

2. Planschade, te dragen door de gemeenschap of door het individu?

STIJN BERNS EN PAUL HERDER

Planschade¹ wordt veelal als een obstakel beschouwd binnen het gehele spectrum van gebiedsontwikkeling. In de brief van de minister van Infrastructuur en Milieu van 19 mei 2016, waarin de Tweede Kamer wordt geïnformeerd over de voortgang van de Omgevingswet, wordt planschade door de minister aangemerkt als één van de oorzaken waarom de in de toekomstige Omgevingswet voorgestane uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling² niet goed van de grond zouden komen.³

1. Inleiding

De minister verduidelijkt dat planschade kan worden geclaimd voor alle mogelijkheden die een bestemmingsplan maximaal biedt (planmaximalisatie). Dit heeft het risico tot gevolg dat schade moet worden vergoed die in werkelijkheid niet wordt benut. Dezelfde minister had al in de nota van toelichting van het Besluit van 13 mei 2014 tot wijziging van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet en tot aanvulling van de bijlagen bij de Crisis- en herstelwet (zevende tranche), planschade als hét probleem benoemd voor het wegbestemmen van onbenutte mogelijkheden voor de bouw van kantoren.⁴ Dit zou leiden tot "grote planschadeclaims".

Deze negatieve associatie met planschade is niet nieuw. Het herinnert ons aan de wetswijziging van de Wet Ruimtelijke Ordening⁵ naar de Wet ruimtelijke ordening⁶ (hierna: Wro). In de memorie van toelichting stond beschreven dat er een omvangrijke claimcultuur is ontstaan en dat de behandeling van claims zeer veel tijd en geld vergt en er relatief

hoge vergoedingen werden toegekend.⁷ Hierin werd de motivatie gevonden om het normaal maatschappelijk risico te introduceren⁸ en voortaan in plaats van planschade te spreken over "een tegemoetkoming in de schade" ex artikel 6.1 Wro.⁹

Gaan wij er met zijn allen te gemakkelijk aan voorbij dat daadwerkelijk schade wordt geleden door individuen? Hebben de vele ficties en abstracte uitgangspunten in het planschaderecht er wellicht aan bijgedragen dat een verzoek om planschade niet wordt ervaren als een terecht verzoek om een financiële vergoeding, maar als hinderlijke claim voor de gemeenschap?

Aan de hand van een bespiegeling tussen indirecte en directe planschade krijgen de hiervoor beschreven vragen beantwoording. Gebruik wordt gemaakt van de beschikbare rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).

2. Vormen van planschade

Zelden wordt door de wetgever – niet in de literatuur en ook niet door de minister – ingegaan op het verschil in planschade die zich in indirecte vorm (indirecte planschade) of directe vorm (directe planschade) kan manifesteren. In de meeste gevallen lijkt men te spreken over indirecte plan-

1 De auteurs danken mr. ing. A.C.M.M. (Ad) van Heesbeen MRICS RT voor zijn bijdrage aan dit artikel.

2 Planologie en gebiedsontwikkeling waarbij de overheid zich uitnodigend en faciliterend opstelt tegenover initiatiefnemers.

3 Brief van 19 mei 2016 gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk IENM/BSK-2016/99390. De stelling is voorzien van een voetnoot die verwijst naar A.G.A. Nijmeijer tijdens de deskundigenbijeenkomst van de Eerste Kamer van 12 oktober 2015, zie *Kamerstukken I 2015/16*, 33 962, nr. B, p. 3, en zijn artikel 'Van bestemmingsplan naar omgevingsplan. Een uitnodigende ontwikkeling?', in: *Terecht Bouwrecht. Over de bijdrage van het recht aan de bouw in de praktijk* (R.J. Cremers red.), p. 233-249.

4 *Stb.* 2014, 168, p. 23. Dit sluit aan op art. 7c lid 8 Besluit Crisis- en herstelwet (13 juli 2010) dat de aangewezen gemeenten de mogelijkheid biedt om onbenutte bouw- en gebruiksmogelijkheden na een termijn van drie jaar weg te bestemmen.

5 Planschade was opgenomen onder art. 49 Wet Ruimtelijke Ordening.

6 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3.

7 Bij een gemiddelde van € 10.000 per toegekende schadeclaim werd de planschade geschat op € 20 miljoen op jaarbasis.

8 Art. 6.2 lid 1 Wro. Voor indirecte planschade geldt in ieder geval een wettelijk forfaitair percentage gelijk aan twee procent (art. 6.2 lid 2 Wro).

9 *Kamerstuk 33 135*: Wijziging van de Crisis- en herstelwet en diverse andere wetten in verband met het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het aanbrengen van enkele verbeteringen op het terrein van het omgevingsrecht. In deze wijziging werd de werking van de planschaderegeling gewijzigd. Aan de planschaderegeling van de Wro kwam het égalité-beginsel ten grondslag te liggen in plaats van het rechtszekerheidsbeginsel.

schade. Het merendeel van de planschadeaanvragen in onze praktijk en in de rechtspraak betreft indirecte planschade. Directe planschade zien wij daarentegen in onze praktijk steeds vaker. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn de in het Besluit ruimtelijke ordening opgenomen “Ladder voor duurzame verstedelijking”, als gevolg waarvan de overheid een zorgvuldige afweging dient te maken over het ruimtegebruik. Hieruit kan de wens ontstaan om plan- en overcapaciteit aan winkels, kantoren en woningen terug te dringen. Met het verbreden, verruimen en globaler maken van ruimtelijke plannen, zoals wordt beoogd in de Omgevingswet, komt wellicht ook de angst dat het terugbrengen van deze bestemmingen (als spiegelbeeld) vervolgens directe schade tot gevolg kan hebben.¹⁰

Met het in de volksmond gehanteerde begrip ‘planschade’ wordt dan ook meestal bedoeld op indirecte planschade, de klassieke variant, waarbij in de omgeving van meestal een woning wordt ontwikkeld, met een waardedaling van de woning tot gevolg. Indirecte planschade is een waardevermindering van de eigen onroerende zaak of inkomensschade als gevolg van een planologische wijziging op een ander perceel, meestal in de directe nabijheid gelegen. Dit uit zich vervolgens in schadefactoren als bijvoorbeeld de aantasting van uitzicht of privacy, schaduwwerking of toename van verkeersintensiteit. Bij directe planschade daalt het eigen perceel (hierna: onroerende zaak) van aanvrager (een eigenaar) in waarde, omdat de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden daarvan in nadelige zin worden gewijzigd.

Een verklaring waarom indirecte planschade vaker voorkomt, althans vaker wordt geclaimd, zou gelegen kunnen zijn in het feit dat indirecte planschade, anders dan directe planschade, in principe zichtbaar is.¹¹ Een gevolg is dat indirecte planschade om die reden vaker ter beoordeling staat van de bestuursrechter. Wij hebben het idee dat het wettelijk stelsel vooral is (in)gericht op de indirecte planschade. De rechtspraak ontwikkelt zich vooral via deze vorm van planschade. De hoofdlijnen in de rechtspraak worden gevormd door de indirecte planschade en vervolgens komt daarna aan de orde of dezelfde overwegingen voor directe planschade hebben te gelden.

3. Aard en opvang van de schade

Waar hebben wij het nou eigenlijk over bij planschade? Is dit vermogensschade en/of inkomensschade en welke voor-

beelden zijn er te noemen? De schadegevoelige onroerende zaak betreft meestal een woning. Voorbeelden van indirecte planschade zijn woningen die in waarde dalen vanwege de in de nabijheid mogelijk gemaakte nieuwe: woonwijk, weg, dijk, hoogspanningstraject of windmolens. Voor bedrijfsobjecten of horeca kan ook indirecte planschade ontstaan. Voorbeelden hiervan zijn het in negatieve zin veranderen van een zichtlocatie door een scherm of bebouwing of een (horeca)bedrijf waarvoor een verminderde bereikbaarheid ontstaat. Voor bedrijven met milieu(hinder)cirkels¹² kan indirecte planschade ontstaan door in de omgeving mogelijk gemaakte (oprukkende) woningbouw.¹³ Bij het vaststellen van een nieuw ruimtelijk (planologisch) regime worden er vanuit het milieurecht en de Wet ruimtelijke ordening regels gesteld ten aanzien van de verhouding tussen woningen en bedrijven. Er moet sprake zijn van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Om die reden komt het zelden voor dat omliggende bedrijven worden gefrustreerd in hun bedrijfsvoering met inkomensschade tot gevolg. De schade, indien aanwezig, beperkt zich meestal tot vermogensschade (een waardedaling). Deze vermogensschade kan ontstaan omdat bestaande, in planologische zin aanwezige uitbreidingsmogelijkheden of bepaalde gebruiksmogelijkheden ook voor een opvolgend eigenaar niet meer mogelijk zijn. De schade zou in deze gevallen zelfs tot uitdrukking kunnen komen in de kosten die gemoeid zijn met het treffen van schadebeperkende maatregelen zoals isolatie- of geluidwerende voorzieningen.

Bovenstaande indirecte schade is niet op één lijn te stellen met de veelal hogere directe schade die voor bedrijven of andere onroerende zaken kan ontstaan wanneer milieucategorieën of andere (lucratieve) gebruiksmogelijkheden zoals de bestemming (detailhandel en/of aanduiding supermarkt) rechtstreeks worden ingeperkt. Directe planschade kan in gevallen ook ontstaan door het toevoegen van een voor de eigenaar ‘negatief’ te ervaren bestemming zoals ‘waterberging’, ‘groen’ of een ‘(hoogspannings)leiding’.¹⁴ Over het algemeen geldt ook bij directe planschade dat de feitelijke bedrijfsvoering niet wordt belemmerd, althans dat hier rekening mee wordt gehouden en dat deze mag worden gecontinueerd onder het overgangsrecht, waarover later in dit artikel meer. Dit heeft tot gevolg dat de directe schade meestal (alleen) vermogensschade en geen inkomensschade betreft.

10 De koppeling met het leerstuk van de passieve risicoaanvaarding (verwijtbaar stilzitten) is hier te maken. Een bespreking hiervan gaat het bestek van dit artikel te buiten.

11 Uitzondering op de ‘zichtbaarheid’ is de indirecte schade die ontstaat door een planmaximalisatie die verder gaat dan de feitelijke ontwikkeling.

12 Genoemd kunnen worden de bedrijven en milieuzonering van de Vereniging Nederlandse Gemeenten.

13 ABRvS 21 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2103 (*gemeente Bergh*).

14 Een ‘vervolgstap’ naar aankoop of onteigening is niet vanzelfsprekend. Het recht om onteigend te worden bestaat niet. Vergelijk: inaugurele rede prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans, *Recht op onteigening*, Nijmegen, 2013. De samenhang met andere grondzakelijke rechtsgebieden is goed om hier te vermelden. Op grond van art. 40f Ontheigeningswet komt op de prijsvermeerdering bedoeld in art. 40e Ontheigeningswet in mindering de vergoeding die te dier zake op grond van art. 6.1 Wro is toegekend. Op grond van de (voorrangs)regeling opgenomen in art. 7.16 Waterwet (nadeelcompensatie) of op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht zou planschade wanneer deze volgorde eerst is vergoed (al dan niet gedeeltelijk) als ‘anderszins verzekerd’ kunnen worden beschouwd.

4. Het verschil in aantasting van het eigendom

De wijze waarop het eigendom wordt aangetast verschilt in belangrijke mate tussen directe en indirecte planschade. Het verschil in de omvang van de schade kan hiermee worden verklaard. Vooral bij directe planschade kan gesteld worden dat er sprake is van een rechtstreekse, directe aantasting van het 'eigendomsrecht'.¹⁵ Het grootste verschil met indirecte planschade is hiermee een gegeven. Indirecte planschade is met een grotere afstand te bekijken, de schade wordt letterlijk ook op een afstand veroorzaakt. Directe planschade raakt een eigenaar, althans zijn eigendom, rechtstreeks. Van een afstand in letterlijke en figuurlijke zin is geen sprake. De (financiële) gevolgen kunnen enorm zijn, iets waaraan soms wel eens te eenvoudig voorbij wordt gegaan. De wijze waarop vooral tegen directe planschade wordt aangekeken en de negatieve ondertoon die hieraan wordt toegedicht binnen de ruimtelijke ordening wekt bij ons verbazing.

Illustratief hiervoor zijn de door de wetgever en rechtspraak opgelegde en geaccepteerde hogere drempels en kortingen met betrekking tot het te dragen normaal maatschappelijk risico en het (willen) vereenvoudigen om een bestemming weg te bestemmen. In de eerder genoemde brief van de minister¹⁶ gericht aan de Tweede Kamer ter informatie over de Omgevingswet schrijft de minister voornemens te zijn een forfait voor normaal maatschappelijk risico te willen vaststellen van 5%. De minister wenst bovendien in de Omgevingswet in aanvulling op het Besluit Crisis- en herstelwet aanvullende regels op te stellen over de criteria om onbenutte functies weg te bestemmen zonder schadevergoeding.¹⁷

De gedachte dat bepaalde rechten en een waarde kunnen worden verbonden aan een planologische mogelijkheid en als tegenhanger daardoor, door toevoeging of ontneming hiervan, schade kan ontstaan, lijkt te vervagen. De wijze en het gemak waarop gesteld wordt dat de planschade kennelijk door het individu moet worden gedragen, staat in schril contrast tot de waarborgen en rechtsbescherming bij een onteigening. Zulks wordt aangemerkt als meest vergaande inbreuk op het eigendomsrecht.

Eerdergenoemde fictie van de planmaximalisatie zorgt naar onze inschatting onder andere voor het (negatieve) gevoel dat sommigen bekruipt bij planschade. De aan te nemen ficties stroken niet volledig met de wijze van handelen en denken in ons dagelijks leven. Bij indirecte schade stuit het hiervoor beschreven theoretische uitgangspunt van de

maximale invulling vaak op onbegrip.¹⁸ Voorzichtig zou gesteld kunnen worden dat in de praktijk wél meer wordt gehandeld naar de feitelijke verandering in de omgeving en niet naar de planologisch maximale verandering. Het idee leeft dat meer zou worden vergoed dan waarop een eigenaar 'recht' zou hebben. Hierin is ook de reden gelegen dat de minister in de Omgevingswet wil opnemen dat de (indirecte) planschade (pas) wordt vergoed, als duidelijk is welke schade daadwerkelijk (feitelijk) wordt geleden. Bij de vergoeding van indirecte schade wil de minister regelen dat niet het ruimtelijk plan de oorzaak is van de schade maar dat pas om een vergoeding kan worden verzocht op het moment dat de activiteit wordt uitgevoerd. Voor directe planschade blijft de koppeling met het ruimtelijke plan (straks Omgevingsplan) wel bestaan. De verhouding tussen de hiervoor genoemde fictie en werkelijkheid in relatie tot indirecte en directe planschade krijgt hierna verduidelijking.

5. Fictie versus werkelijkheid

Bij indirecte planschade is er, anders dan bij directe planschade, een onderscheid aan te brengen tussen de gestelde schadegevoelige onroerende zaak en de gewraakte schade-locatie. Bij indirecte planschade beperkt de fictieve planvergelijking met eerder aangehaalde planmaximalisatie zich tot de gewraakte locatie waarop het schadeveroorzakende regime ontstaat. Bij directe planschade 'vermengt' de gewraakte locatie zich met de gestelde schadegevoelige onroerende zaak. Bepaalde uitgangspunten en ficties die hebben te gelden bij de planvergelijking ten aanzien van de locatie werken bij directe planschade dan ook rechtstreeks door in de onroerende zaak, meer specifiek in de taxatie. In dit verband is het interessant te bezien, aan de hand van de fictieve uitgangspunten in het planschaderecht¹⁹ en de taxatie, of de overwegingen die in de rechtspraak worden bekrachtigd ten aanzien van indirecte schade zonder meer kunnen worden overgenomen bij gevallen van directe planschade.

Deze ficties zijn aan de orde omdat bij een aanvraag om planschade doorgaans van een daadwerkelijke feitelijke

15 Zoals o.a. beschermd in art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.

16 Brief van 19 mei 2016 gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer over de Omgevingswet, kenmerk: IENM/BSK-2016/99390.

17 De verzachtende zinsnede 'voorzienbaarheid creëren' wordt ook wel eens gehanteerd. Verwezen kan worden naar Rick Meijer en Arjan Bregman, 'Herdefiniëren plancapaciteit zonder schadeclaims', *Grondzaken in de praktijk*, jaargang 10, december 2015, p. 9-11.

18 In het verlengde van dit onbegrip kan ter illustratie ook het (theoretische en strenge) uitgangspunt worden genoemd van de 'actieve risicoaanvaarding'. De planschade kan op basis van een voor eenieder kenbaar en openbaar gemaakt concreet (beleid)voornemen zoals een streekplan, structuurvisie, planologische kernbeslissing of niet verwezenlijkte wijzigingsbevoegdheid (volledig) voor eigen rekening en risico van een aanvrager komen. Niet is vereist dat het bewustzijn van het risico van de verslechtering van de planologische situatie daadwerkelijk bij aanvrager aanwezig was (ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2091 (Zutphen)).

19 Zie uitgebreid over de ficties en (het ontbreken van) de realiteit in het planschaderecht: S. Berns, 'De realiteit in het planschaderecht', *PRO* 2015/2, p. 77-82. Zie ook B.P.M. van Ravels: 'Het is eigenlijk heel eenvoudig ... abstraheren, maximaliseren, objectiveren, relativiseren, toerekenen en taxeren bij het beoordelen van planschade', in: *Van Buuren-bundel Goed verdedigbaar*, Deventer, Kluwer 2011, p. 131 e.v.) en B.J. van Ettekenoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie VU Amsterdam), Vossiuspers UvA, Amsterdam december 2010, p. 12.

aan- of verkoop geen sprake is. Als standaardoverweging in de uitspraken van de Afdeling is te lezen dat als uitgangspunt wordt genomen: de fictieve koper en verkoper die bij een fictieve en abstracte²⁰ aan-/verkoop uitgaan van hetgeen in planologische zin maximaal tot de mogelijkheden behoort onder zowel het bestaande regime als het nieuwe regime. Fictie is dat koper en verkoper hun prijs hierop afstemmen, waardoor de waarde (onmiddellijk voor en na de peildatum) kan worden geschat.²¹ Daarbij is nadrukkelijk niet de feitelijke situatie van belang, doch hetgeen op grond van deze regimes maximaal onderscheidenlijk kan worden gerealiseerd, ongeacht de vraag of verwezenlijking heeft plaatsgevonden. Onder andere het hierboven gestelde (theoretische) fictieve uitgangspunt van de maximale planologische invulling zorgt ervoor dat een rechtstreekse koppeling met 'de markt' (de werkelijkheid) niet altijd te maken is. Niet zelden blijkt dat koper en verkoper in de praktijk van de markt anders denken en handelen dan de fictieve koper en verkoper in de theoretische 'planschadewereld'. Welke van de twee al dan niet *redelijk* denkt en handelt, laten wij maar even in het midden. Met een bij indirecte schade aan te brengen scheiding tussen de gewraakte locatie en de schadegevoelige zaak is deze verhouding tussen fictie en werkelijkheid nog tot op zekere hoogte te plaatsen en te overzien. Dit is lastiger bij directe planschade, waar de ficties die van toepassing zijn op de locatie zich direct vermengen met de te taxeren schadegevoelige onroerende zaak.

Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan is wat ons betreft 'het overgangsrecht' en de wijze waarop hiermee in de planvergelijking en taxatie wordt en zou moeten worden omgegaan. Aan de hand van de taxatie en beoordeling van de schade, alsmede het overgangsrecht, willen wij in het resterende deel van dit hoofdstuk verduidelijken dat de fictieve uitgangspunten die hebben te gelden bij indirecte planschade niet zonder meer rechtstreeks kunnen worden doorgetrokken bij directe planschade.

5.1 De taxatie en beoordeling van de schade

Om de hierboven gemaakte opmerking beter te kunnen plaatsen, wordt eerst kort stilgestaan bij de planschadetaxatie en het ten aanzien van de taxatie relevante onderscheid tussen indirecte en directe planschade. Bij indirecte schade wordt de waardedaling (de planschade) gekoppeld aan de schadefactoren die volgen uit de twee planologische regimes die met elkaar worden vergeleken. In de praktijk worden voor de in te schatten waardedaling (dus schade) diverse schadecategorieën gehanteerd, met daaraan een bepaalde kwalificatie afhankelijk van het aantal schadefactoren en de wijze waarop deze zich manifesteren. Als hulpmethodiek bij deze abstracte beoordeling worden controlepercentages gehanteerd voor de waardedaling variërend

tussen de 0-10% en incidenteel meer dan 10%.²² Als bij indirecte planschade blijkt dat de schadegevoelige onroerende zaak in gebruik is als burgerwoning maar bestemd is tot een, voor de omgeving minder gevoelige,²³ bedrijfswoning, dan blijkt uit de rechtspraak dat voor wat betreft de waardering en daaraan te relateren waardedaling van de onroerende zaak rekening moet worden gehouden met de bestemming van de schadegevoelige onroerende zaak per peildatum. Vast uitgangspunt daarbij is in beginsel dat het feitelijk gebruik niet relevant is.²⁴ Een uitzondering hierop doet zich voor wanneer niet voorbij kan worden gegaan aan illegaal gebruik²⁵ van de schadegevoelige onroerende zaak, meer in het bijzonder als er sprake is van een bestendige gedoogsituatie²⁶ dan wel gebruik dat wordt toegestaan onder het overgangsrecht.²⁷ Dat (kennelijk) afstand moet worden genomen van de werkelijke situatie en een fictie moet worden aangenomen, laat zich hier (weer) zien.

Bij directe planschade zijn de ruimtelijke gevolgen (de schadefactoren) die ontstaan in de omgeving als gevolg van een schadeveroorzakende ontwikkeling minder van belang. Het betreft bij directe planschade de waarde en beïnvloeding van de schadegevoelige onroerende zaak zelf. Bij de beoordeling van directe planschade wordt doorgaans minder aandacht besteed aan het bestaande en nieuwe maximale regime en de invloed vanuit de omgeving. Bij directe planschade is het meer van belang aan welk planologische regime de betrokken onroerende zaak zelf zijn 'hoogste waarde' (*highest and best use*) ontleent. Bij directe planschade mag niet zonder meer worden gesteld dat een onroerende zaak zijn hoogste waarde ontleent aan het feitelijk gebruik. Wanneer een woonhuis op grond van de bestemming ook als bedrijfs-/winkelruimte had kunnen worden gebruikt, kan het vervallen van één van deze gebruiksfuncties in de waardevermindering tot uitdrukking komen. Ook bij directe planschade heeft de maximale planvergelijking te gelden en moet worden uitgegaan van een maximale benutting van hetgeen het bestemmingsplan toelaat en niet van de feitelijke situatie. Uitgangspunt is de maximale benutting van het bestemmingsplan, ook wanneer de kans op realisering uitermate gering kan worden geacht en zich tot nu toe niet heeft gemanifesteerd en dit ook in de toekomst hoogst onwaarschijnlijk is. De rechtspraak laat zien dat een planologisch gegeven mogelijkheid niet zomaar mag worden uitgesloten.²⁸ Een onroerende zaak ontleent in sommige gevallen zijn hoogste waarde aan het huidige gebruik

22 Zie uitgebreid S. Berns. 'De planschadetaxatie', *PRO* 2016/2, maart 2016, nummer 84.

23 ABRvS 27 februari 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AS5449 (*Grubbenvorst*) en ABRvS 30 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6002 (*Drimmelen*).

24 ABRvS 11 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2686 (*Middelhamis*) en ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1671 (*Haaren*).

25 ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7048 (*Maasgouw*).

26 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553 (tussenuitspraak *Peel en Maas*).

27 ABRvS 6 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR0495 (*Winterswijk*).

28 ABRvS 12 maart 2008, nr. 200705428/1, ECLI:NL:RVS:2008:BC6374, en ABRvS 24 december 2003, nr. 200301439/1, ECLI:NL:RVS:2003:AO0845.

20 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2598 (*Zaanstad*).

21 ABRvS 23 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8317 (*Hof van Twente*) en ABRvS 9 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7112 (*Helmond*).

of vergelijkbaar gebruik, omdat de bestaande opstallen hierop zijn toegesneden. Het gegeven dat het bestemmingsplan meer ruimte biedt, heeft in een dergelijk geval geen of minder gevolgen voor de (huur)waarde van het object. Over het algemeen geldt dat de waarde te koppelen is aan de potentiële aanwendingsmogelijkheden en de hieraan te verbinden kring van koopgegadigden. Neemt deze kring van koopgegadigden af, dan is het aannemelijk te stellen dat inherent hieraan de waarde afneemt. Bij afnemende gebruiksmogelijkheden kan blijken dat de onroerende zaak nog steeds courant is maar dit betekent niet automatisch dat de waarde niet is gedaald. Bij de planologische vergelijking dient volgens de Afdeling naast een kwantitatieve vergelijking dan ook een kwalitatieve vergelijking te worden gemaakt, omdat niet alle gebruiksmogelijkheden even zwaar wegen. Indien de vervallen gebruiksmogelijkheden de meest relevante mogelijkheden betreffen, waaraan de onroerende zaak zijn hoogste waarde ontleent, kan de planologische wijziging ook in dat opzicht van invloed zijn op het ontstaan van planschade. Ook de feitelijke situatie van de omgeving dient daarbij volgens de Afdeling nadrukkelijk in acht te worden genomen.²⁹

De onroerende zaak wordt bij directe planschade rechtstreeks aangetast en de vertaling naar de markt (de werkelijkheid) is prominenter aanwezig vanwege de taxatie en hierbij behorende taxatiemethodieken, waarbij niet anders dan aansluiting moet/kan worden gezocht bij de praktijk. Dit brengt ons, voordat wij ingaan op het overgangsrecht, eerst tot de taxatiemethodieken en het eerder aangegeven raakvlak met de praktijk. Voor de duidelijkheid: met de taxatie wordt in beginsel bedoeld op de waarde onmiddellijk voor de peildatum. Een taxatie kan worden opgesteld vanuit bepaalde benaderingen:

- de comparatieve benadering;
- de inkomstenbenadering;
- de kostenbenadering; en
- de wettelijke benadering.

Deze benaderingen kunnen al dan niet gecombineerd plaatsvinden.³⁰ In het belang van onderhavig artikel krijgen de comparatieve benadering en de inkomstenbenadering kort bespreking. Hierop volgen bepaalde taxatiemethoden, zoals bij de comparatieve benadering de vergelijkingsmethode en de huurwaardemethode en bij de inkomstenbenadering de kapitalisatiemethode en de *discounted-cashflow*-methode.

5.1.1 De comparatieve benadering

Onder de comparatieve benadering wordt verstaan de methode waarbij de waarde van een vastgoedobject wordt bepaald door deze te vergelijken met in de markt gerealiseerde transacties van soortgelijke objecten. Deze verge-

lijkende methode is voor woningen de meest geëigende methode om de waarde van een woning te taxeren. De huurwaardemethode wordt meestal toegepast om voor verhuurd bedrijfsmatig vastgoed de waarde te bepalen.³¹ De huurwaardemethode valt in beginsel onder de comparatieve benadering. Hieronder wordt verstaan de methode waarbij de waarde van een vastgoedobject wordt bepaald door deze te vergelijken met in de markt gerealiseerde en bekende transacties van soortgelijke objecten. De huurwaarde van een vastgoedobject kan worden omgerekend tot een waarde en omgekeerd. Een investeerder houdt bij aanvang van de investering op basis waarvan de waarde kan worden geschat, rekening met een aantal jaren te genereren huur (marktfactor). Hierdoor ontstaat voor wat betreft de huurwaarde (kapitalisatie)methode een gecombineerde benadering van de comparatieve en inkomstenbenadering.

5.1.2 De inkomstenbenadering

Voor exploitatiegebonden vastgoed (horeca, tankstations, camping) maar ook verhuurd commercieel vastgoed wordt in beginsel de inkomstenbenadering gehanteerd. Onder de inkomstenbenadering kan worden verstaan een groep van waarderingmethoden die uitgaan van de (huur)inkomsten die met het vastgoed kunnen worden gegenereerd. Getaxeerd kan worden met bruto en/of netto aanvangsrendementen (Bar- en Nar-methode). Een bekende methode gebaseerd op de inkomstenbenadering is de *discounted-cashflow* methode (DCF) oftewel netto contante waarde. Bij deze methode worden alle inkomsten en uitgaven contant gemaakt.³² Bij de DCF-methode dienen de geprognosticeerde cashflows met beoogd rendement als uitgangspunt voor de taxatie. Deze inkomsten kunnen bestaan uit huurinkomsten maar ook andere inkomsten, waardoor er een 'overlapping' kan zijn met de inkomensschade.³³

Het doel van bovenstaande passage is om inzichtelijk te maken dat de taxatie bij indirecte planschade vaak beperkt blijft tot een waardering van de woning door middel van de comparatieve benadering. Bij directe planschade speelt de taxatie een omvangrijkere rol. Anders dan bij indirecte planschade wordt de waardedaling niet ingegeven door de schadefactoren als resultaat van de planvergelijking. Dit heeft tot gevolg dat de waardedaling niet (alleen) via de planvergelijking maar via de taxatie inzichtelijk wordt gemaakt. De waardedaling wordt ingegeven door een aan te nemen lagere huurwaarde of mindere (huur)inkom-

²⁹ ABRvS 11 april 2012, nr. 201010569, ECLI:NL:RVS:2012:BW1568 (*Beuningen*).

³⁰ Zie uitgebreid PC. van Arnhem, Tom Berkhout en George ten Have, *Taxatieveer vastgoed 1*, 6e druk 2013, Noordhoff Uitgevers.

³¹ Vgl. ABRvS 12 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4053 (*bedrijfsgebouwen Koggenland*), ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0969 (*bedrijfspand Amersfoort*) en ABRvS 11 maart 2009, nr. 200805221/1, ECLI:NL:RVS:2009:BH5487 (*Ohé en Laak*), BR 2009/135, m.nt. I.P.A. van Heijst.

³² Deze methode is vooral afhankelijk van de cijfermatige invoer; essentieel is de lastig in te schatten restwaarde (Exit-Yield). De Exit-Yield is de verhouding tussen de laatste huur en de waarde van een gebouw aan het einde van de exploitatie.

³³ Huurinkomen en inkomen anderszins. De overlapping ziet op de vermogensschade en de huurinkomensstroom.

sten. Een gevolg hiervan is dat de bij indirecte planschade kenmerkende abstracte methodiek om de waardedaling in te schatten, in gevallen van directe planschade min of meer wordt verlaten en meer aansluiting wordt gezocht bij de feitelijke werkelijke situatie en/of de markt.

De schadegevoelige onroerende zaak wordt rechtstreeks beïnvloed, waardoor hieraan moeilijk voorbij kan worden gegaan. Bij directe planschade is dan ook waar te nemen dat via de taxatie de 'werkelijke wereld' zich vermengt met de fictieve 'planschadewereld', met alle gevolgen van dien. Dat een conflict kan ontstaan, wordt hierna geïllustreerd aan de hand van 'het overgangsrecht'.

5.2 Overgangsrecht

Dat het gebruik en de bebouwing die op grond van het overgangsrecht aanwezig is op de gewraakte locatie oftewel bij de beoordeling van indirecte schade buiten beschouwing moeten blijven, is vrij logisch en ligt in lijn met de planvergelijking en planmaximalisatie waarbij het onderliggende rechtmatige planologische regime (vaak een bestemmingsplan) de grondslag vormt.

Uit meerdere uitspraken³⁴ ten aanzien van indirecte planschade blijkt dat het nagenoeg vaste jurisprudentie is dat bij het vergelijken van achtereenvolgende planologische regimes (de planvergelijking) de overgangsbepalingen buiten beschouwing moeten blijven. De overweging van de Afdeling is hierbij dat deze overgangsbepalingen 'van een andere orde' zijn dan bestemmingsvoorschriften. Deze hebben betrekking op een van de bestemmingsregeling afwijkende bestaande situatie, waaraan op den duur een einde zal worden gemaakt.³⁵ De uitzondering die de Afdeling noemt op het buiten beschouwing laten van de overgangsrechtelijke mogelijkheden ziet op de zeldzame situatie waarin een bestemmingsplan zeer uitgebreid en gedetailleerd overgangsrecht bevat, waarbij de overgangsbepalingen als min of meer reguliere bestemmingsplanregels zijn geformuleerd.³⁶

Bij directe planschade krijgt het overgangsrecht in de taxatie automatisch relevantieën 'vermengt' het overgangsrecht zich met de gevoelige onroerende zaak zelf. Het 'onder het overgangsrecht brengen' kan bij directe schade zelfs de schadeoorzaak zijn.³⁷ Het overgangsrecht kan weliswaar buiten de theoretische planvergelijking worden gehouden maar met betrekking tot de taxatie speelt het onvermijdelijk een rol van betekenis. Een beschouwing van de rechtspraak laat zien dat hiermee is en wordt geworsteld. In de spaarzame uitspraken ten aanzien van overgangsrecht bij directe planschade wordt bij het bepalen van de waardever-

mindering in enkele gevallen wel rekening gehouden met de mogelijkheid op grond van het overgangsrecht om de bestaande bebouwing nog te handhaven en – in elk geval voorlopig nog – te blijven gebruiken.³⁸ Het lijkt erop dat de Afdeling inziet dat de gevolgen voor de omvang van de schade aanzienlijk zijn wanneer in het geheel anders dan de waarde in de markt het overgangsrecht helemaal wordt weggedacht³⁹.

In het verlengde hiervan zijn er meerdere uitspraken waaruit blijkt dat een vergoeding van inkomensschade werd afgewezen omdat het gebruik krachtens overgangsrecht (gewoon) kon worden voortgezet. In deze uitspraken komt aan de orde dat inkomensschade slechts aan de orde zou zijn indien het toepasselijke overgangsrecht leidt tot een vermindering van de met de exploitatie van de onderneming te verwerven inkomsten.⁴⁰ De Afdeling acht het begrijpelijkerwijs acceptabel om die inkomensschade niet te vergoeden.⁴¹ Is het dan wel logisch om de vermogensschade te vergoeden wanneer deze vermogenswaarde, althans de taxatiemethodiek, is gebaseerd op de inkomensbenadering?⁴² De eerder aangehaalde conflictsituatie tussen de fictieve 'planschadewereld' en de 'werkelijke wereld' (de markt) laat zich hier zien. De markt laat het overgangsrecht, maar ook andere ficties,⁴³ niet buiten beschouwing. Anders dan bij indirecte planschade kan vanwege de directe aantasting van de locatie geen of minder afstand worden genomen van de werkelijkheid en kunnen deze planologische ficties niet of minder worden weggedacht, althans we komen met de taxatie en werkelijkheid in de knoop. Dit betekent overigens naar onze mening niet dat de markt ten aanzien van de waarde niet reageert. Bij directe planschade kan in beginsel aan de overgangsrechtelijke bepalingen niet voorbij worden gegaan. De waarde van een onroerende zaak zal vanwege de gewijzigde planologische situatie in de toekomst verminderen, ook al sorteert het nieuwe planologische regime niet abrupt het nadelig effect, maar eerst nadat het overgangsrecht zal zijn uitgewerkt.

38 ABRvS 6 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR0495 (*Winterswijk*), ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9539 (Hooghalen), ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4970 (*Oldambt*).

39 ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2930, *BR* 2015/115, m.nt. I.P.A. van Heijst.

40 Vergelijk voor deze overwegingen ABRvS 15 juni 2005, nr. 200406908/1, ECLI:NL:RVS:2005:AT7443 (*Franekerde*), *BR* 2005/1017 en ABRvS 19 juni 2006, nr. 200508584/1, ECLI:NL:RVS:2006:AY4268.

41 Of het zelfs als voordeel te beschouwen ten aanzien van de inkomensschade wanneer de bedrijfsvoering na de peildatum tijdelijk mag worden voortgezet (vgl. tussenuitspraak ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553 (*Peel en Maas*), gebaseerd op de 'Weterschelde'-jurisprudentie: ABRvS 12 oktober 2011, nr. 201101428/1/H2, ECLI:NL:RVS:2011:BT7434, ABRvS 16 mei 2012, nr. 201100552/1/A2, ECLI:NL:RVS:2012:BW5932 en ABRvS 28 november 2012, nr. 201100552/1/A2, ECLI:NL:RVS:2012:BY4355).

42 Noemenswaardig in dit verband is een tussenuitspraak van de ABRvS van 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1293 (*Breda*) waarbij een vergoeding in de vorm van 'een incentive' niet als een geschikte manier werd beschouwd om planschade te compenseren.

43 Gedacht kan worden aan de situatie waarbij het illegale gebruik van de schadegevoelige zaak wordt gedoogd.

34 Waaronder: ABRvS 27 januari 2016 en 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:143 en ECLI:NL:RVS:2016:1708 (*Utrechtse Heuvelrug*).

35 Dit is al overwogen in een oude uitspraak van de Afdeling Geschillen, AGRvS 30 december 1993, *BR* 1994/949.

36 Vgl. ABRvS 18 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1192 (*Schijndel*).

37 Ook wel genoemd een 'uitsterfregeling'. Overgangsrecht kan zaakgebonden of persoonsgebonden zijn.

Een redelijk denkend en handelend koper en verkoper houden hier (onder andere) rekening mee en wellicht zelfs wel met de mogelijkheid om in de toekomst aangekocht of zelfs onteigend te worden. Het is bij uitstek de planschadedeskundige die op basis van de ervaringen bij indirecte planschade aan deze abstracte beoordeling invulling kan geven.

6. Conclusie

In vergelijking met andere grondbeleidsinstrumenten waarbij sprake is van een aantasting van het eigendomsrecht wordt naar onze mening ten onrechte aan 'planschade' een negatieve ondertoon gekoppeld. De afweging tussen de (financiële) belangen van een individuele eigenaar en het algemeen/publiek belang is niet nieuw en heeft altijd een rol van betekenis gespeeld binnen de ruimtelijke ordening. Uit de ervaringen die wij in de praktijk hebben opgedaan, zien wij dat de actoren binnen de gebiedsontwikkeling (overheid, burgers, ontwikkelaars) een goede modus hebben gevonden om via een sluitend systeem van planschadeverhaal en exploitatieovereenkomsten evenwicht te brengen in de verhouding tussen te dragen en te betalen planschade. De laatste decennia, en zoals blijkt uit de in dit artikel beschreven te verwachten ontwikkelingen in de Omgevingswet, lijkt de balans door te slaan naar het individu die de last vooral zelf moet dragen. Voor zover deze last bestaat uit schade die ontstaat door de fictieve uitgangspunten in het

planschaderecht is dit tot op zekere hoogte nog te billijken. Onder de Omgevingswet wordt beoogd meer aansluiting te vinden met de werkelijkheid. Naar onze mening mag zeker niet uit het oog worden verloren dat er daadwerkelijk schrijnende gevallen bestaan waarbij het eigendom, indirect of direct, rechtstreeks wordt aangetast en waar naar analogie van het onteigeningsrecht een (volledige) vergoeding te rechtvaardigen is.

Met dit artikel hebben wij de verschillen tussen indirecte en directe planschade inzichtelijk willen maken met bijbehorende ficties. Wij hebben willen verduidelijken dat bepaalde ficties die voorsnog worden aangenomen bij indirecte planschade, zoals het buiten beschouwing laten van het overgangsrecht, niet zonder meer rechtstreeks kunnen worden doorgetrokken bij directe planschade. Dit ligt in lijn met de onder de Omgevingswet beoogde aansluiting bij de werkelijkheid.

Onze slotconclusie is dat het bewust al dan niet kunnen plaatsen van de te hanteren ficties ervoor zorgt dat de planschade in welke vorm dan ook wordt gedragen en betaald aan degene die het toekomt.

Over de auteur

Mr. S. (Stijn) Berns MRICS RT en mr. ing. P.W.H. (Paul) Herder
Als jurist/taxateur verbonden aan Gloudemans, www.gloudemans.nl.