

ANNOTATIE

# **Overgangsrecht bebouingsmogelijkheden van het oude planologische regime bij indirecte planschade in de vorm van waardevermindering in het kader van de planvergelijking; plankaart en planregels duidelijk, dus geen kennelijke verschrijving.**

*Peter Willems*

*Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 09-10-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3387 (OGR-2019-0174)*

1. Deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3387, lijkt om een eenvoudige casus te gaan: appellanten hebben een woning in Amsterdam en aan de overzijde van de straat staat het zogenoemde SPDC-gebouw. Dit gebouw is legaal opgericht in 1965 en heeft een bouwhoogte van 16,2 m. In 2013 is een bestemmingsplan in werking getreden waardoor ter plaatse een maximale bouwhoogte van 18 m is gaan gelden. In het voorheen geldende bestemmingsplan (volgens de plantoelichting van het nieuwe plan op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) vastgesteld in 2003) bedroeg de maximale bouwhoogte 12 m. In beide plannen betreft het een bestemming voor maatschappelijke doeleinden. Appellanten hebben een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade ingediend, omdat zij stellen dat sprake is van een waardevermindering van hun woning ten gevolge van de mogelijk hogere bouwhoogte.

2. Het besluit van het college van burgemeester en wethouders tot afwijzing van de aanvraag is gebaseerd op een advies van een externe deskundige. In dat advies is voor de oude planologische situatie de feitelijk bestaande bouwhoogte aangehouden (te weten 16,2 m), omdat deze bouwhoogte op basis van het overgangsrecht van het oude plan mogelijk was. Een verhoging van de bouwhoogte tot 18 m zou volgens het advies niet hebben geleid tot een waardevermindering. Volgens appellanten dient echter te worden uitgegaan van een bouwhoogte van 12 m. De rechtbank heeft appellanten hierin gevolgd en daarbij overwogen dat uit het oude bestemmingsplan niet is gebleken van een voornemen om het SPDC-gebouw in overeenstemming te brengen met de toegestane bouwhoogte van 12 m.

3. In hoger beroep verwijzen appellanten naar een convenant uit 2002 waaruit zou blijken van een voornemen het SPDC-gebouw te slopen, zodat het de uitdrukkelijke bedoeling was het pand onder het overgangsrecht te brengen. Het college daarentegen stelt dat van een dergelijk voornemen niet blijkt uit de plantoelichting. Aan het convenant komt geen betekenis toe, aangezien de planwetgever gezien de plantoelichting ervoor heeft gekozen het gebouw te laten staan en de bestemming over 15 jaar te heroverwegen, aldus het college.

4. De Afdeling verwijst naar vaste jurisprudentie dat overgangsrecht beoogt de bestaande situatie binnen de planperiode te beëindigen, daarom van een andere orde is dan de planregels over bestemmingen en daarom niet dient te worden meegenomen bij de maximale invulling van de planologische mogelijkheden in het kader van de planvergelijking. Vervolgens verwijst de Afdeling naar een uitspraak van 11 oktober 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AY9901) waarin is overwogen dat er een uitzondering op deze hoofdregel bestaat, namelijk wanneer de overgangsbepaling een zodanig verstrekkende werking heeft, dat dit vrijwel dezelfde mogelijkheid biedt als het als zodanig bestemmen van de situatie. Daarvan is in casu volgens de Afdeling geen sprake. Anders dan de rechtbank vindt de Afdeling het feit dat het gebouw in 1965 is opgericht niet relevant, omdat het juist niet positief is bestemd in het oude bestemmingsplan. Als tweede argument noemt de Afdeling dat het niet relevant is of daadwerkelijk was beoogd het pand binnen de planperiode in overeenstemming te brengen met de toegestane bouwhoogte. De plantoelichting waaruit dat zou kunnen worden afgeleid is een niet bindend onderdeel van het bestemmingsplan. De Afdeling draagt het college op een nieuwe planvergelijking te maken, eventueel de schade te begroten, waarbij ook het normaal maatschappelijk risico moet worden beoordeeld.

5. De Afdeling verwijst voor de hoofdregel voor het overgangsrecht naar een uitspraak uit 2006, waarin is verwezen naar een uitspraak uit 1993 van de Afdeling geschillen van bestuur, waarin deze hoofdregel reeds is geformuleerd. Tevens is in de uitspraak uit 2006 verwezen naar drie uitspraken uit 1996 waarin de uitzonderingsregel is gegeven. De Afdeling verwijst verder naar een uitspraak uit 2018, waarin expliciet is overwogen dat het overgangsrecht niet

alleen niet bij de planvergelijking dient te worden betrokken, maar evenmin bij de waardebeoordeling van de onroerende zaak. Op het eerste oog lijkt onderhavige uitspraak niet zo opmerkelijk, omdat de Afdeling vasthoudt aan het uitgangspunt dat overgangsrecht niet dient te worden meegenomen bij de planvergelijking. Dit is overigens wel in tegenstelling tot de rechtbank die vond dat in dit geval een uitzondering kon worden gemaakt. Toch zijn er meerdere interessante aspecten aan deze zaak.

6. Zoals gezegd is het SPDC-gebouw in 1965 gerealiseerd. Uit de uitspraak lijkt te volgen dat de bebouwing pas in 2003 onder vigeur van het oude bestemmingsplan deels onder het overgangsrecht is gebracht. Met het nieuwe bestemmingsplan uit 2013 is de bebouwing derhalve opnieuw positief bestemd. Daarbij is mijns inziens van belang dat in 2013 geen sprake is van geheel nieuwe planologische mogelijkheden, maar van het tot de bouwhoogte van 16,2 m opnieuw bestemmen van voorheen bestaande mogelijkheden die bovendien zijn gerealiseerd. In die zin is naar mijn mening een parallel te trekken met de planschadejurisprudentie over illegale situaties die door een bestemmingsplan worden gelegaliseerd. In een dergelijk geval is de hoofdregel dat de schade, veroorzaakt door handelen in strijd met het oude bestemmingsplan, niet wordt geacht voort te vloeien uit het nieuwe bestemmingsplan, waarbij dit handelen wordt gelegaliseerd (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 28 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9488). De schade dient in dergelijke gevallen te worden toegerekend aan de illegale realisatie. De vraag rijst derhalve of in onderhavige casus de bouwhoogte tot 16,2 m een gevolg is van het nieuwe bestemmingsplan of daarentegen van de planologische maatregel die de bouw in 1965 mogelijk maakte. Deze casus, evenals die van de illegale realisatie, is mijns inziens een voorbeeld waarbij de feitelijke situatie wel van belang is, omdat deze een indicatie is die relevant is voor de beoordeling van het causale verband en die in die zin wel dient te worden erkend bij de planologische vergelijking.

7. Een tweede interessant punt is de feitelijk bestaande situatie per peildatum in verband met de taxatie. Zoals gezegd heeft de Afdeling reeds in 2018 expliciet overwogen dat het overgangsrecht ook geen rol mag spelen bij de schadebegroting. Dit zou in onderhavige zaak betekenen dat voor de waarde in de oude situatie dient te worden uitgegaan van een bouwhoogte van 12 m in plaats van de feitelijk bestaande hoogte van 16,2 m. Normaliter is bij een taxatie van de marktwaarde de feitelijke situatie echter leidend, waarbij de juridische situatie kan betekenen dat de marktwaarde moet worden bijgesteld. Indien voldoende duidelijk is dat de gemeente en de eigenaar onder overgangsrecht gebrachte bebouwing of gebruik niet voornemens zijn te beëindigen, omdat plannen inmiddels zijn gewijzigd of voldoende duidelijk is dat abusievelijk iets is wegbestemd, zal een taxateur in beginsel uitgaan van de feitelijk bestaande situatie. Een fictie waarbij de feitelijk bestaande situatie wordt genegeerd en de planologisch toegestane hoogte dient te worden aangehouden leidt dan tot

een hogere marktwaarde van het tegenovergelegen pand in de oude planologische situatie en vervolgens tot een hogere waardevermindering en deels fictieve planschade.

8. Het derde punt dat ik hier wil noemen is de vergoedbaarheid van de eventuele schade. De Afdeling heeft het college opgedragen het normaal maatschappelijk risico te beoordelen. Uit de uitspraak lijkt te volgen dat het college de vergoedbaarheid van de schade vooralsnog niet heeft beoordeeld: volgens het college was immers geen sprake van een waardevermindering. In dat kader is van belang dat ook de actieve risicoaanvaarding wordt beoordeeld. Zoals gezegd dateert het gebouw uit 1965. Omdat dit inmiddels 54 jaar geleden is, is de kans groot dat de appellanten hun woning hebben aangekocht nadat dit gebouw is gerealiseerd. Bij een eventuele aankoop na 2003 is de vraag of appellanten gezien het overgangsrecht mochten uitgaan van het beëindigen van de feitelijk bestaande bebouwing of dat zij ook rekening moesten houden met het eventueel opnieuw positief bestemmen daarvan. Een koper zal daarbij ook waarde hechten aan hetgeen in de plantoelichting is opgenomen. Als daarbij melding is gemaakt van inmiddels achterhaalde plannen zal de koper mijn inziens daaraan grote waarde hechten.

9. Een geheel ander interessant aspect in deze uitspraak betreft de beoordeling of sprake was van een kennelijke verschrijving. Het college stelt dat de maximale bouwhoogte van 12 m zoals aangegeven op de plankaart van het oude bestemmingsplan een kennelijke verschrijving is. Als eerste argument daarvoor noemt het college de plantoelichting: daarin is geen motivering te vinden voor het deels wegbestemmen van het SPDC-gebouw of een voornemen om het bestaande gebouw binnen de planperiode in overeenstemming te brengen met de toegestane bouwhoogte. Sterker nog: in de toelichting is vermeld dat ervoor is gekozen het gebouw conserverend te bestemmen. Als tweede argument is ter zitting nog vermeld dat een maximale bouwhoogte van 12 m in Amsterdam zeer ongebruikelijk is. Omdat sprake is van een kennelijke verschrijving dient te worden uitgegaan van de feitelijk bestaande bouwhoogte, aldus het college.

10. De Afdeling doet deze argumenten kort af: de plankaart en de planregels zijn voor wat betreft de maximale bouwhoogte duidelijk. Daaraan kan de niet bindende plantoelichting niet afdoen. Niet kan worden tegengeworpen dat de planwetgever niet heeft gedaan wat hij heeft beoogd. Ook dat deze maximale bouwhoogte in Amsterdam wellicht zeer ongebruikelijk is, maakt volgens de Afdeling niet uit: hieraan komt in dit verband geen betekenis toe.

11. Deze uitspraak is geheel in lijn met eerdere jurisprudentie van de Afdeling. In een recente planschade-uitspraak heeft de Afdeling duidelijk uiteengezet hoe dient te worden omgegaan met onduidelijke planologie (zie de uitspraak van 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2019). Als de bestemming (op de verbeelding) en de planregels duidelijk zijn, wordt niet toegekomen

aan de plantoelichting. Pas wanneer de bestemming of de planregels op zichzelf of in samenhang onduidelijk zijn (zoals bij innerlijke tegenstrijdigheid of evidente verschrijvingen), dient de bedoeling van de planwetgever geïnterpreteerd te worden. In een dergelijk geval kan daarvoor naar de niet bindende plantoelichting worden gekeken. Deze kan bijdragen aan een redelijke uitleg van de planologie. Opvallend is dat de Afdeling in de uitspraak van 26 juni 2019 verwijst naar meerdere uitspraken die niet gedaan zijn in het kader van een planschadeprocedure. Deze vaste lijn is derhalve ook van toepassing bij planschade.

12. De lat om aan te tonen dat sprake is van een kennelijke verschrijving lijkt op basis van deze uitspraak wel erg hoog te liggen. In de plantoelichting is immers expliciet opgemerkt dat beoogd is de bebouwing conserverend te bestemmen (hetgeen overigens ook verklaart waarom niets is opgenomen over het wegbestemmen daarvan). Het is evident dat dit niet is gebeurd, omdat de feitelijk bestaande bebouwing een hoogte heeft van 16,2 m, terwijl het bestemmingsplan ter plaatse slechts 12 m toeliet. Al is de plantoelichting wettelijk gezien niet bindend, in de praktijk wordt deze veelvuldig gebruikt om een bestemmingsregeling te duiden, ook door de Afdeling. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt echter dat meer belang wordt gehecht aan de rechtszekerheid: indien de bestemming en de planregels een duidelijke regeling geven, moet zoals gezegd de niet bindende plantoelichting daaraan niet kunnen afdoen. Indien de regeling zelf onduidelijk is, neemt de Afdeling wel relatief gemakkelijk een (kennelijke) verschrijving aan (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 12 juni 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:1895), 18 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1277) en 18 juni 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:2199)).