingsvergunning is verleend. En, anders dan bij de omgevingsvergunning voor bouwen, kennen de flexibiliteitsbepalingen geen gebonden maar discretionaire bevoegdheden toe aan BenW. De inhoud van het besluit wordt niet gedictieerd door de wet, maar is het resultaat van een nadere beoordeling en/of belangenafweging door BenW.³ De eigenaar of gebruiker van gronden en/of opstellen kan er derhalve niet vast op rekenen dat alle gunstige mogelijkheden die de flexibiliteitsbepalingen bieden ook daadwerkelijk kunnen worden verwezenlijkt. Omwonenden kunnen bovendien niet altijd voorspellen tot welke resultaten de flexibiliteitsbepalingen in een concrete situatie zullen leiden. Dit spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid is te herkennen in de planschadejurisprudentie. In deze bijdrage zal ik beschrijven op welke wijze in het planschaderecht met dit spanningsveld wordt omgegaan.

3. Flexibiliteitsbepalingen onder artikel 49 WRO (oud)

3.1 De planvergelijking

Zowel artikel 49 WRO (oud) als artikel 6.1, tweede lid, Wro bevatten een limitatieve opsomming van schadeoorzaken, die aanleiding kunnen geven tot planschadevergoeding. De flexibiliteitsbepalingen werden onder artikel 49 WRO niet zelfstandig genoemd als schadeoorzaak maar werden geschaard onder "de bepalingen van een bestemmingsplan".

³ C.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, (diss. Universiteit Utrecht) Deventer: Kluwer 2002, p. 94-95.

Dat betekent dat onder artikel 49 WRO de flexibiliteitsbepalingen in het bestemmingsplan werden aangemerkt als de schadeoorzaak.

Om vast te stellen of schade is geleden door een nieuw bestemmingsplan, dient volgens vaste jurisprudentie een vergelijking te worden gemaakt van de bouw- en gebruiksmogelijkheden onder het nieuwe bestemmingsplan en het direct daaraan voorafgaande plan. Daarbij moet worden uitgegaan van een maximale verwezenlijking van de mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt.⁴ Onder het oude artikel 49 WRO werd bij de planvergelijking uitgegaan van een maximale verwezenlijking van de mogelijkheden die de binnenplanse vrijstelling ex artikel 15 WRO (oud) bood.⁵ Wanneer een nieuw bestemmingsplan bebouwing mogelijk maakte, die met toepassing van de bevoegdheid tot verlening van een binnenplanse vrijstelling onder het oude bestemmingsplan ook had kunnen worden opgericht, was er geen sprake van een nadelige planologische wijziging. Anderzijds kon de opname of wijziging van de bevoegdheid om een binnenplanse vrijstelling te verlenen reeds aanleiding geven tot een aanspraak op planschadevergoeding. Daarbij was niet relevant of, en zo ja in hoeverre, daadwerkelijk gebruik was gemaakt van deze bevoegdheden. Slechts wanneer met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid was uit te sluiten dat de binnenplanse vrijstellingsmogelijkheden maximaal benut zouden worden, mochten ze buiten beschouwing worden gelaten.⁶ Het discretionaire karakter van de binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid, dat de mate van waarschijnlijkheid van het gebruik van de maximale vrijstellingsmogelijkheden in de praktijk aanzienlijk kan beïnvloeden, werd daarbij door de Afdeling niet meegewogen:

"De omstandigheid dat het bij de binnenplanse vrijstelling gaat om een discretionaire bevoegdheid van het college waarbij bovendien een voorafgaande verklaring van geen bezwaar van het college van gedeputeerde staten benodigd was, en derhalve niet vaststaat dat van deze bevoegdheid gebruik zou zijn gemaakt indien daarom zou zijn verzocht, kan in de planvergelijking slechts een rol spelen indien realisering van deze maximale mogelijkheid van het planologisch regime met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten".⁷

In de situatie waar bepaalde uitbreidingsmogelijkheden die het oude bestemmingsplan bood, na een bestemmingsplanherziening nog slechts mogelijk zouden zijn na verlening van een binnenplanse vrijstelling, heeft deze redenering tot gevolg dat er geen sprake is van een planologisch nadeliger situatie.⁸

Onder artikel 49 eerste lid, sub a WRO vielen ook de uit te werken bestemming inclusief de uitwerkingsregels in het moederplan. Bij de toepassing van artikel 49 WRO werd in het kader van de planvergelijking uitgegaan van de fictie dat de mogelijkheden die de uitwerkingsregels in het moederplan boden maximaal

⁴ ABRS 18 januari 2006, AB 2006, 167.

⁵ ABRS 21 juni 2006, BR 2006, p. 845; ABRS 28 november 2001, AB 2002, 128.

⁶ ABRS 3 december 2003, AB 2005, 61.

⁷ ABRS 19 december 2012, 201201684 E/A.

⁸ ABRS 28 november 2010, AB 2011, 128.

waren benut. Het voorlopig bouwverbod werd bij de planvergelijking buiten beschouwing gelaten.⁹ Volgens vaste jurisprudentie werden onder artikel 49 WRO een uitwerkingsplan en een binnenplanse vrijstelling ex artikel 15 WRO niet beschouwd als een zelfstandige schadeoorzaak. Een uitwerkingsplan dat binnen de grenzen van de uitwerkingsregels bleef, veroorzaakte geen planologisch nadeliger situatie ten opzichte van de uit te werken bestemming in het moederplan. Hetzelfde gold voor een binnenplanse vrijstelling die overeenkomstig de in het moederplan opgenomen bepalingen werd verleend.

In de praktijk bleek het niet altijd eenvoudig om in het kader van de planvergelijking reeds op voorhand vast te stellen tot welke mogelijke planologisch nadeliger situatie(s) de flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan zouden kunnen leiden. Bovendien werd het als onredelijk ervaren, dat gemeenten aansprakelijk werden gesteld voor alle mogelijkheden die met toepassing van de flexibiliteitsbepalingen in het bestemmingsplan zouden kunnen worden gerealiseerd, zonder dat verwezenlijking daarvan ooit daadwerkelijk had plaatsgevonden. Ten slotte werd in de literatuur de kritiek geuit dat deze jurisprudentielijn het discretionaire karakter van de flexibiliteitsbevoegdheden miskent.

Reeds onder artikel 49 WRO bracht de Afdeling, wellicht naar aanleiding van bovengenoemde kritiek, enkele nuanceringen aan. Zo werd het wijzigingsplan al jarenlang als een zelfstandige planschadeoorzaak aangemerkt.¹⁰ Ten aanzien van de planvergelijking na de vaststelling van een wijzigingsplan geldt, dat een vergelijking moet worden gemaakt met de bepalingen van het moederplan minus de bevoegdheid tot wijziging van de bestemming.¹¹ Het wijzigingsplan wordt immers beschouwd als de schadeoorzaak. Dit betekent ook, dat de peildatum voor het ontstaan van de schade wordt bepaald door de datum van inwerkingtreding van het wijzigingsplan. De termijn voor het indienen van de aanvraag vangt aan op de datum van onherroepelijk worden van het wijzigingsplan.

Het aanvaarden van het wijzigingsplan als zelfstandige planschadeoorzaak heeft als consequentie dat een onder het oude planologische regime niet gebruikte wijzigingsbevoegdheid bij de planvergelijking buiten beschouwing dient te worden gelaten.¹² Hetzelfde geldt, eveneens volgens vaste jurisprudentie, voor wijzigingsbevoegdheden die in het nieuwe planologische regime zijn opgenomen.¹³ Wanneer uitbreidingsmogelijkheden in het oude bestemmingsplan na bestemmingsplanherziening nog slechts mogelijk zijn na een binnenplanse wijziging, is er derhalve sprake van een planologisch nadeliger situatie. De keerzijde van deze vaste jurisprudentie is, dat het vervallen van een gunstige, niet toegepaste wijzigingsbevoegdheid geen planologische verslechtering oplevert.¹⁴

9 ABRvS 21 juni 2006, BR 2006/845.

10 Zie ABRvS 25 september 1995, BR 1996; ABRvS 23 februari 1996, BR 1997, 594.

11 ABRvS 11 april 2007, BR 2007, 140.

12 AGB 30 december 1993, BR 1994, 949; ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 121.

13 ABRvS 24 december 2008, nr. 200801164/1; ABRvS 28 maart 2007, nr. 200606983/1; ABRvS 7 maart 2007, nr. 200703244/1.

14 ABRvS 14 oktober 2009, AB 2010, 106.

De Afdeling verklaart het onderscheid dat in de planschadejurisprudentie wordt gemaakt tussen de bevoegdheid tot verlening van een binnenplanse vrijstelling en de bevoegdheid tot vaststelling van een wijzigingsplan als volgt:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 2 februari 2005 in zaak nr. 200405504/1) leidt de toepassing van een vrijstelling niet tot wijziging van de bestemming van de grond, terwijl toepassing van de wijzigingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 11 van de WRO wel tot wijziging van de bestemming van de grond leidt. Daarom dient de vrijstellingsbevoegdheid in beginsel te worden meegenomen in het kader van de maximale invulling van de planologische regimes, terwijl toepassing van de wijzigingsbevoegdheid, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 1 mei 2002 in zaak nr. 200100768/1), als zelfstandige basis voor schadevergoeding wordt aangemerkt en niet wordt meegenomen in het kader van de planvergelijking als hiervoor bedoeld.”¹⁵

Bij uitspraak van 1 juli 2009 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak bovendien een nuancering aangebracht op de vaste jurisprudentielijn, dat bij planvergelijking moet worden uitgegaan van de maximale mogelijkheden die de uitwerkingsregels bij een uit te werken bestemming bieden. Bij de planvergelijking moet worden uitgegaan van de maximale mogelijkheden die de uit te werken bestemming volgens de uitwerkingsregels in het moederplan biedt, indien nog geen uitwerkingsplan is vastgesteld of indien al wel een uitwerkingsplan is vastgesteld maar dit uitwerkingsplan nog niet is verwerkelijkt. Echter, indien een uitwerkingsplan is vastgesteld en verwerkelijkt wordt bij de planvergelijking niet uitgegaan van de maximale mogelijkheden die de uit te werken bestemming in het moederplan biedt, maar van de maximale mogelijkheden in het uitwerkingsplan. De globale, uit te werken bestemming in het moederplan wordt als het ware ingevuld door het verwerkelijkte uitwerkingsplan. De rechtvaardiging voor deze jurisprudentie kan worden gevonden in het artikel 11 lid 6 WRO: de bepalingen van een uitwerkingsplan worden geacht deel uit te maken van het moederplan.

3.2 Actieve risicoaanvaarding

Aangezien onder artikel 49 WRO (oud) de flexibiliteitsbepalingen in het bestemmingsplan werden aangemerkt als schadeoorzaak, is de gebruikelijke jurisprudentie inzake de actieve risicoaanvaarding van toepassing. Het criterium van de actieve risicoaanvaarding ziet op de vraag, welke risico's een koper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst heeft aanvaard of moet worden geacht te hebben aanvaard. Uitgangspunt is, dat een koper de risico's van een nadelige wijziging van het geldende planologische regime heeft aanvaard, wanneer deze wijziging voorzienbaar was op de datum dat de koopovereenkomst werd gesloten.¹⁶ Deze voorzienbaarheid wordt beoordeeld aan de hand van de vraag of ten tijde van de aankoop door de overheid een concreet beleidsvoornemen ter openbare kennis was

¹⁵ ABRvS 19 december 2012, 201201684/1/A2.

¹⁶ ABRvS 17 augustus 2005, AB 2006, 164.

gebracht, dat een redelijk denkend en handelend koper aanleiding kon geven om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie in de toekomst in nadelig opzicht zou kunnen veranderen. In het planschaderecht wordt als uitgangspunt genomen, dat een redelijk handelend koper deze risico's verdisconteert in de koopprijs. Wanneer de ten tijde van de aankoop reeds aangekondigde nadelige planologische ontwikkeling uiteindelijk wordt verwezenlijkt, is het redelijk dat de schade voor rekening van de koper blijft. De koper heeft de onroerende zaak immers gekocht onder aanvaarding van het risico, dat de voor hem nadelige planologische ontwikkelingen die in het ter openbare kennis gebrachte concrete beleidsvoorstellen zijn vermeld, op enig moment worden verwezenlijkt.¹⁷ Ten aanzien van de flexibiliteitsbevoegdheden in het bestemmingsplan betekent dit, dat een redelijk denkend en handelend koper ten tijde van de aankoop het risico heeft aanvaard dat deze in de toekomst maximaal zullen worden benut. Dit geldt in ieder geval voor een bevoegdheid tot verlening van een binnenplanse vrijstelling, die in het ten tijde van de aankoop vigerende bestemmingsplan is opgenomen. Van Buuren wees er reeds in 1991 op, dat deze jurisprudentie niet ten aanzien van alle maximaal mogelijke toepassingen van de binnenplanse vrijstellingsbevoegdheden in een bestemmingsplan reëel is:

"Consequentie van deze gedachtengang is dat een belanghebbende die zich ergens vestigt maar rekening moet houden met alle eventualiteiten in de toepassing en uitvoering van het ter plekke geldende bestemmingsplan, met name ook met eventualiteiten die via artikel 15 vrijstellingen kunnen worden gerealiseerd. Ook met een minder waarschijnlijke mogelijkheid, die echter via het verlenen van vrijstelling gerealiseerd kan worden, moet aanstonds rekening worden gehouden."¹⁸

Zo ook speelt een in het vorige bestemmingsplan vervatte uitwerkingsregeling een rol bij de beoordeling van de voorzienbaarheidsvraag, ook als nimmer een uitwerkingsplan werd vastgesteld.¹⁹ Bij uitspraak van 10 maart 2004 oordeelde de Afdeling als volgt:

"Nu op de gronden waarop de tandartsenpraktijk is gevestigd, volgens de oude planologische situatie de conform artikel 11 WRO uit te werken bestemming 'toekomstige bebouwing' lag (in het desbetreffende plan wordt omschreven als 'een bebouwing met woningen en bijbehorende voorzieningen met een gemiddelde bebouwingsdichtheid van 25 per ha'), was voorzienbaar dat op enig moment een uitwerkingsplan zou kunnen worden vastgesteld en dat deze gronden bebouwd zouden worden. Dat zo'n nader uitgewerkt plan nimmer is goedgekeurd en vastgesteld, doet aan deze voorzienbaarheid niet af. Dit betekent, dat voor appellanten, als redelijk denkende en handelende kopers, destijds voorzienbaar was dat het vrije uitzicht vroeg of later door bebouwing zou worden weggenomen en de gevolgen van de planologische herziening voor rekening van appellanten moeten blijven. Dat dit uitzicht uiteindelijk niet door woningbouw en bijbehorende voorzieningen maar door een gebouw bestemd voor dienstverlening wordt weggenomen en dat de drie meter brede, voorheen als 'voorierf' aangeduide strook is bebouwd, doet hieraan niet af."

17 ABRvS 21 december 2011, AB 2012, 327.

18 AGB 27 november 1989, AB 1991, 63. ABRvS 8 december 1989, BR 1990, p. 758.

19 ABRvS 10 maart 2004, Gst. 2005, 33.

Een uitzondering geldt voor ongebruikte wijzigingsbevoegdheden: deze worden noch bij de planvergelijking, noch bij de beoordeling van de voorzienbaarheid betrokken. Wanneer een nieuw bestemmingsplan bouwmogelijkheden toestaat, worden de bouwmogelijkheden die onder het oude bestemmingsplan met toepassing van de wijzigingsbevoegdheid hadden kunnen worden verwezenlijkt noch bij de planvergelijking, noch bij de beoordeling van de voorzienbaarheid in ogenschouwen genomen.²⁰ Dit ligt anders, indien een aanvraag om planschadevergoeding wordt ingediend vanwege de vaststelling van een wijzigingsplan. In dat kader wordt voorzienbaarheid in verband met een ten tijde van de aankoop in het bestemmingsplan opgenomen wijzigingsbevoegdheid wel tegengeworpen, op voorwaarde dat de wijzigingsbevoegdheid voldoende bepaalbaar is. Bij uitspraak van 1 mei 2002 overwoog de Afdeling:

"Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de wijzigingsbevoegdheid, die besloten lag in het op 28 december 1985 onherroepelijk geworden bestemmingsplan, voldoende bepaalbaar was, aangezien deze beperkt was tot de bestemmingen 'agraris gebied' en 'agraris gebied met landschappelijke waarden'. In dit geval diende Oude Meijers, die binnen laatstgenoemde bestemming woonde, rekening te houden met de mogelijkheid dat in de omgeving van zijn woning een agrarisch bouwblok kon worden gerealiseerd. Gesteld noch gebleken is voorts dat de in het bestemmingsplan opgenomen wijzigingsbevoegdheid beperkingen stelt aan afmetingen of omvang van een te realiseren bouwblok, die bij het wijzigingsbesluit niet zouden zijn inachtgenomen. Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat de door Oude Meijers gestelde schade redelijkerwijs voor zijn rekening moet blijven. Derhalve heeft appellant terecht beslist dat deze niet op de voet van artikel 49 van de WRO voor vergoeding in aanmerking komt."²¹

Uit de annotaties bij de hierboven weergegeven jurisprudentie kan worden afgeleid, dat de meeste annotatoren van mening zijn dat niet alle maximale mogelijkheden die de flexibiliteitsbepalingen in een ten tijde van de aankoop vigerend bestemmingsplan bieden, voor een redelijk denkend en handelend koper in concreto redelijkerwijs te verwachten zijn. Bovendien wordt verbazing geuit omtrent het verschil in de jurisprudentie ten aanzien van de wijzigingsbevoegdheden en de overige flexibiliteitsinstrumenten.²²

4. Flexibiliteitsbepalingen onder artikel 6.1 Wro

4.1 Flexibiliteitsbepalingen in bestemmingsplan zijn geen schadeoorzaak

Artikel 6.1 lid 2 sub a Wro noemt 'een bepaling van een bestemmingsplan of inpassingsplan' als schadeoorzaak, waarbij de bepalingen als bedoeld in artikel 3.6 lid 1 Wro worden uitgezonderd. Dit betekent dat de flexibiliteitsbepalingen die krachtens artikel 3.6 lid 1 Wro in een bestemmingsplan zijn opgenomen, geen zelfstandige oorzaak van planschade meer zijn. De huidige wettekst heeft tot gevolg, dat ongebruikte flexibiliteitsbevoegdheden buiten beschouwing moeten worden

²⁰ ABRvS 12 januari 2005, Cst. 2005, 32.

²¹ ABRvS 1 mei 2002, BR 2003, 10.

²² Zie J.W. van Zundert, Hoofdpijnen en trends planschadejurisprudentie, O&A 2010, p. 124-142.

gelaten bij de maximale invulling van het bestemmingsplan in het kader van de planvergelijking.

Slechts indien en voor zover de desbetreffende flexibiliteitsbepalingen worden toegepast, kan aanspraak worden gemaakt op een tegemoetkoming in de planschade (zie art. 6.1 lid 2 sub b Wro). Anders dan onder artikel 49 WRO, geldt deze regel onder de planschaderegeling in de Wro niet alleen voor wijzigingsbevoegdheden maar ook voor bevoegdheden tot verlening van een binnenplanse ontheffing en voor een uitwerkingsplicht. In artikel 6.1 lid 2 sub b Wro zijn het uitwerkingsplan, het wijzigingsplan, de binnenplanse ontheffing en de nadere eis aangemerkt als een zelfstandige oorzaak van planschade. Dit betekent dat de overheidsaansprakelijkheid voor schade ten gevolge van de flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan onder afdeling 6.1 Wro wordt beperkt ten opzichte van de situatie onder artikel 49 WRO. De gemeente kan immers niet meer aansprakelijk worden gesteld voor alle maximaal te verwezenlijken nadelige bouw- en gebruiksmogelijkheden die met toepassing van de flexibiliteitsbepalingen zouden kunnen worden gerealiseerd, vanaf het moment van de opname of wijziging van een flexibiliteitsbepaling in een bestemmingsplan. Er kan pas een aanvraag worden ingediend op grond van artikel 6.1 Wro indien en voor zover een flexibiliteitsbepaling is toegepast. Het systeem zoals dat in de planschadejurisprudentie inzake artikel 49 WRO (oud) werd toegepast op de wijzigingsbevoegdheid in het bestemmingsplan, wordt derhalve doorgetrokken naar de andere flexibiliteitsbevoegdheden.

De rechtvaardiging voor de wijziging van het wettelijke systeem kan gevonden worden in het bijzondere karakter van de bouw- en gebruiksmogelijkheden die verwezenlijkt kunnen worden krachtens de flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan. De verwezenlijking van deze mogelijkheden is immers rechtens pas toegestaan, nadat het bevoegd gezag daaromtrent een besluit heeft genomen. De inhoud van dat besluit vloeit niet rechtstreeks uit de bepalingen van het bestemmingsplan voort, zoals bij de omgevingsvergunning voor bouwen, maar is het resultaat van een nadere beoordeling en belangenafweging door het bevoegde gezag. Anders dan de omgevingsvergunning voor bouwen, kan een omgevingsvergunning binnenplans afwijken of de vaststelling van een wijzigings- of uitwerkingsplan om die reden niet rechtstreeks worden toegerekend aan het bestemmingsplan. Het toepassingsbesluit, dat het resultaat is van een nadere belangenafweging, is de rechtstreekse schadeoorzaak. Pas nadat het toepassingsbesluit is vastgesteld, staat vast of, en zo ja welke, bouw- en gebruiksmogelijkheden mogen worden verwezenlijkt. Het wettelijke systeem van artikel 6.1, tweede lid, Wro doet naar mijn mening meer recht aan het discretionaire karakter van de flexibiliteitsbepalingen in het bestemmingsplan.²³

²³ G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, (diss. Universiteit Utrecht) Deventer: Kluwer 2002, p. 103-104.

4.2 Planvergelijking

Zoals gezegd, blijven onder artikel 6.1, tweede lid, Wro de ongebruikte flexibiliteitsbevoegdheden buiten beschouwing bij de maximale invulling van het bestemmingsplan in het kader van de planvergelijking. De oude planschadejurisprudentie inzake de wijzigingsbevoegdheid krijgt onder vigeur van artikel 6.1 Wro derhalve betekenis voor alle flexibiliteitsbevoegdheden. Dit betekent dat er geen aanspraak bestaat op een tegemoetkoming in de schade vanwege de flexibiliteitsinstrumenten in een bestemmingsplan, zolang geen wijzigings- of uitwerkingsplan is vastgesteld of geen omgevingsvergunning binnenplannen afwijken (2.12 lid 1, onder a, en onder 1 Wabo) is verleend.

Uit recente jurisprudentie inzake artikel 6.1, tweede lid Wro blijkt, dat de Afdeling inderdaad de ongebruikte bevoegdheden tot verlening van een binnenplanse vrijstelling ex artikel 15 WRO of binnenplanse ontheffing ex artikel 3.6 Wro buiten beschouwing laat bij de planvergelijking. Dit geldt zowel voor het oude als het nieuwe planologische regime, waarbij het niet uitmaakt dat het bestemmingsplan tot stand is gebracht onder de oude WRO. De Afdeling overweegt bij uitspraak van 1 augustus 2012 als volgt:

"Het aanmerken van een binnenplanse ontheffing in artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder b, als een zelfstandige oorzaak van schade dient naar het oordeel van de Afdeling tot gevolg te hebben, dat bij de planvergelijking een in een bestemmingsplan opgenomen ontheffingsmogelijkheid bij de maximale invulling van het bestemmingsplan buiten beschouwing wordt gelaten. Een ander oordeel zou tot de ongewenste situatie leiden dat de planologische vergelijking nimmer tot een planologische verslechtering kan leiden. Het schadeveroorzakende plan, de verlening van de binnenplanse vrijstelling, valt dan immers weg tegen de maximale invulling van het daaraan voorafgaande plan waarin de mogelijkheid van een binnenplanse vrijstelling is opgenomen. Het buiten beschouwing laten van ontheffingsmogelijkheden in de planvergelijking dient niet beperkt te worden tot het schadeveroorzakende plan, maar dient ook te geschieden bij de vaststelling van de mogelijkheden die het daaraan voorafgaande plan bood."²⁴

Ook ten aanzien van een uit te werken bestemming heeft de Afdeling bepaald dat de uitwerkingsregels buiten beschouwing worden gelaten bij de planvergelijking. Conform de jurisprudentie inzake ongebruikte wijzigingsbevoegdheden en binnenplanse vrijstellingsbevoegdheden overweegt de Afdeling:

"Dat een uitwerkingplan thans, anders dan onder het oude recht, oorzaak van planschade kan zijn, dient naar het oordeel van de Afdeling tot gevolg te hebben dat bij een vergelijking tussen een bestemmingsplan en het nieuwe planologische regime niet van de maximale mogelijkheden van de uitwerkingsregels van dat bestemmingsplan wordt uitgegaan. Indien van de maximale mogelijkheden van die uitwerkingsregels wordt uitgegaan, zou dat tot de ongewenste situatie leiden dat een uitwerkingsplan als zodanig nimmer tot een planologische verslechtering kan

²⁴ ABRvS 1 augustus 2012, Gst. 2012/98, BR 2012/143; ABRvS 5 september 2012, 201113384/1 A2; ABRvS 28 november 2012, 201201690/1/1 A2; ABRvS 23 januari 2013, 201108638/1 A2.

leiden, omdat dat uitwerkingsplan als oorzaak van planschade dan immers wegvalt tegen de maximale invulling van het bestemmingsplan waarin de uitwerkingsverplichting is opgenomen. Er is geen aanleiding hierover anders te oordelen, als, zoals in dit geval, zowel het oude als nieuwe planologische regime onder de WRO tot stand is gekomen".²⁵

Zoals gezegd, kan pas aanspraak worden gemaakt op schadevergoeding vanwege de mogelijkheden die de flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan bieden, nadat deze bevoegdheden zijn toegepast. Het indienen van een aanvraag om een tegemoetkoming in de schade ter zake van de mogelijkheden die de flexibiliteitsbepalingen bieden, is pas mogelijk nadat het toepassingsbesluit onherroepelijk is geworden. Daarbij geldt als peildatum voor het ontstaan van de schade de datum van de inwerkingtreding van het wijzigings- of uitwerkingsplan of de omgevingsvergunning. Om vast te stellen in hoeverre het wijzigingsplan of de omgevingsvergunning voor binnenplannen afwijken een planologisch nadeliger situatie veroorzaakt, wordt een vergelijking gemaakt met de bepalingen van het moederplan, minus de flexibiliteitsbepaling.²⁶

Overigens kan al wel een aanvraag worden ingediend vanwege de schade die eventueel wordt geleden door de bestemming, waar de wijzigings- of vrijstellingsbevoegdheid betrekking op heeft. Wanneer bijvoorbeeld de bestemming "Agrarisch Onbebouwd" kan worden gewijzigd in "Agrarisch Bouwblok" kan eventueel wel een tegemoetkoming worden aangevraagd vanwege schade die wordt geleden door de bestemming "Agrarisch Onbebouwd". Wanneer door middel van een binnenplanse vrijstelling van bestemmingsplanvoorschriften behorende bij een nieuwe bestemming "Kantoren" kan worden afgeweken, kan al wel een aanvraag worden ingediend vanwege de mogelijk nadelige bestemming "Kantoren". Deze aanvraag kan echter geen betrekking hebben op de schade die wordt geleden ten gevolge van de nog ongebruikte wijzigingsbevoegdheid of een nog ongebruikte bevoegdheid tot binnenplanse ontheffing. Zoals gezegd, kan een aanvraag die daarop ziet, pas worden ingediend nadat het toepassingsbesluit onherroepelijk is geworden.

Dat ligt lastiger bij een uit te werken bestemming. In artikel 6.1 lid 2 sub b is het uitwerkingsplan aangemerkt als een zelfstandige schadeoorzaak. Het is een lastige vraag of een uit te werken bestemming bij de planvergelijking kan worden betrokken vóórdat een uitwerkingsplan is vastgesteld.²⁷ Deze vraag wordt in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling d.d. 7 november 2012 niet beantwoord. In die uitspraak overweegt de Afdeling slechts dat bij de vergelijking ten onrechte van een maximale invulling van de bestemming 'uit te werken woongebied' van de gronden onder het oude planologische regime uitgegaan.

Wanneer een uit te werken bestemming in het geheel niet mag worden betrokken bij de planvergelijking, kan er geen schadevergoeding worden aange-

25 ABRvS 7 november 2012, BR 2012/16.

26 Zie de eerder besproken jurisprudentie inzake de planvergelijking na vaststelling van een wijzigingsplan (ABRvS 11 april 2007, BR 2007, 140).

27 Deze vraag is o.a. aan de orde gesteld door P.J.J. van Buuren e.a., Van WRO naar Wro, Den Haag: IBR, 2008, p. 192-194; J.W. van Zundert, Overgangsrecht planschade Wro, BR 2009, 476.

vraagd, zolang er geen uitwerkingsplan is vastgesteld. Dat betekent dat er in het geheel geen schadevergoeding mogelijk is, indien een nadelige uit te werken bestemming nimmer wordt uitgewerkt. In de situatie waarin een uit te werken bestemming nimmer wordt uitgewerkt, zou dit bovendien betekenen dat deze bestemming wegvalt bij de invulling van het oude planologische regime in het kader van de planvergelijking. Dat lijkt onwenselijk en is wellicht ook onnodig.

Gezien de letterlijke tekst van artikel 6.1 lid 2 sub a, jo. artikel 3.6 lid 1 sub b, Wro is verdedigbaar dat uitsluitend de uitwerkingsplicht en de uitwerkingsregels buiten beschouwing worden gelaten bij de planvergelijking. Artikel 6.1 lid 2 sub a, Wro maakt immers slechts een uitzondering voor de bepaling dat burgemeester en wethouders met inachtneming van de bij het plan te geven regels het plan moeten uitwerken. Met andere woorden, de bestemmingsaanduiding zelf zou kunnen worden geschaard onder 'een bepaling van een bestemmingsplan' en aldus kunnen worden beschouwd als een schadeoorzaak. De vraag is dan, op welke wijze de uit te werken bestemming betrokken kan worden bij de planvergelijking.

Artikel 6.1 lid 2 sub a Wro sluit uit dat onder 'een bepaling van een bestemmingsplan' kan worden begrepen 'een uit te werken bestemming inclusief de maximale mogelijkheden die de uitwerkingregels bieden'. Onder de Wro wordt de fictie, inhoudend dat bij de planvergelijking wordt uitgegaan van verwezenlijking van de maximale mogelijkheden die de flexibiliteitsbepalingen bieden, immers verlaten.²⁸ Deze fictie staat derhalve niet meer in de weg aan het betrekken van het voorlopig bouwverbod bij de planvergelijking. Dit leidt er toe dat een globale uit te werken bestemmingsaanduiding in het moederplan wel kan worden betrokken bij de planvergelijking, maar dat de bouwmogelijkheden die deze bestemming biedt, buiten beschouwing worden gelaten zolang geen uitwerkingsplan is vastgesteld en een voorlopig bouwverbod in het moederplan aan verwezenlijking van de bouwmogelijkheden in de weg staat. Daarmee zou worden teruggekeerd naar oude planschadejurisprudentie inzake het voorlopig bouwverbod.²⁹ In een uitspraak van 20 september 1999 was de wijziging van een globale bestemming "Woongebied" aan de orde, in een bestemming die voor de eigenaar geen bebouwing toestond. De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog destijds dat de eigenaar niet in een planologisch nadeliger situatie was komen te verkeren, omdat in de onderhavige situatie nimmer een (ontwerp)uitwerkingsplan was vastgesteld en een voorlopig bouwverbod van toepassing was, zodat aan de eigenaar geen bouwtitel toekwam en hij geen aanspraak kon maken op enige extra uitbreiding van de woonbebouwing op zijn perceel. De Afdeling verwees bovendien naar de beleidsvrijheid die aan het college van BenW toekomt bij de uitwerking van de bestemming.

Echter, zodra een uitwerkingsplan onherroepelijk is geworden, geldt dit uitwerkingsplan als zelfstandige planschadeoorzaak en wordt het beschouwd als een invulling van de uit te werken bestemming. De planvergelijking na vaststelling van

²⁸ Zie ABRvS 7 november 2012, 201110908.

²⁹ Conform oude planschadejurisprudentie, zie ABRvS 20 september 1999, BR 2000, p. 586, die inmiddels is verlaten.

een uitwerkingsplan kan plaatsvinden zoals de Afdeling heeft bepaald in de hiervoor reeds besproken uitspraak d.d. 1 juli 2009.³⁰ Het uitwerkingsplan wordt beschouwd als de schadeoorzaak, waarbij de wettekst overigens niet de voorwaarde stelt, dat het uitwerkingsplan verwerkelijk is. De peildatum voor het ontstaan van de schade is derhalve de inwerkingtreding van het uitwerkingsplan. De termijn voor het indienen van de aanvraag gaat in op de datum waarop het uitwerkingsplan onherroepelijk geworden is. Het uitwerkingsplan gaat deel uitmaken van het moederplan en vormt op deze wijze een invulling van de uit te werken bestemming in het moederplan. Het als zodanig uitgewerkte moederplan wordt vergeleken met het direct daaraan voorafgaande bestemmingsplan.

4.2 Actieve risicoaanvaarding

De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt bij de toepassing van artikel 6.3 Wro geen grote wijzigingen aan te brengen in de jurisprudentie ten aanzien van de risicoaanvaarding. Bij uitspraak van 1 augustus 2012 werd de planschade tengevolge van de realisering van een nieuwe woonwijk voorzienbaar geacht ten tijde van de aankoop in 1981. Op dat moment gold het 'Uitbreidingsplan in hoofdzaak' uit 1965, op basis waarvan de grond was bestemd voor 'Uitbreiding in de verdere toekomst'. Op grond van artikel 11 van de bestemmingsplanvoorschriften mocht geen bebouwing worden opgericht alvorens een ander gedetailleerd uitbreidingsplan in onderdelen rechtskracht had verkregen. Deze laatste bepaling doet volgens de Afdeling niet af aan de voorzienbaarheid van woningbouw in het plangebied. Op grond van de bestemming "Uitbreiding in de verdere toekomst" had verzoeker bij de aankoop van zijn onroerende zaak als redelijk denkend en handelend koper rekening kunnen houden met de kans dat vroeg of laat een uitwerkingsplan zou worden vastgesteld en dat het plangebied voor uitbreiding zou worden gebruikt. Dat het bestemmingsplan ten tijde van de aankoop nog niet was uitgewerkt en het plangebied jarenlang voor agrarische doeleinden was gebruikt, doet aan de voorzienbaarheid van de planologische wijziging naar het oordeel van de Afdeling niet af. Uit de uitspraak van 1 augustus 2012 kan worden afgeleid, dat een in een bestemmingsplan opgenomen uitwerkingsplicht leidt tot voorzienbaarheid. Wanneer ten tijde van de aankoop een uitwerkingsplicht in een bestemmingsplan was opgenomen en de koper later schadevergoeding claimt vanwege de vaststelling van een voor hem ongunstig uitwerkingsplan, zal hem risicoaanvaarding worden tegengeworpen. Ten tijde van de aankoop had de koper er immers rekening mee kunnen houden dat een uitwerkingsplan zou worden vastgesteld.³¹

Wanneer deze redenering ongenueanceerd wordt toegepast, zal een wijzigingsplan, uitwerkingsplan of omgevingsvergunning voor binnenplannen afwijken niet tot de toekenning van schadevergoeding leiden, indien de desbetreffende flexibiliteitsbevoegdheid ten tijde van de aankoop reeds in het bestemmingsplan was

³⁰ ABRvS 1 juli 2009, AB 2010, 62.

³¹ ABRvS 1 augustus 2012, 201110639/1/A2.

opgenomen. Een koper wordt dan nog steeds geacht het risico te hebben aanvaard dat alle maximaal mogelijke nadelige toepassingen van de flexibiliteitsbevoegdheden zullen worden verwezenlijkt. Dat zou betekenen dat uitsluitend een tegemoetkoming kan worden toegekend aan de eigenaar die schade lijdt tengevolge van een nieuw bestemmingsplan, waarin flexibiliteitsbevoegdheden zijn opgenomen die ook worden benut gedurende de periode dat de eigenaar de onroerende zaak in zijn bezit heeft. Bij verkoop voordat de flexibiliteitsbevoegdheden zijn toegepast, verliest de verkoper de mogelijkheid om aanspraak te maken op een tegemoetkoming en zal aan de koper risicoaanvaarding worden tegengeworpen. De veelgehoorde kritiek, dat een koper niet onder alle omstandigheden rekening behoeft te houden met alle mogelijke resultaten waartoe de toepassing van de flexibiliteitsbepalingen in concreto kan leiden, zal blijven klinken. In mijn proefschrift bepleitte ik reeds een nuance: het kan zijn dat in een concreet geval met het resultaat van de toepassing van een (algemeen geformuleerde) flexibiliteitsbevoegdheid geen rekening behoeft te worden gehouden. Daarbij speelt onder andere het beleid dat ter zake van de flexibiliteitsbevoegdheid wordt gevoerd een rol.³²

5. Conclusie

De flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan leveren een spanningsveld op tussen de flexibiliteit die het gemeentebestuur nodig heeft om een slagvaardig ruimtelijk beleid te voeren en de behoefte aan duidelijkheid en rechtszekerheid van de burger. Dit spanningsveld is te herkennen in de planschadejurisprudentie.

Het wettelijke systeem van artikel 6.1, tweede lid, Wro kent pas een aanspraak op een tegemoetkoming toe wanneer gebruik is gemaakt van een flexibiliteitsbevoegdheid en een wijzigings- of uitwerkingsplan is vastgesteld of een omgevingsvergunning voor binnenplannen afwijken is verleend. Dit systeem erkent en benadrukt het discretionaire karakter van de flexibiliteitsbevoegdheden. Zolang de flexibiliteitsinstrumenten niet zijn benut, spelen ze geen rol bij de beoordeling van een aanvraag om een tegemoetkoming in de planschade.

Pas wanneer en voor zover een flexibiliteitsbevoegdheid is toegepast en daadwerkelijk een uitwerkings- of wijzigingsplan is vastgesteld of een omgevingsvergunning voor binnenplannen afwijken is verleend, kan aanspraak worden gemaakt op een tegemoetkoming. Vanaf het moment waarop het toepassingsbesluit onherroepelijk is geworden krijgt het betekenis in de planvergelijking en de voorzienbaarheid van de schade. Hierdoor wordt de aansprakelijkheid van de gemeente beperkt. De gemeente is niet meer aansprakelijk voor alle mogelijke nadelige resultaten waartoe het gebruik van de flexibiliteitsbevoegdheden zou kunnen leiden, maar slechts voor die concrete resultaten die kunnen worden verwezenlijkt na de toepassing van de desbetreffende discretionaire bevoegdheden. Het risico dat een flexibiliteitsbevoegdheid nimmer wordt benut en om die reden geen aanspraak kan worden gemaakt op een tegemoetkoming, berust bij de eigenaar van een onroerende zaak.

³² G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, (diss. Universiteit Utrecht) Deventer: Kluwer 2002, p. 106.

Het risico van de toepassing van de flexibiliteitsbevoegdheden wordt bij de koper gelegd. Wanneer in het ten tijde van de aankoop vigerende bestemmingsplan flexibiliteitsbepalingen zijn opgenomen, wordt de koper geacht het risico te hebben aanvaard van ieder resultaat waartoe de toepassing daarvan zou kunnen leiden. Naar mijn mening biedt het nieuwe wettelijke systeem ruimte voor nuancering, waardoor tegemoet kan worden gekomen aan de jarenlang in de literatuur geuite kritiek, dat van een redelijk denkend en handelend koper niet altijd kan worden verwacht dat hij rekening houdt met alle mogelijke concrete resultaten van de flexibiliteitsbepalingen.