

ligging van een grensgemeente een bijzondere omstandigheid ziet.

9. Zoals bekend is Groningen geen grensgemeente. Toch sluit de burgemeester hiervan de woning van een *first offender* na het aantreffen van 32,61 kg hennep, 1,49 kg hasjesj, 1,70 kg shag/hennepmix en diverse goederen bestemd voor het verwerken en verpakken van deze softdrugs. Volgens het Groningse Damoclesbeleid levert het aantreffen van een handelshoeveelheid drugs standaard een 'ernstig geval' op dat directe sluiting rechtvaardigt. In het beleid van gemeente Groningen wordt als handelshoeveelheid aange-merkt: meer dan 0,5 gram harddrugs, meer dan dertig gram softdrugs, of beroeps- of bedrijfsma- tige hennep teelt. De Afdeling keurt dit beleid goed, mede omdat de burgemeester tijdens de zitting benadrukt zijn beleid nooit voetstoots toe te passen, maar altijd per geval aan de hand van de concrete omstandigheden te beoordelen of sluiting geboden is of dat een minder vergaande sanctie passend is (ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:294).

10. De Afdeling heeft met andere woorden geen bezwaar tegen beleid waarin het enkele aantreffen van meer dan dertig gram hennep wordt gezien als een 'ernstig geval' dat directe sluiting van een woning rechtvaardigt, ook als het niet om een grensgemeente gaat. De enige voorwaarde bij de toepassing van zodanig beleid is dat de burgemeester in het individuele geval onderzocht of hij gebruik moet maken van zijn bevoegdheid in art. 4:84 Awb (zie ook ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, m.nt. H.E. Bröring). Daarmee kan gezegd worden dat het uitgangspunt van de wetgever inzake sluiting van een woning van uitzondering – *ultimum remedium* – verworpen is tot regel. Slechts in het geval van bijzondere omstandigheden dient hiervan te worden afgeweken. Dit betekent een aanzienlijke verlaging van de drempel voor de sluiting van een woning.

11. Het verlagen van de drempel van het criterium 'ernstig geval' staat niet op zichzelf. In een eerdere annotatie schreven we al dat ook de grenzen van de bevoegdheid in art. 13b Opw de laatste jaren aanzienlijk zijn opgerekt (zie ons commentaar onder Rb. Noord-Nederland 1 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:331, m.nt. J.G. Brouwer en L.M. Bruijn). Nadrukkelijk stelde de regering bijvoorbeeld in de parlementaire stukken dat de teelt van hennep niet onder het bereik van art. 13b Opw zou vallen (*Kamerstukken II* 2006/07, 30515, 6, p. 2). Geen rechter die hier evenwel nog aan twijfelt. De verruiming van het toepassingsbereik van art. 13b Opw staat op gespannen voet met art. 11 Wet AB, schreven we eerder. Voor het aanmerken van de aanwezigheid

van nagenoeg elke handelshoeveelheid drugs als een 'ernstig geval' dat sluiting bij een eerste over- treding rechtvaardigt, is dit niet anders.

J.G. Brouwer en L.M. Bruijn

AB 2017/215

AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

23 november 2016, nr. 201508566/1/A2

(Mrs. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen, N. Verheij, B.J.Schueler)

m.nt. G.M. van den Broek

Art. 6:1 lid 1, art. 6:3 sub a Wro; art. 8:51d Awb

ECLI:NL:RVS:2016:3137

Planschade; actieve risicoaanvaarding; bij de vraag of een planologische wijziging voorzienbaar was, kan aan een (nog) niet gebruikte binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid betekenis toekomen.

Anders dan de rechtbank heeft overwogen kan bij de vraag of een planologische wijziging voorzienbaar was aan een (nog) niet gebruikte binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid betekenis toekomen. Dit is het geval als de als gevolg van de planologische wijziging gegeven bouw- of gebruiksmogelijkheden min of meer op één lijn te stellen zijn met die welke op grond van de binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid hadden kunnen worden gerealiseerd en de conclusie gerechtvaardigd is dat de planologische verslechtering in beide gevallen ongeveer dezelfde is (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AT0549)). Dat verwezenlijking van de binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid een onzekere toekomstige gebeurtenis betreft doet hier niet aan af. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9640) is voor het aannemen van risicoaanvaarding niet vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststaat, of dat deze maatregel in detail is uitgewerkt of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald. Beslis- send is of op het moment van investering, de aankoop van de woning, de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was, dat hiermee bij de beslissing tot investering rekening kon worden gehouden.

Wederpartij, te Wormer, gemeente Wormerland, en
Het college.

Procesverloop

Bij besluit van 21 mei 2013 heeft het college het verzoek van wederpartij om een tegemoetkoming in planschade afgewezen.

Bij besluit van 19 november 2013 heeft het college het door wederpartij daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 13 oktober 2015 heeft de rechtbank het door wederpartij daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 19 november 2013 vernietigd en het college opgedragen om binnen acht weken na verzending van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen op het bezwaar met inachtneming van deze uitspraak. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben het college en Cargill hoger beroep ingesteld.

Wederpartij heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 5 oktober 2016, waar het college, vertegenwoordigd door mr. M.W. Holtkamp, advocaat te Amsterdam, en E. Kluijskens en E.C.R. Bressers, beiden werkzaam bij de gemeente Wormerland, Cargill, vertegenwoordigd door mr. G. Koop, advocaat te Rotterdam, en wederpartij, vertegenwoordigd door mr. S.H.R. van Heeks, advocaat te Amsterdam, en mr. M. de Jong, advocaat te Purmerend, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 8:51d van de Awb, voor zover hier van belang, kan de Afdeling het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

Achtergrond

2. Het college heeft bij besluit van 13 november 2007 met toepassing van het destijds geldende artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening aan bedrijf vrijstelling verleend (hierna: het vrijstellingsbesluit) van het bestemmingsplan "Industrieterrein Knollendammerstraat 1975" (hierna: het bestemmingsplan) voor de uitbreiding van de bebouwing van de cacaoafabriek op haar bedrijventerrein, gelegen aan de Veerdijk 82 te Wormer. Het vrijstellingsbesluit heeft het mogelijk gemaakt dat de op basis van het bestemmingsplan toegestane bouwhoogte van 9 m voor een deel van het bedrijventerrein 15 m wordt en voor een deel 12 m. Tevens mag op basis van de vrijstelling bebouwing worden opgericht op gronden waarop op basis van het bestemmingsplan geen bebouwing was toegestaan. Cargill is de rechtsopvolger van bedrijf. Het college heeft met Cargill een

planschadeovereenkomst gesloten op basis waarvan Cargill eventuele planschade als gevolg van de vrijstelling voor haar rekening neemt.

3. Op 11 mei 2012 heeft wederpartij, die sinds 24 juni 2005 eigenaar is van de woning en opstallen op het perceel aan de locatie te Wormer (hierna: het perceel), het college verzocht om een tegemoetkoming in de planschade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van het vrijstellingsbesluit. Het perceel van wederpartij grenst aan het bedrijventerrein van Cargill waarvoor het vrijstellingsbesluit is verleend.

4. Het college heeft over het op de aanvraag te nemen besluit advies gevraagd aan de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (hierna: de SAOZ). De SAOZ heeft in haar advies van mei 2013 uiteengezet dat door het toestaan van bebouwing met een hoogte van deels 12 m en deels 15 m, waar eerst 9 m was toegestaan, nadeel is ontstaan. In het bestemmingsplan zijn evenwel twee binnenplanse vrijstellingsmogelijkheden opgenomen. De eerste houdt in dat vrijstelling kan worden verleend van de bouwhoogte van 9 m tot 12 m voor maximaal één derde van het bebouwde oppervlak op het bedrijventerrein. De tweede houdt in dat vrijstelling kan worden verleend van de maatvoering met 10%. Gelet hierop diende wederpartij op basis van het ten tijde van de aankoop van het perceel geldende bestemmingsplan al rekening te houden met een bouwhoogte van 13,2 m. Dit betekent dat het nadeel, voor zover het gaat om de toename van de bouwhoogte tot 12 m, wegens voorzienbaarheid in het geheel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Voor zover nadeel is ontstaan door het in het vrijstellingsbesluit toestaan van een bouwhoogte van 15 m voor een deel van de bebouwing, komt dit nadeel slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover dit de hoogte van 13,2 m (12 m plus 10%) te boven gaat. Voor zover op basis van het vrijstellingsbesluit bebouwing van gronden is toegestaan waarop voorheen geen bebouwing mocht worden gerealiseerd, leidt dit niet tot een planologisch nadeliger situatie, nu deze gronden vanaf het perceel van wederpartij niet zichtbaar zijn. Volgens de SAOZ is het door wederpartij geleden nadeel als gevolg van de toegestane bouwhoogte van 15 m zodanig gering dat dit nadeel het normaal maatschappelijk risico van 2% van de waarde van het perceel niet overstijgt, zodat de schade ook in zoverre niet voor vergoeding in aanmerking zou komen.

Besluitvorming en uitspraak van de rechtbank

5. Het college heeft dit advies van de SAOZ aan zijn besluitvorming ten grondslag gelegd en, overeenkomstig het advies van de commissie bezwaarschriften van 11 november 2013, besloten

het besluit van 21 mei 2013 te handhaven en de geleden planschade niet voor vergoeding in aanmerking te brengen.

6. De rechtbank heeft geoordeeld dat het college zich ten onrechte in navolging van de SAOZ op het standpunt heeft gesteld dat de ontwikkeling die door het vrijstellingsbesluit is mogelijk gemaakt voor wederpartij (deels) voorzienbaar was. Daartoe heeft zij overwogen dat vaststaat dat de in het bestemmingsplan opgenomen binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid niet is gebruikt. Aan een niet gebruikte vrijstellingsmogelijkheid komt, gelet op bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 1 augustus 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BX3316) bij de planvergelijking geen betekenis toe. Volgens de rechtbank geldt dit evenzeer bij de beantwoording van de vraag of de planologische verslechtering voor wederpartij voorzienbaar was. Van belang daarbij is dat het al dan niet verlenen van een binnenplanse vrijstelling een discretionaire bevoegdheid betreft, zodat gebruik daarvan als een toekomstige onzekere gebeurtenis kan worden aangemerkt. De rechtbank heeft ter onderbouwing van dit oordeel verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 12 januari 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AS2150). Nu nader onderzocht moet worden of er sprake is van planschade en zo ja, wat de omvang van die schade is, heeft de rechtbank het college opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Hoger beroep van het college

7. Het college kan zich met dit oordeel van de rechtbank niet verenigen. Daartoe voert het aan dat de rechtbank heeft miskend dat flexibiliteitsbepalingen wel degelijk als aanknopingspunt kunnen gelden voor de vraag of sprake is van voorzienbaarheid. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraken van de Afdeling van 31 juli 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:544) en 7 november 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY2475), maar ook uit die van 16 maart 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AT0549), waarbij de uitspraak van 12 januari 2005 waar de rechtbank naar verwijst is genuanceerd. Voorts voert het college aan dat de rechtbank ten onrechte van belang heeft geacht dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid waaruit zou volgen dat geen zekerheid bestaat of de ontwikkeling daadwerkelijk zal plaatsvinden en daarom geen voorzienbaarheid kan worden aangenomen. Nu het criterium voor voorzienbaarheid inhoudt dat voor een redelijk denkend en handelend koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen, verhoogt de rechtbank de drempel voor het aannemen van voorzienbaarheid ten onrechte door te overwegen dat geen sprake

mag zijn van een kans op het door een vrijstelling verwezenlijken van een planologische mogelijkheid, maar de verwezenlijking een zekerheid moet zijn. Dat niet zeker hoeft te zijn dat een ontwikkeling in een bepaalde vorm plaatsvindt om voorzienbaarheid aan te kunnen nemen, volgt ook uit de uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ7497). De rechtbank heeft dus ten onrechte geoordeeld dat een bouwhoogte tot 13,2 m niet voorzienbaar was, aldus het college.

7.1. Anders dan de rechtbank heeft overwogen kan bij de vraag of een planologische wijziging voorzienbaar was aan een (nog) niet gebruikte binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid betekenis toekomen. Dit is het geval als de als gevolg van de planologische wijziging gegeven bouw- of gebruiksmogelijkheden min of meer op één lijn te stellen zijn met die welke op grond van de binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid hadden kunnen worden gerealiseerd en de conclusie gerechtvaardigd is dat de planologische verslechtering in beide gevallen ongeveer dezelfde is (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AT0549)). Dat verwezenlijking van de binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid een onzekere toekomstige gebeurtenis betreft doet hier niet aan af. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9640) is voor het aannemen van risicoaanvaarding niet vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststaat, of dat deze maatregel in detail is uitgewerkt of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald. Beslissend is of op het moment van investering, de aankoop van de woning, de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was, dat hiermee bij de beslissing tot investering rekening kon worden gehouden.

Het betoog slaagt in zoverre.

7.2. Volgens de SAOZ was een bouwhoogte tot 13,2 m ten tijde van de aankoop van het perceel voor wederpartij voorzienbaar op basis van binnenplanse vrijstellingsmogelijkheden, die zijn neergelegd in artikel 4, tweede lid, aanhef en onder d, en artikel 5, aanhef en onder b, van het bestemmingsplan. Dit plan is in 1977 in werking getreden. Op grond van eerstgenoemde bepaling mogen burgemeester en wethouders vrijstelling verlenen van de bouwhoogte voor gebouwen van 9 m tot ten hoogste 12 m, over ten hoogste 1/3 gedeelte van de bebouwde oppervlakte, nadat zij hieromtrent de raad hebben gehoord. Ingevolge artikel 5, aanhef en onder b, zijn burgemeester en wethouders bevoegd vrijstelling te verlenen van de bepalingen van het plan voor het aanpassen

met ten hoogste 10% van de in het plan aangegeven maten of voorgeschreven bouwnormen, indien bij definitieve uitmeting en verkaveling blijkt, dat deze nadere bepaling of aanpassing in het belang van een juiste verwerkelijking van het plan redelijk gewenst of noodzakelijk is en de belangen van derden niet worden geschaad.

7.3. De SAOZ heeft terecht geconcludeerd dat wederpartij er, gelet op artikel 4, tweede lid, aanhef en onder d, van het bestemmingsplan, bij de aankoop van het perceel reeds rekening mee diende te houden dat de bouwhoogte van de gebouwen op het bedrijventerrein van Cargill van 9 m tot 12 m kon worden verhoogd. Deze binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid is op één lijn te stellen met het vrijstellingsbesluit voor zover daarbij een verhoging van de bouwhoogte tot 12 m is toegestaan. Dit betekent dat de als gevolg van het vrijstellingsbesluit gegeven bouwmogelijkheid tot een hoogte van 12 m voorzienbaar was en dat het college het advies van de SAOZ in zoverre aan de besluitvorming ten grondslag heeft mogen leggen. Voorzienbaarheid kan evenwel niet worden aangenomen op basis van artikel 5, aanhef en onder b, van het bestemmingsplan. Weliswaar betreft ook dit een binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid die op één lijn te stellen is met het vrijstellingsbesluit voor zover daarbij een verhoging tot een bouwhoogte van 13,2 m is toegestaan, maar gelet op de in artikel 5, aanhef en onder b, van het bestemmingsplan neergelegde sterk beperkende voorwaarden voor toepassing van deze vrijstellingsmogelijkheid, was een aanpassing van 10% van de voorgeschreven maten of bouwnormen voor een redelijk denkend en handelend koper niet zonder meer voorzienbaar. Dit betekent dat het college het advies van de SAOZ in zoverre niet aan de besluitvorming ten grondslag heeft mogen leggen.

Het betoog faalt in zoverre.

8. Voor zover het college betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het gebruik van het fabriekscomplex door Cargill als cacaoafabriek niet is toegestaan, berust dit op een onjuiste lezing van de uitspraak. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het vrijstellingsbesluit slechts betrekking heeft op de uitbreiding van de bouwhoogte en bouwgrenzen van gebouwen op het bedrijventerrein van Cargill en niet tevens op de op dat terrein toegestane milieucategorie. Voor zover wederpartij heeft gesteld dat de activiteiten van Cargill intensiever zijn dan op basis van de geldende milieucategorie is toegestaan en zij daardoor schade lijdt, kan dit in deze procedure dus niet aan de orde komen.

Hoger beroep van Cargill

9. Het hoger beroep van Cargill is inhoudelijk gelijk aan het hoger beroep van het college, zodat dit, gelet op hetgeen is overwogen onder 7.1 tot en met 7.3 en 8, geen aparte bespreking behoeft.

Conclusie

10. De conclusie is dat het besluit van 19 november 2013 is genomen in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb. De Afdeling ziet in het belang bij een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding het college op de voet van artikel 8:51d van de Awb op te dragen het gebrek in voormeld besluit binnen tien weken na verzending van deze tussenuitspraak te herstellen. Gelet op hetgeen is overwogen onder 7.3 dient het college er daarbij van uit te gaan dat het nadeel dat is ontstaan door het in het vrijstellingsbesluit toestaan van een bouwhoogte tot 12 m voorzienbaar was ten tijde van de aankoop van het perceel door wederpartij en het toestaan van een hogere bouwhoogte dan 12 m niet. Dit betekent dat het college dient na te gaan, al dan niet met hulp van een deskundige, wat de omvang van het hierdoor geleden nadeel is en of dit nadeel, gelet op het normaal maatschappelijk risico van 2% van de waarde van het perceel, voor vergoeding in aanmerking komt.

11. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

draagt het college van burgemeester en wethouders van Wormerland op om binnen tien weken na de verzending van deze tussenuitspraak:

1. met inachtneming van hetgeen hierin is overwogen het besluit van 19 november 2013, met kenmerk Bwld2013_23/13-013356 te wijzigen dan wel in plaats daarvan een nieuw besluit te nemen. In het laatste geval dient het nieuwe besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend gemaakt te worden;
2. de Afdeling de uitkomst mede te delen.

Noot

1. Op 23 november 2016 gaf de Afdeling bestuursrechtspraak in een reeks van uitspraken antwoord op een belangrijke vraag in het kader van het leerstuk van de risicoaanvaarding. Het betreft de vraag of een ten tijde van de aankoop nog ongebruikte binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid in het bestemmingsplan aanleiding

kan geven tot voorzienbaarheid aan de kant van de koper.

2. De casus betrof de verlening van een vrijstelling met toepassing van het destijds geldende art. 19 WRO voor de uitbreiding van de bebouwing van een cacao-fabriek op een bedrijventerrein in Wormer. Dit vrijstellingsbesluit heeft het mogelijk gemaakt dat de bouwhoogte voor een deel van het bedrijventerrein 15 meter wordt en voor een ander deel 12 meter, terwijl op basis van het bestemmingsplan een bouwhoogte van 9 meter was toegestaan. Tevens mocht op basis van de vrijstelling bebouwing worden opgericht op gronden waar dat op grond van het bestemmingsplan niet werd toegestaan. Volgens het deskundigenadvies van de SAOZ heeft de vrijstelling ex art. 19 WRO een planologische verslechtering tot gevolg, voor zover het de verhoging van de bouwhoogte betreft. In het bestemmingsplan waren echter twee binnenplanse vrijstellingsmogelijkheden opgenomen, op basis van het destijds geldende art. 15 WRO (sinds de inwerkingtreding van de Wabo gaat het om de 'omgevingsvergunning waarbij kan worden afgeweken van bij het plan omschreven regels' (zie art. 3.6 lid 1 sub c Wro). De eerste houdt in dat vrijstelling kan worden verleend tot een bouwhoogte van 12 meter, voor maximaal één derde van het bebouwde oppervlak op het bedrijventerrein. De tweede houdt in dat, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, vrijstelling kan worden verleend van de maatvoering met 10%. Van deze binnenplanse vrijstellingsbevoegdheden is geen gebruik gemaakt, in plaats daarvan werd een 'buitenplanse' vrijstelling verleend op basis van art. 19 WRO. In hoeverre wordt bij de beoordeling van een aanvraag om planschadevergoeding rekening gehouden met dergelijke ongebruikte binnenplanse vrijstellingsbevoegdheden? Er moet in dit kader onderscheid gemaakt worden tussen de planvergelijking en de actieve risicoaanvaarding.

3. De ongebruikte binnenplanse vrijstellingsmogelijkheden worden niet betrokken bij de planvergelijking. Daartoe is cruciaal dat – krachtens het overgangsrecht in art. 9.1.18 Invoeringswet Wro – de planschaderegeling in afdeling 6.1 Wro van toepassing is, en niet het oude art. 49 WRO (zie G.M. van den Broek, 'De overgangsregeling voor planschade in de Invoeringswet Wro', *O&A* 2010, p. 108–118). Art. 6.1 lid 2 sub a Wro noemt 'een bepaling van een bestemmingsplan of inpassingsplan' als schadeoorzaak, waarbij de bepalingen als bedoeld in art. 3.6 lid 1 Wro zijn uitgezonderd. Dit betekent dat ongebruikte flexibilitateitsbevoegdheden die krachtens art. 3.6 Wro in het bestemmingsplan zijn opgenomen, geen zelfstandige schadeoorzaak zijn en buiten beschouwing moeten worden gelaten bij de plan-

vergelijking. Slechts indien en voor zover de flexibilitateitsbevoegdheden zijn toegepast, kan aanspraak worden gemaakt op een tegemoetkoming in de planschade (zie art. 6.1 lid 2 sub b en sub c Wro). Om iedere onduidelijkheid hieromtrent te voorkomen, is art. 6.1 Wro sinds 25 april 2013 aangepast (*Stb.* 2013, 144). De wetgever heeft met deze wijziging beoogd ondubbelzinnig duidelijk te maken 'dat schade als gevolg van een bestemmingsplanbepaling, die slechts een bevoegdheid geeft tot een nader besluit, pas bepaald wordt nadat een besluit gebruikmakend 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' (*Kamerstukken II* 2011/12, 33135, 3, p. 13–14). Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat de Afdeling de ongebruikte bevoegdheden tot verlening van een binnenplanse vrijstelling ex art. 15 WRO of binnenplanse ontheffing ex art. 3.6 Wro buiten beschouwing laat bij de planvergelijking. Dit geldt zowel voor het oude als voor het nieuwe planologische regime, waarbij het niet uitmaakt dat het bestemmingsplan tot stand is gebracht onder de oude WRO. De Afdeling overwoog bij uitspraak van 1 augustus 2012 (*AB* 2013/196, m.nt. G.M. van den Broek 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."

De Afdeling overwoog in de overzichtsuitspraak van 28 september 2016 dat het voor de hand ligt om aan te nemen dat hetzelfde geldt voor een in een bestemmingsplan opgenomen mogelijkheid om bij omgevingsvergunning af te wijken van re-

gels van het bestemmingsplan (ABRvS 28 september 2016, AB 2016/399). In de voornoemde overzichtsuitspraak bevestigde de Afdeling dat dezelfde lijn wordt gevolgd voor ongebruikte wijzigingsbevoegdheden (ABRvS 12 januari 2005, Gst. 2005/32; ABRvS 16 maart 2005, AB 2005/163; ABRvS 14 oktober 2009, AB 2010/106). Een in een bestemmingsplan opgenomen, niet gebruikte wijzigingsbevoegdheid moet derhalve bij de maximale invulling van dat bestemmingsplan buiten beschouwing worden gelaten (ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3441).

4. Kunnen ongebruikte flexibiliteitsbevoegdheden in een bestemmingsplan aanleiding geven tot voorzienbaarheid? Uit een uitspraak van 1 augustus 2012 (AB 2012/327) kan worden afgeleid, dat een in een bestemmingsplan opgenomen uitwerkingsplicht aanleiding geeft tot voorzienbaarheid aan de kant van een koper. 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. Ook een ongebruikte wijzigingsbevoegdheid kan van betekenis zijn in het kader van de voorzienbaarheid ten tijde van de aankoop. In de zaak die aan de orde was in ABRvS 16 maart 2005 (AB 2005/163) werd de planologische verslechtering, net als in de onderhavige zaak, veroorzaakt door een vrijstelling ex art. 19 Wro. In de voornoemde uitspraak d.d. 16 maart 2005 oordeelde de Afdeling bestuursrechtsspraak dat aan de ongebruikte wijzigingsbevoegdheid betekenis toekwam in het kader van de vraag of de planologische verslechtering voor betrokkene voorzienbaar was, omdat de op grond van de verleende vrijstelling ex art. 19 Wro gegeven bouwmogelijkheden min of meer op één lijn waren te stellen met die welke op grond van de wijzigingsbevoegdheid hadden kunnen worden gerealiseerd en de planologische verslechtering in beide gevallen ongeveer hetzelfde was (ABRvS 16 maart 2005, AB 2005/163). In haar oordeel betrok de Afdeling dat de bij de wijzigingsbevoegdheid gegeven bouwmogelijkheden in het bestemmingsplan concreet stonden omschreven zodat de wijzigingsbevoegdheid voldoende bepaald was. De Afdeling verwijst in de onderhavige uitspraak naar de hiervoor weergegeven overwegingen in de uitspraak van 16 maart 2005 (AB 2005/163). Dat verwezenlijking van een binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid een discretionaire bevoegdheid en daarmee een onzekere toekomstige gebeurtenis betreft, doet

aan de voorzienbaarheid niet af. De Afdeling verwijst ter onderbouwing van dit oordeel naar haar vaste jurisprudentie dat voor het aannemen van risicoaanvaarding niet is vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststaat, of dat deze maatregel in detail is uitgewerkt of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald. Beslissend is of de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was dat hiermee bij de beslissing tot aankoop rekening kon worden gehouden (ABRvS 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9640).

5. Dat betekent niet dat iedere vrijstellings- of wijzigingsbevoegdheid aanleiding geeft tot voorzienbaarheid. Hiervoor bleek al dat de Afdeling meeweegt of de gegeven mogelijkheden concreet zijn omschreven en voldoende bepaald zijn. Dat geldt voor de eerste binnenplanse bevoegdheid waardoor het mogelijk wordt om de bouwhoogte te verhogen tot 12 meter. De resultaten waar de tweede vrijstellingsbevoegdheid toe zouden kunnen leiden, te weten een aanpassing van 10% van de voorgeschreven maten of bouwnormen was gelet op beperkende voorwaarden die in het bestemmingsplan zijn gesteld aan de toepassing van deze bevoegdheid voor een redelijk denkend en handelend koper niet zonder meer voorzienbaar. Dat betekent dat het nadeel dat is ontstaan door het in het vrijstellingsbesluit toestaan van een bouwhoogte van 12 meter voorzienbaar was ten tijde van de aankoop (gelet op de eerste binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid), maar het toestaan van een hogere bouwhoogte dan 12 meter niet (de tweede binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid). De schade is dus (slechts) gedeeltelijk voorzienbaar.

6. Schiet de benadeelde er iets mee op? In een nieuwe beslissing op bezwaar dient het college de omvang te bepalen van het nadeel dat is ontstaan door het toestaan van een hogere bouwhoogte dan 12 meter. Vervolgens moet het college beoordelen of deze (resterende) schade, dat wil zeggen de schade die wordt veroorzaakt door het toestaan van een bouwhoogte tussen 12 meter en 15 meter op een deel van het bedrijventerrein, uitstijgt boven de 2% drempel van art. 6.2 lid 2 Wro (r.o. 10). Deze overweging is in lijn met eerdere jurisprudentie waarin de Afdeling bepaalde dat in een geval waarin de planologische ontwikkeling gedeeltelijk voorzienbaar was, voor de beantwoording van de vraag of de schade geheel of gedeeltelijk binnen het normaal maatschappelijk risico valt, dient te worden uitgegaan van het schadebedrag dat reesteet na aftrek van dat deel van de schade dat voorzienbaar was ten tijde van de aankoop (ABRvS 8 juli 2015, AB 2016/97). Het

is niet onwaarschijnlijk dat het resterende deel van de schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat deze schade niet uitstijgt boven de wettelijke 2%-drempel. Eerder had de SAOZ immers al geconcludeerd dat een bouwhoogte tot 13,2 meter voorzienbaar was en dat het planologisch nadeel dat het gevolg is van een hogere bouwhoogte tussen de 13,2 meter en 15 meter zodanig gering is dat dit het minimum-forfait van 2% in art. 6.2 lid 2 Wro niet te boven gaat. Mocht het nadeel dat het gevolg is van een verhoging van de bouwhoogte tussen 12 meter en 15 meter wel uitstijgen boven de 2% drempel dan kan het bestuursorgaan aan de hand van de zogenaamde *Heiloo*-criteria motiveren dat een hoger forfait dan de 2%-drempel moet worden toegepast (vgl. ABRvS 2 maart 2016, AB 2016/215). Kortom, het is lang niet zeker dat deze tussenuitspraak tot een voor benadeelde gunstiger eindresultaat heeft geleid.

G.M. van den Broek

AB 2017/216

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

23 november 2016, nr. 201508575/1/A2
(Mrs. P.B.M.J. van der Beek-Gillesen, N. Verheij, B.J.Schueler)
m.nt. G.M. van den Broek

Art. 6.1 lid 1, art. 6.3 sub a Wro; art. 8:51d Awb

Module Ruimtelijke ordening 2017/7690
ECLI:NL:RVS:2016:3134

Planschade; actieve risicoaanvaarding; verkrijging van eigendom onder algemene of bijzondere titel; Afdeling beantwoordt de vraag in welke gevallen op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid kan worden aangenomen; bij de vraag of een planologische wijziging voorzienbaar was, kan aan een (nog) niet gebruikte binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid betekenis toekomen.

Appellant heeft de volledige eigendom van het perceel niet verkregen na het overlijden van zijn vader, maar op basis van een koopovereenkomst en na betaling van een koopsom. Dit betekent dat appellant die eigendom heeft verkregen onder bijzondere titel. De stelling van appellant dat zijn situatie vergelijkbaar is met de situatie in de zaak die heeft geleid tot voormelde uitspraak van de Afdeling van 10 oktober 2012, en de verkrijging onder bijzondere titel in zijn geval dus gelijkgesteld had moeten wor-

den aan verkrijging onder algemene titel, kan niet worden gevolgd. Anders dan in de zaak van 10 oktober 2012, is in het geval van appellant geen sprake van een bedrijfsoverdracht op basis van een in een maatschapsakte opgenomen verblijvensbeding dat ten doel heeft het bedrijf integraal van vader op zoon over te doen gaan. Dat, naar appellant stelt, hij feitelijk gebonden was de woning over te nemen door de belofte aan zijn vader en omdat zijn moeder de paarden niet alleen kon verzorgen, maakt dit, wat daar verder ook van zij, niet anders. Dit betekent immers niet dat appellant voorzienbare planologische wijzigingen niet in de koopsom had kunnen verdisconteren.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:765) is de planschade, indien ten tijde van de aankoop van een onroerende zaak voor een redelijk denkend en handelend koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen, voorzienbaar en dient deze voor rekening van de koper te worden gelaten. In dat geval wordt de koper geacht de mogelijkheid van verwezenlijking van de negatieve planologische ontwikkelingen te hebben betrokken bij het overeenkomen van de koopprijs. Om voorzienbaarheid te kunnen aannemen, is voldoende dat er een concreet beleidsvoornemen is, dat openbaar is gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft.

Zoals de Afdeling voorts eerder heeft overwogen, dient, om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, een redelijk denkend en handelend koper uit de openbaarmaking daarvan te kunnen begrijpen op welk gebied dat beleidsvoornemen betrekking heeft, wat de zakelijke inhoud ervan is en van die inhoud te kunnen kennismaken (vergelijk de uitspraak van 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0372).

In het raadsbesluit heeft de gemeenteraad onder voorwaarden een positief standpunt ingenomen ten behoeve van de uitbreidings- en herinrichtingsplannen van bedrijf Het college heeft evenwel niet aangetoond dat dit raadsbesluit openbaar is gemaakt. De publicatie in het lokale huis-aan-huis blad van de agenda en de besluitenlijst van de raadsvergadering waarin de uitbreidings- en herinrichtingsplannen als agendapunt zijn behandeld, is in dit kader onvoldoende, nu daarin niet de zakelijke inhoud van dat raadsbesluit is weergegeven. Evenmin is de verwijzing door het college naar de verslagen van zowel de voorronde van de gemeenteraad van 31 januari 2006 als de gemeenteraadsvergadering van 14 februari 2006 op de website van de gemeente voldoende, nu ook uit deze verslagen niet de zakelijke inhoud van het raadsbesluit