

## **Bijlage 6**

### **Notitie: Wegbestemmen van woningbouwtitels op diverse locaties en het risico van (plan)schade in de gemeente Doetinchem**

*Voor: Gemeente Doetinchem, Joost Meilof en Nicoline Faber*

*Van: Bregman Advisering, Arjan Bregman*

*Datum: 13 juli 2016*

#### **1. Inleiding, vraagstelling en opzet en karakter van deze notitie**

##### *1.1. Inleiding*

In het document De Achterhoek geeft je de ruimte! Regionale Woonagenda Achterhoek 2015-2025, Werken aan vitale kernen in een krachtige regio uit 2015, wordt geconstateerd dat de bevolking van de Achterhoek afneemt. De huishoudengroei komt volgens de Woonagenda regionaal in 2015 tot stilstand. Het omslagpunt naar daadwerkelijke huishoudenafname per gemeente kent een aanzienlijke bandbreedte. In de gemeenten Berkelland, Bronkkorst en Oude IJsselstreek gebeurt dit het eerst, daarna volgen Doetinchem, Aalten en Oost Gelre en tenslotte komt ook de gemeente Winterswijk aan de beurt.

In de Woonagenda wordt verder geconstateerd dat gemeenten de afgelopen jaren een grote slag hebben gemaakt in terugbrengen van de plancapaciteit. Daarbij wijst de Woonagenda op gezamenlijke afspraken van de gemeenten, corporaties en de provincie over het aantal nog extra toe te voegen woningen in de Achterhoek. In 2013 is besloten dat tot 2025 nog 5.900 woningen (verdeeld over zeven gemeenten) netto toegevoegd mogen worden in de regio. In de stuurgroep regiovisie wonen is afgesproken, dat de resterende plancapaciteit evenredig wordt verdeeld over de periode tot 2025. Omdat in de periode 2010 t/m 2014 netto 2.165 woningen zijn toegevoegd, kunnen in de regio tussen 2015 en 2025 nog 3.145 woningen netto worden toegevoegd. Uitgaande van een evenredige verdeling over de jaren komt dit neer op 315 woningen per jaar in de zeven gemeenten samen.

Naar aanleiding van de in de Regionale Woonagenda neergelegde afspraken heeft de gemeenteraad van Doetinchem op 5 november 2015 het raadsvoorstel 'Herziene woningbouwstrategie 2015' vastgesteld. Daarbij heeft de gemeenteraad besloten om vooralsnog te sturen op een maximumaantal van 1375 woningen tot 2025. Daarbij wordt in het raadsvoorstel vermeld dat de gemeente Doetinchem in overleg is met de regio over de exacte verdeling van het aantal woningen over de Achterhoekse gemeenten.

Op 2 maart 2016 is dit raadsvoorstel bekendgemaakt in:

- het Gemeenteblad (nr. 23768);
- de gemeentepagina in het plaatselijk huis-aan-huisblad;

Op 22 juni 2016 zijn twee vooraankondigingen gedaan als bedoeld in artikel 1.3.1 Bro voor de bestemmingsplannen:

- Parapluherziening Uitsluiten woningbouw in Centrum en Gemengd – 2017;
- Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016.

Die vooraankondigingen zijn bekendgemaakt in:

- het Gemeenteblad (nr. 82528 – Uitsluiten woningbouw Gaanderen-2016);
- het Gemeenteblad (nr. 82571 – Parapluherziening Uitsluiten woningbouw in Centrum en Gemengd-2017);

- de gemeentepagina in het plaatselijk huis-aan-huisblad;

Voor de genoemde twee bestemmingsplannen worden momenteel twee voorontwerpbestemmingsplannen voorbereid. Die voorontwerpplannen zullen binnenkort als zodanig bekendgemaakt en ter inzage worden gelegd.

Het voorontwerpplan voor de bestemmingen Centrum en Gemengd zal vervolgens als zodanig in procedure worden gebracht.

Het voorontwerpplan voor Gaanderen daarentegen zal niet als zodanig in procedure worden gebracht maar inhoudelijk worden verwerkt in een actualisatieplan. In dat actualisatieplan zal het voorontwerpplan inhoudelijk wel uitdrukkelijk worden beschreven.

#### *Raadsvoorstel in voorbereiding*

Thans is binnen de gemeente een raadsvoorstel in voorbereiding dat voorziet in maatregelen die gericht zijn op de uitvoering van het raadsbesluit d.d. 5 november 2015. Die maatregelen bestaan onder meer uit het schrappen van ongebruikte woningbouwtitels uit ruimtelijke plannen, met dien verstande dat dat schrappen niet tot voor vergoeding in aanmerking komende planschade mag leiden.

#### *Overige nog te nemen maatregelen*

Zodra de raad een besluit heeft genomen ten aanzien van het raadsvoorstel 'Uitvoering herziene woningbouwstrategie' zullen er bestemmingsplanherzieningen worden voorbereid die voorzien in het schrappen van alle overige (niet op basis van de hierboven genoemde voorontwerpplannen voor de bestemmingen Centrum/Gemengd en voor Gaanderen geschrapte) ongebruikte woningbouwtitels.

#### *1.2. Vraagstelling*

De gemeente Doetinchem heeft in het licht van de wens om bij het schrappen van planologische woningbouw mogelijkheden het door de gemeente moeten betalen van (plan)schadevergoeding te voorkomen, ondergetekende om advies verzocht ten aanzien van de volgende vragen:

#### *M.b.t. het raadsbesluit van 5 november 2015:*

- (a) Kan het raadsbesluit d.d. 5 november 2015 als concreet beleidsvoornemen worden beschouwd?
- (b) Heeft het raadsbesluit d.d. 5 november 2015 in combinatie met de bekendmaking van 2 maart 2016 een beginpunt voor voorzienbaarheid geconstitueerd?
- (c) Heeft het raadsbesluit d.d. 5 november 2015 in combinatie met de bekendmaking van 22 juni een beginpunt voor voorzienbaarheid geconstitueerd?
- (d) Heeft het raadsbesluit d.d. 5 november 2015 in combinatie met zowel de bekendmaking van 2 maart 2016 alsook met de bekendmaking van 22 juni 2016 een beginpunt voor voorzienbaarheid geconstitueerd?

#### *M.b.t. het raadsvoorstel 'Uitvoering herziene woningbouwstrategie':*

- (e) Kan het raadsvoorstel 'Uitvoering herziene woningbouwstrategie' als concreet beleidsvoornemen worden beschouwd?
- (f) Kan het raadsvoorstel 'Uitvoering herziene woningbouwstrategie' na conforme besluitvorming en bekendmaking op de wijze zoals in het voorstel beschreven staat een beginpunt voor voorzienbaarheid constitueren?

#### *M.b.t. het voorontwerp-bestemmingsplan 'Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016':*

- (g) Kan het voorontwerp-bestemmingsplan ‘Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016’ als concreet beleidsvoornemen worden beschouwd?
- (h) Kan het voorontwerp-bestemmingsplan ‘Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016’ na conforme besluitvorming en bekendmaking volgens de daarvoor geldende wettelijke bepalingen een beginpunt voor voorzienbaarheid constitueren?

*Slotvraag:*

- (i) Welke in dit verzoek om advies niet genoemde maatregelen moeten volgens u nog worden getroffen om het aspect voorzienbaarheid ter voorkoming van voor vergoeding in aanmerking komende planschade door het schrappen van ongebruikte woningbouwtitels afdoende vorm te geven?

### *1.3. Opzet van deze notitie*

In paragraaf 2 zal eerst in het algemeen worden ingegaan op publiekrechtelijke aspecten, met name het wegbestemmen van woningbouw mogelijkheden en het risico van (plan)schadeclaims. Daarbij komt de wettelijke regeling en jurisprudentie inzake voorzienbaarheid beknopt aan de orde. Paragraaf 3 gaat in op de vragen die de gemeente Doetinchem heeft gesteld ten aanzien van voorzienbaarheid. Aansluitend komt in paragraaf 4 de slotvraag aan de orde. In deze laatste paragraaf zal ondergetekende enkele kanttekeningen plaatsen bij passages in het raadsvoorstel ‘Uitvoering herziene woningbouwstrategie’, waarbij zowel op publiekrechtelijke als op privaatrechtelijke aspecten zal worden ingegaan.

## **2. Publiekrechtelijke aspecten: herbestemming en het risico van (plan)schadeclaims<sup>1</sup>**

### *2.1. De wettelijke regeling van planschadevergoeding*

De wettelijke regeling van planschade is opgenomen in afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). Artikel 6.1, lid 1 Wro luidt als volgt: “Burgemeester en wethouders kennen degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van een in het tweede lid genoemde oorzaak, op aanvraag een tegemoetkoming toe, voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd”.

Van groot belang is voorts het bepaalde in artikel 6.3 Wro, dat als volgt luidt: “Met betrekking tot de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade betrekken burgemeester en wethouders bij hun beslissing op de aanvraag in ieder geval: a. de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak en b. de mogelijkheden van de aanvrager om de schade te voorkomen of te beperken”.

Over risicoaanvaarding en voorzienbaarheid wordt in de literatuur onder meer opgemerkt: “Het gaat om de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak en keuze die een belanghebbende heeft gemaakt om de gevolgen van deze voorzienbare schadeoorzaak bij zijn investerings- en vermogenbeslissing, bij voorbeeld de aankoop van een huis, te aanvaarden. Een koper die dit risico kende of had moeten kennen, kan actieve risicoaanvaarding worden verweten. Van passieve risicoaanvaarding, oftewel riskant stilzitten, is sprake als een belanghebbende ingevolge het vigerende bestemmingsplan de mogelijkheid heeft om op zijn grond te bouwen of een bepaald gebruik te ontwikkelen, maar van deze mogelijkheid niet of althans niet tijdig

---

<sup>1</sup> De tekst van deze paragraaf (en van paragraaf 4.9) is deels ontleend aan de Notitie “Het terugdringen van planologische overcapaciteit en het risico van (plan)schade” die de auteur van dit stuk als medewerker van het Instituut voor Bouwrecht schreef in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu.

gebruik heeft gemaakt terwijl hij wist of kon weten dat deze bouw- en gebruiksmogelijkheid zou komen te vervallen.

De voorzienbaarheid moet worden afgeleid van een door bevoegd gezag (dus niet slechts ambtelijk) geautoriseerd openbaar stuk waarin de beoogde planologische verandering voldoende concrete vorm heeft gekregen. (...) Meestal (...) zal de voorzienbaarheid kunnen worden ontleend aan een door het bevoegd gezag vastgesteld en bekend gemaakt plan, nota of visie, waarin de beoogde ontwikkeling zodanig concreet is beschreven dat een redelijk denkend en handelend eigenaar, koper of anderszins belanghebbende daaruit de gevolgtrekking kan maken dat de beoogde ontwikkeling voor hem gevolgen kan hebben. Bij passieve risicoaanvaarding speelt behalve de status en de concreetheid van de voorzienbaarheidsfactor ook een rol de termijn die, nadat de voorzienbaarheid is ingetreden, heeft bestaan om de oude planologische mogelijkheid nog te benutten.”

Op basis van de jurisprudentie kan worden aangenomen dat een termijn van minder dan een jaar in dit verband als een redelijke termijn kan worden aangemerkt<sup>2</sup>. In de literatuur wordt in dit verband nog opgemerkt: “Bij een rauwelijkse wijziging van het planologisch regime, bijvoorbeeld via een niet vooraf aangekondigd voorbereidingsbesluit, kan een aanvrager geen passieve risicoaanvaarding worden verweten omdat hem niet gedurende een redelijke termijn de mogelijkheid was gegeven om beoogde bouw- en gebruiksmogelijkheden conform het geëcarteerde regime te benutten<sup>3</sup>.”

*2.2. Diverse mogelijkheden om overcapaciteit langs publiekrechtelijke weg terug te dringen*  
Planologische overcapaciteit kan worden bestreden door ongebruikte bouwtitels waarvan het redelijke vermoeden bestaat dat realisering niet binnen afzienbare termijn zal plaatsvinden en evenmin gewenst is, weg te bestemmen.

Daarbij kunnen zich de volgende situaties voordoen:

1. De bouwtitel vloeit voort uit een verleende omgevingsvergunning voor het bouwen;
2. De bouwtitel vloeit voort uit een vigerend bestemmingsplan, er is nog geen omgevingsvergunning voor het bouwen verleend, maar indien een aanvraag om omgevingsvergunning wordt ingediend moet deze worden verleend (mits er geen andere weigeringsgronden zijn);
3. De bouwtitel vloeit voort uit een “voorwaardelijk” vigerend bestemmingsplan: voordat omgevingsvergunning kan worden verleend, moet het bestemmingsplan eerst worden uitgewerkt of worden gewijzigd als bedoeld in artikel 3.6, lid 1 Wro.

Op elk van deze mogelijkheden zal hierna nader worden ingegaan.

#### *Ad 1: Intrekken van een verleende omgevingsvergunning*

Het intrekken van een verleende, maar onbenutte omgevingsvergunning ten behoeve van het bouwen is een discretionaire bevoegdheid van het college van B en W indien gedurende de termijn die daartoe in de vergunning is bepaald (doorgaans 26 weken) geen handelingen zijn verricht met gebruikmaking van de vergunning, zo is bepaald in artikel 2.33, lid 2, aanhef en onder a Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Het intrekken van een

---

<sup>2</sup> ABRS, 18 januari 2006, zaaknr. 200502620/1 (Enschede). Het ging in deze casus om een termijn van 11 maanden. In een andere zaak (ABRS 10 november 2010, zaaknr. 201001810/1/H2) (Meerssen) werd een periode van bijna 10 maanden naar redelijkheid voldoende geacht om een concreet bouwplan in te dienen.

<sup>3</sup> J.W. van Zundert, Ruimtelijk bestuursrecht (losbladige uitgave), band 2, Commentaar op art. 6.3 Wro, aant. 2.1, suppl. 363 (september 2008).

omgevingsvergunning ontbreekt bij de opsomming van oorzaken van planschade in artikel 6.2 Wro. Dit betekent dat het intrekken van een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk niet kan leiden tot planschade.

Dat het intrekken van een bouwvergunning niet kan leiden tot planschade betekent niet dat het besluit tot intrekking de gemeente jegens de vergunninghouder nimmer schadeplichtig zou kunnen maken. Voor de houder van de omgevingsvergunning bestaat de mogelijkheid om via een zogenaamd “zuiver schadebesluit” een schadevergoeding te vragen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat vergunninghouders - door het langer dan de wettelijke termijn waarna tot intrekking kan worden overgegaan ongebruikt laten van de vergunning – het risico aanvaarden dat de planologische inzichten zouden veranderen en het gemeentebestuur de verleende vergunning aan een herwaardering zou onderwerpen. Dit geldt temeer indien de gemeente de wijziging van de planologische inzichten publiekelijk kenbaar heeft gemaakt en daarbij heeft aangetekend dat zij op grond daarvan tot intrekking van ongebruikte vergunningen zal overgaan. Op grond van deze lijn in de jurisprudentie lijkt een schadeclaim via de weg van het zuivere schadebesluit weinig kansrijk.

Bij de bevoegdheid om na ommekomst van de wettelijke termijn tot intrekking van de omgevingsvergunning over te gaan past nog wel de kanttekening dat het louter intrekken van de vergunning niet voldoende is om de bouwtitel te laten vervallen. Zolang de onderliggende planologische maatregel (doorgaans het bestemmingsplan) niet tevens wordt gewijzigd, zal namelijk een bouwtitel blijven bestaan en kan een initiatiefnemer opnieuw een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk aanvragen, die vervolgens door het college moet worden verleend, indien er overigens geen gronden zijn om de vergunning te weigeren. Indien het risico van het indienen van een nieuwe aanvraag aanwezig is, zal de gemeente dan ook gelijktijdig met het intrekken van de omgevingsvergunning een wijziging van het bestemmingsplan moeten starten middels het nemen van een voorbereidingsbesluit.

#### *Ad 2: Wegbestemmen van een directe bouwtitel*

Het wegbestemmen van een directe bouwtitel valt uitdrukkelijk onder de schadeoorzaken als genoemd in artikel 6.2 Wro. Zoals in paragraaf 2.1. van deze notitie uiteengezet is een belangrijk aspect bij de beoordeling van verzoeken om planschade die naar aanleiding van het wegbestemmen van directe bouwtitels bij de gemeente worden ingediend, de eventuele voorzienbaarheid van de schade voor de aanvrager en de mogelijke passieve risicoaanvaarding van de aanvrager. Indien de aanvrager de planwijziging kon voorzien en bewust heeft stilgezeten, heeft hij het risico van de planwijziging en daarmee het vervallen van zijn bouwtitel aanvaard. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat het niet realiseren van bouwplannen in verband met ongunstige marktomstandigheden geheel in de risicosfeer van de eigenaar c.q. de aanvrager van planschadevergoeding blijft.

#### *Ad 3: Wegbestemmen van een voorwaardelijke bouwtitel*

Bij het wegbestemmen van voorwaardelijke bouwtitels moet – ook in relatie tot het risico van planschadevergoeding – onderscheid worden gemaakt tussen een globaal bestemmingsplan met uitwerkingsverplichting voor het college van B en W enerzijds en een bestemmingsplan waarin aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid wordt toegekend om het bestemmingsplan binnen zekere grenzen te wijzigen. Beide mogelijkheden hebben hun wettelijke grondslag in artikel 3.6 Wro.

Een globaal plan dat moet worden uitgewerkt op grond van artikel 3.6 Wro wordt vaak gebruikt voor de planologische inkadering van nieuwe gebieden waar één hoofdfunctie

centraal staat, bij voorbeeld een nieuw woongebied of bedrijventerrein. Het gaat dan om situaties waarin de hoofdfunctie bekend is, maar de invulling nog niet. Zolang er geen uitwerkingsplan is vastgesteld, geldt er een bouwverbod binnen het gebied waarop het globale plan van toepassing is.

Omdat het al dan niet uitwerken van het globale plan niet aan het oordeel van B en W wordt overgelaten, maar B en W daartoe verplicht zijn, stijgt de grondwaarde in de verwachting dat de in het globale plan reeds voorziene bouwbestemming zal worden uitgewerkt en tot een daadwerkelijk te gebruiken bouwtitel zal leiden. Het weg bestemmen van een nog niet uitgewerkte, globale bouwbestemming leidt derhalve tot daling van de waarde van de grond en daarmee tot planschade, zo zou kunnen worden betoogd.

Met de inwerkingtreding van de permanent gemaakte Chw is aan artikel 6.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro) echter een nieuw zesde lid toegevoegd, dat als volgt luidt: *“Schade als gevolg van een bepaling als bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.6, eerste lid, onder c, of artikel 3.38, derde of vierde lid, wordt eerst vastgesteld op grond van een krachtens die bepalingen genomen besluit”*.

In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor het permanent maken van de Chw is hierover onder meer opgemerkt<sup>4</sup>: *“Verder wordt een zesde lid aan artikel 6.1 van de Wro toegevoegd, waaruit blijkt dat er eerst duidelijkheid moet zijn omtrent het besluit over de flexibiliteitsbepalingen, de aanlegvergunning of de sloopvergunning, voordat de planschade kan worden vastgesteld. (...) 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. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een uit te werken bestemming met een daaraan gekoppeld bouwverbod. Er kan in zo 'n geval pas schade vastgesteld worden als er is uitgewerkt of als met omgevingsvergunning van het bouwverbod is afgeweken.”*

### *2.3. Mogelijkheden om planschadevergoeding te voorkomen of te verminderen in het algemeen*

Het belangrijkste dat gemeenten, gelet op het voorgaande, ter voorkoming van het moeten betalen van planschadevergoeding in dit verband kunnen doen, is er voor te zorgen dat bestemmingswijzigingen – waarmee bouwtitels worden wegbestemd - voor degenen die mogelijk door de bestemmingsplanwijziging planschade lijden, voorzienbaar zijn. Indien eigenaren en andere rechthebbenden – nadat het voornemen tot bestemmingswijziging voor hen kenbaar is geworden – gedurende een zekere periode geen initiatieven nemen om de vigerende bestemming die zal verdwijnen alsnog te benutten, dan hebben deze belanghebbenden door passieve risicoaanvaarding hun recht op planschadevergoeding verwerkt.

In de jurisprudentie weegt in dit verband zwaar dat de voorzienbaarheid moet volgen uit van overheidswege en openbaar bekend gemaakte documenten. Ook worden tamelijk strenge eisen gesteld aan de aard van het stuk (het moet een ‘ruimtelijk beleidsstuk’ zijn) en aan de mate van concreetheid van het beleidsstuk, waarvan voorzienbaarheid van de schade afgeleid zou moeten worden. Uit de jurisprudentie, met name uit de recente uitspraak van 5 maart 2014<sup>5</sup>, blijkt dat het tijdstip waarop een openbaar document in ontwerp ter visie wordt gelegd, moet worden beschouwd als het tijdstip waarop de termijn van de voorzienbaarheid – en bij ‘stilzitten’ van de passieve risicoaanvaarding - start.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 14.

<sup>5</sup> ABRS, 5 maart 2014, 2014, TBR 2014/120 (Planschade Teylingen).

Er kunnen zich omstandigheden voordoen, waarin het organiseren van voorzienbaarheid lastig of zelfs onmogelijk is. Zo kan de gemeente het terugdringen van overcapaciteit op een zo korte termijn willen realiseren, dat voor het organiseren van voorzienbaarheid zoals hiervoor beschreven onvoldoende tijd beschikbaar is. Het organiseren van voorzienbaarheid en passieve risicoaanvaarding door middel van vaststelling van een inpassingsplan is enigszins gecompliceerder indien sprake is van een globaal bestemmingsplan met een kantorenbestemming en een uitwerkingsplicht en een bouwverbod, zodat het niet mogelijk is om zonder meer vergunning aan te vragen in het zicht van het inpassingsplan, waarbij de (globale) bouwbestemming zal verdwijnen. In dergelijke specifieke gevallen dient een belanghebbende binnen de redelijke termijn waarbinnen voorzienbaarheid ontstaat en sprake is van passieve risicoaanvaarding ingeval van het ongebruikt laten verstrijken van die termijn, bij zijn bouwplan dat als strekking heeft het realiseren in overeenstemming met het globale plan, tevens een verzoek om vaststelling van een uitwerkingsplan voor de betreffende gronden in te dienen.

### **3. De vragen inzake creëren van voorzienbaarheid van de gemeente Doetinchem**

#### *3.1. Een samenvatting van de vragen en opzet van deze*

De door de gemeente Doetinchem aan ondergetekende voorgelegde vragen a. tot en met h. kunnen naar de mening van ondergetekende feitelijk in één overkoepelende vraag worden samengevat, namelijk de vraag of het raadsbesluit d.d. 5 november 2015 (in combinatie met enkele bekendmakingen), het raadsvoorstel ‘Uitvoering herziene woningbouwstrategie’ en het voorontwerp-bestemmingsplan ‘Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016’ als concreet beleidsvoornemen kunnen worden beschouwd en de gemeente met genoemde documenten een beginpunt voor voorzienbaarheid heeft geconstitueerd.

Deze vraagstelling is naar het gevoel van ondergetekende mede ingegeven door de opvatting van de gemeente Doetinchem omtrent het fenomeen planschade bij het schrappen van planologische woningbouw mogelijkheden, zoals blijkt uit de notitie “Juridisch kader planschade bij het schrappen van ongebruikte woningbouw titels”. Gelet hierop zal in paragraaf 3.2. eerst deze opvatting worden weergegeven, zoals ondergetekende die uit genoemde notitie afleidt. Aansluitend staat ondergetekende stil bij de tot nu toe door de gemeente Doetinchem middels het raadsbesluit van 5 november 2015 en de daarmee samenhangende bekendmakingen gecreëerde situatie. Aansluitend geeft ondergetekende zijn opinie over middels het nu voorliggende raadsvoorstel en het voorontwerp-bestemmingsplan Gaanderen te creëren voorzienbaarheid, waarbij de vraag zal worden beantwoord of met deze documenten volledige voorzienbaarheid is bereikt en zo niet, wat dan aanvullend daartoe nodig is. Bij een en ander zal hetgeen in paragraaf 2 omtrent voorzienbaar in algemene zin is opgemerkt als referentiekader gelden.

#### *3.2. De opvatting van de gemeente omtrent voorzienbaarheid*

In de notitie “Juridisch kader planschade bij het schrappen van ongebruikte woningbouw titels” geeft de gemeente aan dat volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bij het vervallen van bouw- of gebruiksmogelijkheden pas sprake kan zijn van passieve risicoaanvaarding als aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

- (1) er moet een concreet beleidsvoornemen zijn dat openbaar is gemaakt;
- (2) er moet sprake zijn van verwijtbaar stilzitten.

Wat betreft de eerste voorwaarde van een concreet beleidsvoornemen geeft de gemeente aan dat, om als een dergelijk voornemen aangemerkt te kunnen worden, een beleidsvoornemen zodanig geformuleerd moet zijn dat mag worden aangenomen dat een eigenaar redelijkerwijs moet aannemen dat de planologische situatie op zijn perceel verandert. “Met de bekendmaking van dit raadsvoorstel wordt het concreet beleidsvoornemen tot het schrappen van ongebruikte woningbouw mogelijkheden zichtbaar. Door de openbare bekendmaking van dit document willen wij de eigenaren (en potentiële kopers van onroerend goed met ongebruikte woningbouw titels) op de hoogte stellen van het voornemen van uw raad om ongebruikte woningbouw titels te gaan schrappen”.

Wat betreft de minimale termijn van voorzienbaarheid merkt de gemeente het volgende op: “Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is een termijn van 18 maanden voldoende lang om te kunnen aannemen dat onroerend-goed-eigenaren een reële mogelijkheid hebben om hun (nu nog niet vervallen) bouw-/en gebruiksmogelijkheden (alsnog) te realiseren. Van een concrete poging tot realisatie is in ieder geval sprake als er een ontvankelijke aanvraag omgevingsvergunning voor de bouw van een woning bij de gemeente ingediend wordt”.

Ondergetekende is met de gemeente van oordeel dat voor de kwalificatie ‘concrete poging’ een ontvankelijke aanvraag voor een omgevingsvergunning noodzakelijk is. Wat betreft de door de gemeente genoemde termijn van 18 maanden merkt ondergetekende op dat die termijn inderdaad als veilig kan worden aangemerkt. Ook bij de Thematische Structuurvisie Kantoren van de provincie Utrecht is deze termijn aangehouden voor het creëren van voldoende voorzienbaarheid om t.z.t. een provinciaal inpassingsplan vast te stellen waarmee nieuwbouwmogelijkheden voor kantoren in gemeentelijke bestemmingsplannen daadwerkelijk worden geschrapt. Het betreft daarbij ook locaties waar de bouw van complexe projecten onmogelijk wordt gemaakt<sup>6</sup>.

De stelling van de gemeente Doetinchem dat volgens *vaste jurisprudentie* van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is een termijn van 18 maanden voldoende lang is om voorzienbaarheid te creëren is naar de mening van ondergetekende te stellig. Zo is het aantal uitspraken waarin concrete termijnen als wel of niet toereikend voor voldoende voorzienbaarheid worden aangemerkt tot op heden zodanig beperkt dat naar de mening van ondergetekende niet van ‘vaste jurisprudentie’ wat betreft de termijn kan 18 maanden kan worden gesproken. Deze termijn is veeleer een termijn die als ‘zeer veilig’ kan worden aangemerkt en die dan ook als toereikend ook voor complexe bouwprojecten zoals in een aantal situaties bij de Utrechtse kantorenaanpak kan worden beschouwd.

Voor kleinere bouwprojecten kan naar de mening van ondergetekende echter ook een termijn van 12 maanden als toereikend worden aangemerkt. In het nu voorliggende concept raadsvoorstel wordt overigens ook een termijn van 12 maanden genoemd. Ondergetekende kan zich daarmee derhalve verenigen.

Wat betreft het fenomeen ‘concreet beleidsvoornemen’ geeft de gemeente aan dat, om als een dergelijk voornemen aangemerkt te kunnen worden, een beleidsvoornemen zodanig geformuleerd moet zijn dat mag worden aangenomen dat een eigenaar redelijkerwijs moet aannemen dat de planologische situatie op zijn perceel verandert. Ondergetekende is van oordeel dat voor het ontstaan van voldoende voorzienbaarheid niet slechts noodzakelijk is dat

---

<sup>6</sup><https://www.provincie-utrecht.nl/actueel/nieuwsberichten/@303570/tsk-vastgesteld/>. Ondergetekende is als adviseur betrokken bij de Utrechtse kantorenaanpak.



een eigenaar redelijkerwijs moet aannemen dat de planologische situatie op zijn perceel verandert, maar dat hij *zeker moet weten hoe* de planologische situatie op zijn perceel verandert. Voor een eigenaar is het immers cruciaal dat hij weet of en in welke mate de plancapaciteit op zijn perceel zal worden gereduceerd, zodat hij gedurende de voorzienbaarheidstermijn zijn rechten op grond van het dan nog vigerende bestemmingsplan kan veilig stellen. Concreet betekent dit dat voor elk perceel waarop de gemeente bouwtitels wil schrappen, voor een afdoende voorzienbaarheid duidelijk moet zijn hoeveel bouwmogelijkheden worden geschrapt. Pas op het moment dat de gemeente in deze zin het voornemen om woningmogelijkheden te schrappen heeft geconcretiseerd, gaat naar de mening van ondergetekende de termijn van voorzienbaarheid (van een jaar) lopen.

### *3.3. Tot nu toe gecreëerde voorzienbaarheid*

Op 2 maart 2016 is het raadsbesluit van 5 november 2015 bekendgemaakt in het Gemeenteblad (nr. 23768) en op de gemeentepagina in het plaatselijk huis-aan-huisblad. In beide berichten wordt vermeld: “Daarom heeft de gemeenteraad op 5 november 2015 besloten om ongebruikte woningbouwmogelijkheden uit de geldende bestemmingsplannen te gaan schrappen. Het gaat dan onder meer om onbebouwde grond, waar volgens het bestemmingsplan (of een ander ruimtelijk plan) één of meer woningen mogen worden gebouwd, maar bijvoorbeeld ook om de mogelijkheid om boven winkels of horecagelegenheden woningen te realiseren”

Ondergetekende is van oordeel dat in het licht van hetgeen hiervoor in paragraaf 3.2. werd overwogen (de bekendmaking van) het raadsbesluit van 5 november 2015 niet tot gevolg heeft dat met deze bekendmakingen de termijn van voorzienbaarheid is ingegaan. Uit bovenstaand citaat kunnen eigenaren immers niet afleiden dat *alle* ongebruikte woningbouwmogelijkheden zullen worden geschrapt en – indien daarvan geen sprake is – evenmin welke bouwmogelijkheden wel en welke niet zullen verdwijnen.

### *3.4. Voorzienbaarheid met het raadsvoorstel ‘Uitvoering herziene woningbouwstrategie’ en met het voorontwerp-bestemmingsplan ‘Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016’*

Zoals hiervoor in paragraaf 3.2. aangegeven is voor de start van de voorzienbaarheidstermijn (van 12 maanden) noodzakelijk dat voor elk perceel waarop de gemeente bouwtitels wil schrappen, voor een afdoende voorzienbaarheid duidelijk moet zijn hoeveel bouwmogelijkheden worden geschrapt.

In het raadsbesluit wordt onder de punten 9 tot en met 13 aangegeven dat de gemeenteraad heeft besloten:

- “9. binnen de bestemmingen ‘Centrum’ en ‘Gemengd’ en daarmee vergelijkbare bestemmingen alle latente woningbouwmogelijkheden te schrappen;
10. het schrappen van de onder 9 genoemde latente woningbouwmogelijkheden te regelen in één of meerdere (paraplu)herzieningen;
11. in de onder 10 genoemde (paraplu)herzieningen binnen de onder 9 genoemde bestemmingen een afwijkingsbevoegdheid voor het college op te nemen voor het toestaan van nieuwe woningen;
12. als voorwaarden bij de onder 11 genoemde afwijkingsbevoegdheid in ieder geval op te nemen dat van die bevoegdheid alleen gebruik kan worden gemaakt voor initiatieven die passen binnen het vigerende woningbouwbeleid;
13. alle ongebruikte woningbouwmogelijkheden uit bestemmingsplannen, beheersverordeningen en andere ruimtelijke plannen, die niet vallen onder de bestemmingen

zoals genoemd onder 9, zo spoedig mogelijk te gaan schrappen en dat schrappen te regelen in één of meerdere (paraplu)herzieningen;”

Ondergetekende gaat er vanuit dat het waarschijnlijk niet voor alle eigenaren ondubbelzinnig duidelijk zal zijn welke initiatieven passen binnen het vigerende woningbouwbeleid. Dit betekent dat het raadsvoorstel *op zichzelf* niet duidelijk maakt:

- a. welke woningbouwtitels definitief zullen worden geschrapt, dat wil zeggen zonder kans op het ten behoeve van woningbouw gebruik kunnen maken van de afwijkingsbevoegdheid enerzijds en
- b. welke woningbouwtitels weliswaar dreigen te worden geschrapt, maar waarbij het uiteindelijk toch niet zo ver zal komen of waarvoor daarna gebruik kan worden gemaakt van de afwijkingsbevoegdheid anderzijds.

Omdat het raadsvoorstel dit op zichzelf niet duidelijk maakt, acht ondergetekende het voor het starten van de termijn van voorzienbaarheid noodzakelijk dat als bijlage bij het raadsbesluit ook de door de gemeente aan ondergetekende verstrekte lijst waarop voor (alle) denkbare projecten wordt aangegeven of deze na toepassing van de in het raadsvoorstel genoemde criteria, al dan niet passen binnen het gemeentelijke woningbouwbeleid en dus (alsnog) op gemeentelijke planologische medewerking kunnen rekenen. De lijst in het bestand ‘lijst toegestane woningen’ is daarbij naar de mening van ondergetekende toereikend.

Ondergetekende kan zich voorstellen dat ten behoeve van een verdere verduidelijking van het gemeentelijke beleid deze bijlage wordt gevisualiseerd op een kaart. Naar ondergetekende van de gemeente heeft begrepen wordt aan een dergelijke kaart inderdaad gewerkt.

Bekendmaking van het voorontwerp-bestemmingsplan ‘Uitsluiten woningbouw Gaanderen – 2016’ levert naar de mening van ondergetekende een start van de voorzienbaarheidstermijn op omdat sprake is van een document dat, zijnde een voorontwerp bestemmingsplan, volledig inzicht geeft in de toekomstige woningbouwmogelijkheden. Dit is slechts anders indien en voor zover het uiteindelijke bestemmingsplan afwijkende woningbouwmogelijkheden zou vaststellen.

#### **4. Beantwoording van de slotvraag**

##### *4.1. De reikwijdte van de slotvraag*

De slotvraag is door de gemeente Doetinchem als volgt geformuleerd: “Welke in dit verzoek om advies niet genoemde maatregelen moeten volgens u nog worden getroffen om het aspect voorzienbaarheid ter voorkoming van voor vergoeding in aanmerking komende planschade door het schrappen van ongebruikte woningbouwtitels afdoende vorm te geven?”

Strikt genomen is deze slotvraag aan het einde van paragraaf 3.4 reeds beantwoord. Het raadsvoorstel ‘Uitvoering herziene woningbouwstrategie’ geeft ondergetekende echter aanleiding om enkele opmerkingen te maken bij enkele in het raadsvoorstel aanwezige passages die niet steeds letterlijk betrekking hebben op de door de gemeente aan ondergetekende gestelde vragen. Desalniettemin acht ondergetekende het voor de gemeente nuttig om van die opmerkingen kennis te nemen teneinde op enkele onderdelen het raadsvoorstel te optimaliseren. Ondergetekende heeft de slotvraag derhalve feitelijk als volgt opgevat: “Welke in dit verzoek om advies niet genoemde aspecten uit het raadsvoorstel ‘Uitvoering herziene woningbouwstrategie’ geven u aanleiding tot het maken van opmerkingen in relatie tot het aspect voorzienbaarheid ter voorkoming van voor vergoeding in

aanmerking komende (plan)schade door het schrappen van ongebruikte woningbouwtitels afdoende vorm te geven?”

Uitgaande van deze vraagstelling zullen hierna enkele aspecten uit het ontwerp-raadsvoorstel aan de orde komen.

#### *4.2. Schrappen van plancapaciteit en medewerking aan initiatieven*

Het raadsvoorstel gaat primair over het schrappen van woningbouwmogelijkheden, maar start met de voorwaarden waaronder de gemeente juist wel planologische medewerking aan de realisering van extra woningen wil verlenen.

Ondergetekende kan zich in dat licht voorstellen dat het raadsvoorstel begint met de punten 9 tot en met 13, met daarbij de aantekening dat de gemeente eigenaren en andere rechthebbenden de gelegenheid wenst te geven alsnog gebruik te maken van de bouwmogelijkheden op grond van het huidige plan gedurende een periode van tenminste 12 maanden, te rekenen vanaf het moment waarop het raadsbesluit openbaar is bekendgemaakt. Daarmee is dan ook meteen punt 3 van het raadsvoorstel op een naar de mening van ondergetekende logische plaats beland.

Aansluitend aan het noemen van de termijn van 12 maanden kan worden aangegeven welke initiatieven nog wel op gemeentelijke medewerking kunnen rekenen (de punten 1 en 2 van het raadsvoorstel), waarbij wordt verwezen naar de bijlage met de “lijst van toegestane woningen”. Het mandaat van het college om afwijkingsvergunningen te verlenen kan daaraan worden gekoppeld.

#### *4.5. Intrekking van verleende vergunningen*

Bijzondere aandacht vergt de intrekking van verleende, maar onbenutte omgevingsvergunningen voor woningbouw. Zoals in paragraaf 2.2 van deze notitie is gebleken, kunnen dergelijke vergunningen worden ingetrokken zodra de termijn die daartoe in de vergunning wordt genoemd (doorgaans 26 weken) is verstreken. Voor het intrekken van vergunningen heeft – anders dan voor het wegbestemmen van bouwtitels in bestemmingsplannen – dan ook geen afzonderlijke voorzienbaarheid te worden gecreëerd. Ondergetekende ziet in dat licht geen aanleiding voor het in het concept raadsvoorstel tussen de punten 7 en 8 gemaakte verschil: aan gewenste initiatieven is kennelijk toch geen behoefte indien vergunningen die daarvoor zijn verleend, niet worden gebruikt.

Kortom: wat betreft het intrekken van vergunningen volstaat naar de mening van ondergetekende de aankondiging dat de gemeente vanaf het moment van openbare bekendmaking van het raadsvoorstel actief gebruik zal gaan maken van haar bevoegdheid om ongebruikte omgevingsvergunningen voor woningbouw in te trekken.

#### *4.6. Directe en indirecte bouwtitels*

In het raadsvoorstel wordt geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte bouwtitels zoals bedoeld in paragraaf 2.2. van deze notitie, waarschijnlijk omdat indirecte bouwtitels (op basis van nog niet uitgewerkte globale bestemmingsplannen met uitwerkingsverplichting en bouwverband zolang er niet is uitgewerkt) niet voorkomen buiten gronden die eigendom zijn van de gemeente dan wel de corporatie, waarmee de gemeente overeenstemming heeft over het schrappen van woningbouwmogelijkheden.

Indien en voor zover dergelijke bestemmingen wel voorkomen dan adviseert ondergetekende om in het raadsvoorstel aan te geven dat eventueel in te dienen verzoeken om uitwerking zullen worden getoetst aan het vigerende woningbouwbeleid. Indien de gemeente discussies over uitwerkingen wenst te voorkomen kan de gemeente ten aanzien van gronden met globale woningbouwbestemmingen ook overwegen om een voorbereidingsbesluit te nemen.

#### *4.6. Afronding van lopende gebiedsontwikkelingen*

Uit de toelichting van het concept raadsbesluit staat onder punt 2.b/c als eis voor gemeentelijke medewerking aan de afronding van een gebiedsontwikkeling onder meer dat de gemeente als eis hanteert dat een substantieel deel (minimaal 80%) van het project gerealiseerd moet zijn. Ondergetekende vraagt zich af of deze getalsmatige eis altijd de juiste uitwerking zal hebben. Zou het mogelijk zo kunnen zijn dat er projecten zijn waarbij een lager percentage is gerealiseerd, maar waarvan de afronding vanuit stedenbouwkundig oogpunt beleidsmatig gewenst is, terwijl projecten waarbij genoemd percentage wel is gehaald, prima kunnen stoppen zonder dat sprake is van een (vanuit stedenbouwkundig oogpunt) merkwaardig eindresultaat?

#### *4.7. Schrappen op eigen grond*

Onder punt 4.1 wordt aangegeven dat de gemeente geen uitzonderingspositie voor zichzelf creëert. Daarbij staat onder meer de volgende zin: “Omdat we vinden dat we onszelf ook aan de voorwaarden moeten houden, zetten we de verkoop van deze kavels stop, wanneer eventuele initiatiefnemers er niet in slagen om binnen 12 maanden na het vervallen van de woningbouwtitel een omgevingsvergunning in te dienen”.

Deze passage roept bij ondergetekende enkele vragen op. Omdat er geen risico is op planschade op eigen kavels, zou de gemeente vanuit planschadeperspectief ten aanzien van de eigen gronden direct na bekendmaking van het raadsvoorstel de bestemming kunnen wijzigen dan wel een voorbereidingsbesluit kunnen nemen. Dat zou de eerste getalsmatige winst opleveren bij het schrappen van woningbouwmogelijkheden. Indien de gemeente dat niet wil omdat er kennelijk kopers/initiatiefnemers in beeld zijn, dan kan deze initiatiefnemers naar de mening van ondergetekende dezelfde termijn worden gegund als eigenaren van gronden en panden waar woningbouwmogelijkheden verdwijnen, namelijk 12 maanden. Om deze eigenaren daarna nog 12 maanden extra te geven (zoals uit de tekst zoals die nu luidt kan worden afgeleid) creëert naar de mening van ondergetekende juist wel een uitzonderingspositie voor de gemeente die de gemeente nu juist niet wil.

#### *4.8. Het weigeren van medewerking en het risico van planschade*

Bij de kanttekeningen bij het concept raadsvoorstel wordt onder punt 5.1. aangegeven: “De kans bestaat, dat veel mensen zullen proberen om alsnog binnen de overgangstermijn (tussen het onderhavige raadsbesluit en het daadwerkelijk schrappen van de woningbouwtitel) een woning te realiseren. Daar valt niet aan te ontkomen. Bij iedere binnenkomende aanvraag zullen we moeten afwegen of we in principe willen meewerken – en dus meer woningen bouwen – of niet willen meewerken – en dus planschade betalen”. Ondergetekende ziet niet hoe weigering om mee te werken aan een ‘binnenkomende aanvraag’ tot planschade zou kunnen leiden. Indien immers sprake is van een nog niet geschrapte bouwtitel in een vigerend bestemmingsplan en er wordt daarop een aanvraag om omgevingsvergunning voor het bouwen ingediend, dan heeft de gemeente naar de mening van ondergetekende gelet op het limitatief-imperatieve karakter van de toetsing van bouwaanvragen op grond van de Wabo geen mogelijkheid om geen medewerking te verlenen. De gemeente kan slechts medewerking weigeren aan het verlenen van omgevingsvergunningen voor het bouwen die in strijd zijn met

het vigerende planologische regime door te weigeren om een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan te verlenen. Ingeval van zo'n weigering kan er echter geen sprake zijn van planschade, omdat het bouwinitiatief niet past binnen het vigerende plan.

#### *4.9. Privaatrechtelijke afspraken, planschade en het risico van toekenbare tekortkoming*

Hetgeen hiervoor in deze notitie werd overwogen is wat betreft het aspect (plan)schadevergoeding toereikend voor situaties waarin tussen de gemeente en eigenaren van gronden met ongebruikte bouwtitels niet tevens langs privaatrechtelijke weg (in een overeenkomst) afspraken zijn gemaakt over het door de gemeente creëren dan wel handhaven van de planologische mogelijkheden voor het overeenkomstig een bepaalde bestemming kunnen realiseren van vastgoed.

In de praktijk van gebiedsontwikkeling volgt de aanpassing van het planologisch kader vrijwel steeds op het sluiten van een op uitvoering van de gebiedsontwikkeling gerichte overeenkomst. De marktpartijen verlangen daarom van de gemeente dat zij in de overeenkomst maximale zekerheid biedt dat zij de voor de gebiedsontwikkeling noodzakelijke aanpassing van het planologisch kader daadwerkelijk ter hand zal nemen en daarna in stand zal laten. Omdat een publiekrechtelijke procedure – door inspraak, zienswijzen en met name ook door beroep op de bestuursrechter – met onzekerheid is omgeven, kan de gemeente in een overeenkomst met betrekking tot gebiedsontwikkeling jegens de private samenwerkingspartner(s) niet garanderen dat de bouwtitels tot stand zullen komen en onherroepelijk zullen worden. Om die reden wordt in overeenkomsten met betrekking tot gebiedsontwikkeling vrijwel altijd een verplichting voor de gemeente opgenomen om zich (maximaal) in te spannen ten einde te bewerkstelligen dat de door de contractspartijen beoogde gebiedsontwikkeling planologisch doorgang kan vinden. Ook ten behoeve van de vergunningverlening neemt de gemeente vaak een inspanningsverplichting op zich.

Indien een gemeente ongebruikte bouwtitels in het kader van een gebiedsontwikkeling wegbestemt en dat doet nadat voorzienbaarheid is georganiseerd, dan is weliswaar waarschijnlijk het risico van het moeten betalen van planschadevergoeding geëlimineerd, maar kan de gemeente tegelijk wel wegens toerekenbare tekortkoming een schadeclaim van de contractspartner(s) verwachten.

De vraag rijst hoe de gemeente het risico van dergelijke schadeclaims kan elimineren of beperken. Uitgangspunt in dit verband is dat overheden gehouden zijn inspanningsverplichtingen onverkort na te komen. Weliswaar is de gemeente vanwege haar specifieke verantwoordelijkheid gerechtigd om haar publiekrechtelijke bevoegdheden met een beroep op het algemeen belang te gebruiken in afwijking van een gesloten overeenkomst of gedane toezegging, maar dergelijk handelen maakt de gemeente in beginsel schadeplichtig.

Een oplossing voor overcapaciteit in gebieden met betrekking waartoe een gemeente contracten heeft gesloten met private partijen, moet dan ook niet worden gezocht in eenzijdige maatregelen van gemeentewege, maar in eerste instantie in overleg met de contractspartners.

In een dergelijk overleg heeft de gemeente wel de mogelijkheid om de ontwikkelaars ervan te overtuigen dat beperking van het aantal bouwtitels in het plangebied voor alle partijen per saldo voordelig kan zijn, met name in situaties waarin de uitvoering van een overeenkomst ook voor een marktpartij anders is gelopen dan deze zich bij het sluiten van de overeenkomst had voorgesteld.

In deze wederzijdse afhankelijkheid ligt de sleutel voor een oplossing, die zou kunnen bestaan in het sluiten van een nieuwe overeenkomst, op grond waarvan nieuwe afspraken worden gemaakt over bouwvolume en tempo, passend bij de actuele inzichten in de markt.

Het moge duidelijk zijn dat hier sprake zal moeten zijn van maatwerk.

*Naaldwijk, 13 juli 2016*

Dr. ir. A.G. Bregman