

## ANNOTATIE

**Berthy van den Broek**

*Annotatie bij Raad van State, 03-07-2013, ECLI:NL:RVS:2013:112 (OGR-2013-0197)*

1. Deze uitspraak betreft een tweede tussenuitspraak en is een vervolg op ABRvS 28 november 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY4408). Het geschil betreft een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade, vanwege de bouw van een gebouw met een winkelruimte en tien appartementen nabij een woning, met toepassing van een vrijstelling ex artikel 19 WRO. In het eerste advies kwam de SAOZ tot de conclusie dat er geen sprake was van een planologisch nadeliger situatie, zodat de aanvraag werd afgewezen. De SAOZ concludeerde dat geen sprake is van een planologisch nadeliger situatie, mede gelet op het feit dat onder het oude planologische regime bedrijven in de milieucategorie 3 waren toegestaan, waarvan appellant in aanzienlijke mate hinder had kunnen ondervinden. Appellant stelde in de uitspraak van 28 november 2012 in r.o. 10 dat in het bestemmingsplan voor de vestiging van bedrijven in de milieucategorieën 1 t/m 3 minimumafstanden tot woonbebouwing zijn opgenomen, waar met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet aan kan worden voldaan. Uit de onderhavige uitspraak van 3 juli 2013 blijkt dat de SAOZ in een nader advies kennelijk tot de conclusie was gekomen dat de vestiging van bedrijven in milieucategorie 3 inderdaad met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is uitgesloten. Dat is bijzonder want uit de jurisprudentie blijkt dat de Afdeling deze uitzonderingsgrond restrictief toepast. Slechts onder 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' kan van een maximale invulling van het planologische regime worden afgeweken. De onderhavige casus biedt een zeldzaam voorbeeld: het niet kunnen voldoen aan afstandseisen die in het bestemmingsplan zijn opgenomen. Ik wijs erop dat het niet voldoen aan de afstanden die in de VNG-handreiking 'Bedrijven en milieuzonering' zijn opgenomen door de Afdeling niet als een uitzonderingsgrond wordt erkend (zie mijn annotatie bij ABRvS 6 maart 2013 in StAB 2013, nr. 13-62). Bovendien had de SAOZ bij de planvergelijking de ongebruikte ontheffingsmogelijkheden betrokken als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, aanhef en onder c, Wro. Het is inmiddels vaste jurisprudentie van de Afdeling dat deze ongebruikte

ontheffingsmogelijkheden bij de maximale invulling van het bestemmingsplan buiten beschouwing worden gelaten, omdat de binnenplanse ontheffing in artikel 6.1, tweede lid, Wro wordt genoemd als een zelfstandige planschadeoorzaak (ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3316). Deze jurisprudentielijn is door de wetgever min of meer bevestigd met de opname van het nieuwe artikel 6.1, zesde lid Wro, dat op 25 april 2013 in werking is getreden. In Kamerstukken II 2011/13, 33 135, nr. 3, p. 14 overweegt de regering: 'Met het nieuwe zesde lid van art. 6.1 wordt ondubbelzinnig duidelijk gemaakt dat schade als gevolg van een bepaling die slechts een bevoegdheid geeft tot een nader besluit, pas bepaald wordt nadat een besluit, gebruik makend van die bevoegdheid, is genomen.'

2. In een nader advies komt de SAOZ tot de conclusie dat sprake is van een planologische verslechtering, omdat de privacy is aangetast en de overlast is toegenomen ten opzichte van de situatie onder het oude planologische regime, waar een beperking gold tot bedrijfsmatig gebruik in milieucategorie 2. De initiatiefnemer van het project, met wie de gemeente een verhaalsovereenkomst had gesloten, stelt dat er geen sprake is van een verlies aan privacy gelet op de aan het bouwplan toegevoegde afscheiding. De afscheiding heeft feitelijk een schadebeperkende werking, maar de Afdeling oordeelt dat dit geen rol speelt bij de planvergelijking: 'Dat de afscheiding de inkijk in de woning feitelijk heeft beperkt, laat onverlet dat, bij de beoordeling van een aanvraag om een tegemoetkoming in planschade als gevolg van planologische ontwikkelingen op grond van derden, van de voor de belanghebbende meest ongunstige invulling van de planologische mogelijkheden van die gronden dient te worden uitgegaan. Voor de privacy is dat, anders dan bijvoorbeeld voor het uitzicht, de situatie waarbij op die gronden ter hoogte van de onroerende zaak van de belanghebbende geen afscheiding is geplaatst. Dat betekent dat de afscheiding in dit geval niet ten onrechte bij de planvergelijking buiten beschouwing is gelaten.' Deze overweging houdt een verfijning in van de standaardoverweging ten aanzien van de vergelijking van planologische regimes. Het is vaste jurisprudentie dat bij de planvergelijking niet moet worden uitgegaan van de feitelijke situatie maar van de maximale planologische mogelijkheden. Daarbij hanteert de Afdeling in recente jurisprudentie de overweging dat als een belanghebbende schade lijdt door planologische ontwikkelingen op gronden van derden er moet worden uitgegaan van de voor deze belanghebbende meest ongunstige invulling (zie ook ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4387; ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:277). Het betreft de maximale, meest ongunstige invulling van het planologische regime (ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3619). Voor de onderhavige casus heeft dat tot gevolg dat de feitelijke oprichting van de schadebeperkende afscheiding bij de planvergelijking buiten beschouwing wordt gelaten, zodat er sprake is van een planologische verslechtering. Er is derhalve sprake van schade. Een volgende vraag is, in hoeverre de plaatsing van de afscheiding tot het oordeel kan leiden dat de schadevergoeding

geheel of gedeeltelijk ‘anderszins is verzekerd’ door middel van een compensatie in natura. In dat kader is de feitelijke plaatsing van de afscheiding wel degelijk relevant omdat de compensatie in natura volgens vaste jurisprudentie een duidelijke en zekere gebeurtenis dient te zijn (zie mijn annotatie bij ABRvS 18 juli 2012, StAB 2012, 12-137), terwijl de feitelijke verwezenlijking in het kader van de planvergelijking geen rol mag spelen.

3. De initiatiefnemer van het project had in de zienswijze naar aanleiding van het nieuwe besluit gesteld dat dit besluit niet zorgvuldig was voorbereid omdat niet was onderzocht of de schade onder het normaal maatschappelijk risico valt als bedoeld in artikel 6.2, eerste lid, Wro. Het is voor degene met wie een verhaalsovereenkomst is gesloten belangrijk om zelf expliciet een beroep te doen op het normale maatschappelijke risico, aangezien de rechter niet ambtshalve hoeft te toetsen aan artikel 6.2, eerste lid, Wro (ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3259). De overwegingen ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico in de onderhavige uitspraak kunnen inmiddels als standaardoverwegingen worden beschouwd. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat artikel 6.2, eerste lid, Wro een zelfstandige betekenis heeft (ABRvS 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6492). Hoewel de Afdeling de nadruk legt bij het uitgangspunt dat de vraag of de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden, en daarbij de standaardoverweging uit haar uitspraak van 5 september 2012 herhaalt, kan bij de toepassing van artikel 6.2, eerste lid, Wro een forfaitaire drempel of kortingspercentage worden toegepast, zo maakt de Afdeling nogmaals duidelijk (zie eerder ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3737). Wat nog opvalt, is dat de Afdeling in r.o. 9 overweegt dat het college een nieuw besluit dient te nemen op basis van een nader deskundigenadvies. Ik vraag me echter af of een bestuursorgaan in alle gevallen genooddaakt is om advies te vragen aan een onafhankelijke deskundige omtrent de vraag of schade onder het normaal maatschappelijk risico valt.