

Notitie: Het terugdringen van planologische overcapaciteit en het risico van (plan)schade

Voor: Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Saskia Ferf Jentink

Van: Instituut voor Bouwrecht, Arjan Bregman

Datum: 18 december 2012

1. Inleiding, vraagstelling en opzet van deze notitie

1.1. Inleiding

Als gevolg van demografische ontwikkelingen en de huidige economische omstandigheden is er sprake van niet slechts feitelijke overcapaciteit (in de vorm van bij voorbeeld leegstaande kantoren), maar zijn er ook veel (bestemmings)plannen en contracten die publiekrechtelijk en/of privaatrechtelijk ruimte bieden voor de bouw van woningen en ander vastgoed, waarvan vrij algemeen wordt verondersteld dat de realisatie daarvan op korte termijn niet zal plaatsvinden. Diverse overheden, met name gemeenten, zijn van oordeel zijn dat het bestaan van overcapaciteit vanuit maatschappelijk oogpunt onwenselijk is.

Om die reden is er bij deze partijen behoefte om planologische overcapaciteit aan te pakken middels het (gedeeltelijk) herbestemmen van percelen, locaties en vastgoed. Daarbij rijst wel onmiddellijk de vraag in hoeverre een dergelijk herbestemmen voor de gemeente (en in sommige gevallen ook voor hogere overheden) de verplichting tot het betalen van (plan)schadevergoeding tot gevolg zou kunnen hebben en of er mogelijkheden zijn om in voorkomende gevallen (plan)schade te voorkomen of te beperken.

Gelet op deze vragen is er in de praktijk behoefte aan een toegankelijk overzicht van de verschillende oorzaken van (plan)schade binnen het huidige juridische systeem. Daarbij zal onderscheid worden gemaakt tussen feitelijke en planologische overcapaciteit, tussen verschillende planologische grondslagen (visies, plannen, vergunningen) voor overcapaciteit en tussen publiekrechtelijk verankerde overcapaciteit en planologische overcapaciteit waarover tussen overheden – met name gemeenten – en marktpartijen in contracten afspraken zijn gemaakt anderzijds.

1.2. Vraagstelling

De behoefte in de praktijk aan duidelijkheid omtrent (plan)schadeoorzaken en mogelijkheden om (plan)schade te voorkomen heeft bij het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, na overleg met het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het IPO, geleid tot onder meer de volgende vraag:

Wat is er (vanuit zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk perspectief) nodig om – zo veel mogelijk met vermindering van (plan)schade - overcapaciteit aan te kunnen pakken, als die een hindernis vormt voor adequate ruimtelijke inrichting?

Deze vraag zal in de onderhavige notitie worden beantwoord.

1.2. Opzet van deze notitie

Zoals in de inleidende paragraaf reeds geschetst, kan overcapaciteit zijn verankerd zowel in ruimtelijke visies, plannen en vergunningen van de overheid, maar ook in contracten tussen overheden en marktpartijen. Het tegemoet komen aan de behoefte om overcapaciteit terug te dringen e behoefte Daarbij zal – net zoals in de vraagstelling - onderscheid worden gemaakt

tussen het publiekrecht enerzijds en het privaatrecht anderzijds. In paragraaf 2 komt eerst het publiekrecht aan bod, gevolgd in paragraaf 3 door een analyse van de privaatrechtelijke aspecten.

2. Overcapaciteit en het publiekrecht

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”.

Als schadeoorzaken worden in het tweede lid genoemd onder meer de bepalingen van een bestemmingsplan, de bepalingen van een inpassingsplan of van een beheersverordening inpassingsplan, planwijziging, planuitwerking, nadere eis, omgevingsvergunning in strijd met bestemmingsplan, aanhouding van een besluit omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning, provinciale verordening, de bepalingen van het Besluit algemene regels omgevingsrecht (Barro).

Voor de meeste schadeoorzaken (bij voorbeeld de bepalingen van een bestemmingsplan) geldt dat een aanvraag om planschadevergoeding moet worden ingediend binnen 5 jaar nadat de schadeoorzaak onherroepelijk is geworden. Een aanvraag om planschadevergoeding die het gevolg is van een aanhouding van een besluit omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning moet worden ingediend binnen vijf jaar nadat het daarop volgende bestemmingsplan ter inzage is gelegd.

Cruciaal bij de beoordeling in hoeverre een schadeoorzaak daadwerkelijk tot planschade leidt en hoe groot deze schade is, is de vergelijking van de planologische regimes: het oude regime en het nieuwe. Daarbij wordt de “maximale invulling” van de planologische regimes in zowel de oude als in de nieuwe situatie als uitgangspunt genomen., zowel waar het de bebouwingmogelijkheden als de gebruiksmogelijkheden betreft, ongeacht de vraag of verwezenlijking van deze mogelijkheden daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Van deze regel kan alleen worden afgeweken indien – zo blijkt uit jurisprudentie – “realisering van de maximale mogelijkheden van het planologische regime met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten”. Uit jurisprudentie blijkt echter tevens dat het al dan niet (on)rendabel zijn van de realisering van bestaande bouw- en gebruiksmogelijkheden in elk geval geen reden zijn om aan te nemen, dat realisering “met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid” kan worden uitgesloten. Indien de nieuwe planologische situatie voor een belanghebbende voordeliger is dan de oude, is er vanzelfsprekend geen sprake van planschade.

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 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 en 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 aangemerkt¹. In de literatuur wordt in dit verband nog opgemerkt: "Bij een rauwelijkse wijziging van het planologisch regime, bij voorbeeld 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 benutten²."

2.2. Diverse mogelijkheden om overcapaciteit langs publiekrechtelijke weg terug te dringen

Het bestrijden van overcapaciteit kan gebeuren door leegstaande gebouwen waarvan het redelijke vermoeden bestaat dat gebruik overeenkomstig de daaraan toegekende bestemming niet binnen afzienbare termijn zal plaatsvinden en ook niet gewenst is, een andere bestemming te geven. Overcapaciteit kan ook 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.

Gemakshalve wordt er vanuit gegaan dat het bestrijden van de overcapaciteit gebeurt door middel van een bestemmingsplanwijziging.

Gelet op de genoemde mogelijkheden om overcapaciteit te bestrijden kunnen zich de volgende mogelijkheden voordoen:

1. Er is sprake van een reeds gerealiseerde bestemming (en de overcapaciteit bestaat derhalve in leegstand, in de praktijk gaat het hierbij primair om kantoren);
2. De bouwtitel vloeit voort uit een verleende omgevingsvergunning voor het bouwen;
3. De bouwtitel vloeit voort uit een vigerend bestemmingsplan, er is nog geen omgevingsvergunning voor het bouwen verleend, maar indien een aanvraag om

¹ ABRS, 18 januari 2006, zaaknr. 200502620/1 (Enschede).

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

- omgevingsvergunning wordt ingediend moet deze worden verleend (mits er geen andere weigeringsgronden zijn);
4. 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: Wegbestemmen van gebruiksmogelijkheden bij leegstand (kantoren)

Dit wegbestemmen kan plaatsvinden door vaststelling van een bestemmingsplan met een andere dan de tot dan toe toegekende bestemming (kantoren). Van bijzonder belang is hierbij het overgangsrecht.

In hoofdstuk 3 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) is bepaald dat een bestemmingsplan enkele verplichte onderdelen moet bevatten. Daaronder valt onder andere de verplichte opneming van overgangsbepalingen. Artikel 3.2.1 Bro stelt regels voor bouwovergangsrecht, artikel 3.2.2 stelt regels voor gebruiksovergangsrecht.

Beide artikelen geven als het ware de blauwdruk voor de formulering van het overgangsrecht in een bestemmingsplan. De bepalingen zijn daarmee dwingendrechtelijk van aard. Onder de werking van de oude Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) was hiervan geen sprake. Dit heeft tot gevolg dat in bestemmingsplan van onder de oude WRO een diversiteit aan overgangsrechtelijke formuleringen aantreffen.

De standaardformulering van het gebruiksovergangsrecht voor bestemmingsplannen van na de inwerkingtreding van de Wro is opgenomen in artikel 3.2.2. Bro. Daaruit blijkt dat het gebruik van grond en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van een bestemmingsplan en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet (lid 1). Het is verboden het met het bestemmingsplan strijdige gebruik te veranderen of te laten veranderen in een ander met dat plan strijdige gebruik, tenzij door deze verandering de afwijking naar aard en omvang wordt verkleind (lid 2). Indien het gebruik na het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan voor een periode langer dan een jaar wordt onderbroken, is het verboden dit gebruik daarna te hervatten of te laten hervatten (lid 3). Lid 4 tot slot bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is op gebruik dat al in strijd was met het voorheen geldende bestemmingsplan, daaronder begrepen de overgangsbepalingen van dat plan.

Van planschade kan sprake zijn indien toekenning van de nieuwe bestemming op grond van het herziene plan leidt tot een lagere waarde van de onroerende zaak. Omdat een kantoorbestemming – uitgaande van een normaal functionerende kantorenmarkt – een relatief hoge waarde van het vastgoed oplevert, zal het toekennen van een andere bestemming in plaats van een kantoorbestemming in de regel een waardedaling van het vastgoed betekenen en daarmee in beginsel een planschaderisico inhouden.

Zoals aangegeven ligt aan de waardedaling die in het algemeen aan de orde indien een kantoorbestemming wordt omgezet naar een andere bestemming de veronderstelling van een normaal functionerende kantorenmarkt ten grondslag. De huidige kantorenmarkt functioneert echter niet als zodanig, aangezien er op een aantal plaatsen sprake is van structurele leegstand. De waarde van een kantoorgebouw dat langere tijd leeg staat is substantieel lager dan een kantoorgebouw met betrekking waartoe huurcontracten zijn afgesloten met een langere looptijd.

→ Bij de vergelijking van de planologische regimes ingeval van het toekennen van een andere bestemming aan een tot dan toe als kantoorgebouw bestemd pand, zal met de waardedaling als gevolg van de veranderende kantorenmarkt rekening moeten worden gehouden. Indien sprake is van langdurige leestand zonder reëel perspectief van (volledige) verhuur, kan bovendien aansluiting worden gezocht bij bestaande jurisprudentie, waarin – zo bleek in paragraaf 2.1. van deze notitie – de maximale gebruiksmogelijkheden op basis van het oude regime (dus het gebruik als kantoor) buiten beschouwing kunnen blijven indien realisering van de maximale mogelijkheden van het planologische regime met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten. Jurisprudentie waarin een uitspraak wordt gedaan over het herbesteden van kantoorgebouwen en waarin een bevestiging wordt gevonden van dergelijke overwegingen is echter nog niet beschikbaar.

Ad 2: 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 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 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 in te gaan past nog wel de kanttekening dat het louter intrekken van de vergunning niet voldoende eis 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 worden gestart middels het nemen van een voorbereidingsbesluit.

Ad 3: Wegbestemmen van een directe bouwtitel

Het wegbestemmen van een directe bouwtitel valt uitdrukkelijk onder de shadeoorzaken als genoemd in artikel 6.2 Wro. Zoals in paragraaf 2.1. van deze notitie uiteengezet is een belangrijke 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 4: 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.

In de praktijk wordt van het globale plan met uitwerkingsplicht beduidend meer gebruik gemaakt dan van het globale eindplan, vooral omdat deze planvorm zowel een flexibel gemeentelijk planologisch beleid als een gemeentelijk antwoord op ontwikkelingen en initiatieven mogelijk maakt. Omdat het al dan niet uitwerken van het globale plan niet aan het oordeel van B en W wordt overlaten, 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 wegbestemmen van een nog niet uitgewerkte, globale bouwbestemming leidt derhalve tot daling van de waarde van de grond en daarmee tot planschade leiden. Wel zal het bedrag aan te betalen planschadevergoeding per vierkante meter lager zijn dan ingeval van het wegbestemmen van een directe bouwtitel, omdat de bouwbestemming nog niet bruikbaar was. Er kon immers wegens het steeds in uit te werken, globale bestemmingsplannen opgenomen bouwverbod, nog geen omgevingsvergunning voor het bouwen worden verleend.

In het in een bestemmingsplan opnemen van een wijzigingsbevoegdheid ligt dit anders. Het daadwerkelijk op enig moment creëren van een bruikbare bouwbestemming is ingeval van een wijzigingsbevoegdheid niet zeker. De aanvankelijk op grond van het bestemmingsplan toegekende bestemming kan evenzeer gehandhaafd blijven. Herziening van het bestemmingsplan met als gevolg dat de wijzigingsbevoegdheid verdwijnt voordat deze is gebruikt, levert derhalve geen planschade op: de betreffende grondeigenaar wordt in dat geval immers niets ontnamen wat hij reeds had of waarvan hij rechtens mocht verwachten dat hij het zou verkrijgen. Vanzelfsprekend moet er bij een bestemmingsplanherziening met het oog op het planschaderisico wel op worden gelet of het planologische regime na herziening

mogelijk ook ten opzichte van de aanvankelijk op grond van het vorige bestemmingsplan toegekende bestemming voor sommige eigenaren een planologische verslechtering betekent.

2.3. Mogelijkheden om planschadevergoeding te voorkomen of te verminderen

In de paragrafen 2.1. en 2.2. zijn diverse belangrijke kenmerken van het wettelijke stelsel van planschade geschetst en is verkend in hoeverre sprake kan zijn van planschade (en eventueel een zuiver schadebesluit) ingeval van het wegbestemmen van bouw- en gebruiksmogelijkheden en het intrekken van omgevingsvergunningen voor het bouwen van een bouwwerk.

Uit het overzicht van de diverse mogelijkheden om overcapaciteit langs publiekrechtelijke weg terug te dringen in paragraaf 2.2. bleek dat met name het wegbestemmen van gebruiksmogelijkheden bij leegstand (kantoren) en het wegbestemmen van directe bouwtitels en indirecte bouwtitels (uit te werken bouwbestemmingen) in bestemmingsplannen aanleiding kunnen geven tot planschade en derhalve tot de verplichting voor overheden – doorgaans gemeenten – om planschadevergoeding te betalen.

Het risico van het moeten vergoeden van planschade kan voor gemeenten een (doorslaggevend) argument opleveren om een beleidsmatig wenselijke aanpak van overcapaciteit achterwege te laten. Om die reden hebben veel gemeenten behoefte aan het kennen van mogelijkheden die zij kunnen gebruiken om het risico van planschadevergoeding te verkleinen en zo mogelijk geheel te elimineren. Op dergelijke mogelijkheden zal in deze paragraaf verder worden ingegaan.

Organiseer voorzienbaarheid

Het belangrijkste dat gemeenten in dit verband kunnen doen is ervoor te zorgen dat de beoogde bestemmingswijziging voor degenen die mogelijk door de bestemmingsplanwijziging planschade lijden, voorzienbaar te maken. Indien deze belanghebbenden – 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 “ruimtelijke beleidsstuk” zijn) en aan de mate van concreetheid van het beleidsstuk, waarvan voorzienbaarheid van de schade afgeleid zou moeten worden.

Deze uit de planschadejurisprudentie voortvloeiende eisen betekent concreet dat een goed mogelijkheid voor gemeenten zou kunnen zijn het vaststellen van structuurvisie – mogelijk toegespitst op de bestemming(en) waarbij sprake is van overcapaciteit die men wil bestrijden – waarin het voornemen tot het wijzigen van een of meer planologische regimes wordt aangekondigd, het liefst met een zo concreet mogelijke aanduiding van gebieden en/of locaties. In de uitvoeringsparagraaf van de structuurvisie kan een tijdpad worden geschetst. Op deze wijze is voor alle belanghebbenden kenbaar welke bestaande, maar onbenutte gebruiksmogelijkheden en bouwtitels gevaar lopen. Indien daarnaast sprake is van verleende, maar reeds enige tijd ongebruikte omgevingsvergunningen, kan in de uitvoeringsparagraaf van de structuurvisie worden aangegeven dat de gemeente omgevingsvergunningen die zijn verleend op grond van bestemmingsplannen die de gemeente met het oog op het bestrijden

van overcapaciteit wil herzien, in principe zal intrekken zodra de 26 wekentermijn ongebruikt is verstreken. De wettelijke regeling van de structuurvisie in de Wro maakt dat de structuurvisie in hoge mate vormvrij is en biedt de mogelijkheid van inspraak, terwijl geen bezwaar en beroep mogelijk zijn. Een en ander maakt de structuurvisie een aantrekkelijk instrument om voorzienbaarheid te organiseren.

Het opstellen van een (thematische en/of gebiedsgerichte) structuurvisie is vanzelfsprekend niet de enige mogelijkheid die de gemeente heeft om voorzienbaarheid van het wegbestemmen van bouw en gebruiksmogelijkheden te organiseren. Sommige gemeenten stelden een afzonderlijke beleidsnota onder de naam 'Krimpnota' of 'Woon- en leefbaarheidsplan' op. Ook een dergelijke aanpak kan leiden tot het gewenste resultaat, namelijk het voorkomen van succesvolle planschadeclaims, mits wordt voldaan aan de hiervoor genoemde algemene eisen op het gebied van openbare bekendmaking en voldoende concreetheid, waardoor belanghebbenden kennis kunnen dragen van de informatie en kunnen begrijpen dat hun percelen of vastgoed (mede) wordt bedoeld.

Zoals in paragraaf 2.2. al aangegeven is er met betrekking tot planschadeclaims met betrekking tot het wegbestemmen van een kantoorbestemming met betrekking tot percelen met daarop reeds gerealiseerd vastgoed nog geen jurisprudentie waaruit kan worden afgeleid dat in de huidige economische omstandigheden en perspectieven de maximale gebruiksmogelijkheden op basis van het oude regime (dus het gebruik als kantoor) buiten beschouwing kunnen blijven omdat realisering van de maximale mogelijkheden van het planologische regime met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten. Meer in het algemeen is ook nog niet duidelijk in hoeverre met de waardedaling van kantoren als gevolg van de veranderende kantorenmarkt – bij het vaak ontbreken van inzicht in recente huurcontracten omdat die er op de betreffende plekken niet zijn - rekening zal worden gehouden in jurisprudentie. Mogelijk zal zich ter zake de komende tijd de eerste jurisprudentie vormen.

Gebruik de wijzigingsbevoegdheid

Er kunnen zich mogelijk omstandigheden voordoen, waarin de gemeente het terugdringen van overcapaciteit op een zo korte termijn wil realiseren, dat voor het organiseren van voorzienbaarheid zoals hiervoor beschreven onvoldoende tijd beschikbaar is. In dergelijke gevallen kan de gemeente een bestemmingsplan vaststellen, waarin een nieuwe bestemming is opgenomen (op grond waarvan de oude bouwtitels en het voormalige gebruik niet meer kunnen worden geëffectueerd) en daarin tegelijk een wijzigingsbevoegdheid opnemen, die wijziging in de oude bestemming mogelijk maakt.

In de toelichting bij de wijzigingsbevoegdheid kan in het bestemmingsplan worden aangegeven dat de gemeente – gelet op het beleid om ongebruikte en ook in de toekomst niet meer te gebruiken overcapaciteit terug te dringen - de wijzigingsbevoegdheid uitsluitend op verzoek van belanghebbenden zal worden gebruikt. Voorwaarde voor het gebruik van de wijzigingsbevoegdheid op verzoek is dat de belanghebbende die daarom verzoekt kan aantonen dat realisatie van het bouwplan c.q. het gebruik ten behoeve waarvan hij om gebruik van de wijzigingsbevoegdheid verzoekt, aannemelijk is. Dit kan gebeuren op basis van het overleggen van een concreet bouwplan c.q. contracten met gebruikers. Omdat in dergelijke gevallen door de gemeente zal worden meegewerkt aan het alsnog realiseren van de wegbestemde bouwmogelijkheden c.q. het wegbestemde gebruik, lijden de betreffende belanghebbenden geen planschade. Indien gewenst kan worden aangegeven dat na een zekere periode (van bijvoorbeeld 2, 3 of 5 jaar) niet meer zal worden meegewerkt aan het gebruik

van de wijzigingsbevoegdheid. Het vervallen van die mogelijkheid is dan voldoende voorzienbaar.

In het bijzonder voor het wegbestemmen van gebruiksmogelijkheden bij leegstand (kantoren) kan – zolang planschadejurisprudentie ter zake ontbreekt – wegbestemmen en het tegelijk opnemen van de wijzigingsbevoegdheid een mogelijkheid bieden voor het risico van planschade te verkleinen.

3. Overcapaciteit en het privaatrecht

3.1. Wel of geen overeenkomst

Hetgeen in paragraaf 2 van deze notitie werd overwogen is toereikend voor gemeenten die uitsluitend behoefte aan het kennen van mogelijkheden die zij kunnen gebruiken om het risico van planschadevergoeding te verkleinen en zo mogelijk geheel te elimineren. Hiervan is sprake indien tussen de gemeente en de belanghebbenden bij de ongebruikte bouwtitels en bij het leegstaande vastgoed niet tevens langs privaatrechtelijke weg afspraken zijn gemaakt over het door de gemeente creëren dan wel handhaven van de planologische mogelijkheden voor het overeenkomstig een bepaalde bestemming kunnen realiseren en gebruiken van vastgoed.

In de praktijk ontbreken dergelijke privaatrechtelijke afspraken doorgaans bij kleinere bouwkvavels: een eigenaar heeft bij voorbeeld op grond van het bestemmingsplan de mogelijkheid om op zijn perceel nog een extra woning te bouwen. Ook ten aanzien van bestaand vastgoed (kantoren) is er vaak geen contract over de planologische mogelijkheden tussen de gemeente en de eigenaar/exploitant.

Bij ongebruikte bouwtitels die deel uitmaken van een geplande of lopende gebiedsontwikkeling bestaan daarentegen in de regel wel publiek-private afspraken tussen (meestal) de gemeente aan publieke zijde en bouwers, ontwikkelaars, corporaties of andere marktpartijen aan private kant. Bij gebiedsontwikkeling kunnen verschillende samenwerkingsmodellen worden onderscheiden. Deze vormen zullen in paragraaf 3.2. beknopt worden aangeduid.

3.2. Samenwerkingsmodellen bij gebiedsontwikkeling

Het eerste model is het model van de *gemeentelijke grondexploitatie*. Daarbij verwerft de gemeente alle voor de gebiedsontwikkeling benodigde gronden, mogelijk (mede) met gebruikmaking van het gemeentelijke voorkeursrecht en onteigening, maakt deze gronden bouw- en woonrijp en geeft de bouwrijpe kvavels vervolgens uit. Binnen de (eigen) publiekrechtelijke randvoorwaarden heeft de gemeente grote vrijheid bij het inrichten van de grondexploitatie. Daartegenover staat dat uiteraard ook alle risico's - voor zover niet afgedekt door subsidies - voor rekening van de gemeenten komen.

Het tweede model is het *bouwclaimmodel*. Hierbij verplichten de private partijen die gronden hebben verworven zich om deze aan de gemeente over te dragen, in ruil waarvoor de marktpartijen te zijner tijd een bepaald aantal bouwrijpe kvavels krijgen toebedeeld. Het grondexploitatierisico berust in het bouwclaimmodel - net zoals bij actieve grondpolitiek - in beginsel volledig bij de gemeente. De grondverwerving is voor het overige, evenals het bouwen en woonrijp maken, een gemeentelijke zaak.

Het cruciale verschil tussen het model van de gemeentelijke grondexploitatie en het bouwclaimmodel is dat de gemeente in het model van de gemeentelijke grondexploitatie alle voor de gebiedsontwikkeling benodigde gronden verwerft zonder daarbij verplichtingen

jegens marktpartijen tot (op termijn) gronduitgifte aan hen worden overgegaan, terwijl dat bij het bouwclaimmodel nadrukkelijk wel het geval is.

Een derde model is het *joint venture-model*, waarbij gemeentenen marktpartij(en) gezamenlijk een grondexploitatie maatschappij (meestal afgekort tot GEM) oprichten, waarin de gronden binnen het plangebied orden overgedragen. Deze onderneming is ook verantwoordelijk voor het bouw- en woonrijp maken en voor de gronduitgifte en draagt daarmee in feite het karakter van een *geprivatiseerd grondbedrijf op locatie-niveau*. Het grondexploitatie risico wordt in dit samenwerkingsmodel verdeeld tussen gemeente en marktpartijen in de verhouding waarin deze partijen participeren in de GEM. Doorgaans is dit de verhouding 50/50. Behalve dat een GEM een centrale rol vervult bij de grondproductie, doet de GEM in de regel ook voorstellen voor de nadere uitwerking van de plannen voor de locatie.

Het verschil tussen de hiervoor beschreven modellen en het joint-venturemodel is dat, waar in het model van de gemeentelijke grondexploitatie en het bouwclaimmodel het grondexploitatie risico (in beginsel) volledig bij de gemeenten ligt, dit risico in het joint-venturemodel wordt gedeeld tussen de gemeente en de marktpartijen.

Een model waarin dit risico volledig bij de marktpartijen ligt is het *concessiemodel*. In dit model krijgen de private partijen de beschikking over alle gronden op een locatie (door zelf te verwerven van oorspronkelijke eigenaren en/of verkoop van deze gronden door de gemeente aan de marktpartij). Het bouw- en woonrijp maken gebeurt vervolgens voor eigen rekening en risico van de marktpartij. De grondexploitatie en de vastgoedexploitatie zijn in dit model derhalve een geheel private zaak. De gemeente beperkt zich wat betreft de inrichting van de locatie tot het vaststellen van een programma van eisen, waaraan de marktpartij bij de ontwikkeling gebonden is.

Het laatste model is dat van de *zelfrealisering* door de grondeigenaren die grondposities hebben genomen. Met zelfrealisering wordt hier bedoeld op het geven van toepassing aan de afdeling grondexploitatie in de Wet ruimtelijke ordening. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de afdeling grondexploitatie blijkt dat het de intentie van de wetgever is dat grondeigenaren met gemeenten contractuele afspraken maken voordat het bestemmingsplan is vastgesteld (of een andere planologische maatregel (omgevingsvergunning, projectuitvoeringsbesluit) is genomen). Uitgangspunt van de wettelijke regeling is dat, als voorafgaand aan de planologische maatregel voor alle gronden binnen een te ontwikkelen locatie overeenkomsten worden gesloten (exploitatieovereenkomsten dan wel samenwerkingsovereenkomsten of grondverwervingscontracten), het nieuwe instrument niet wordt gebruikt.

Wanneer op het moment dat het bestemmingsplan wordt vastgesteld nog niet voor alle gronden contracten zijn gesloten, stelt de gemeenteraad gelijktijdig met het bestemmingsplan een exploitatieplan vast. Het belangrijkste onderdeel van dit plan is de grondexploitatieopzet, op grond waarvan ontwikkelaars die niet hebben gecontracteerd, maar toch willen ontwikkelen, bij de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen alsnog moeten meebetalen aan kosten die de gemeente voor het plangebied moet maken. Wanneer een ontwikkelaar na het vaststellen van een exploitatieplan hierover toch nog een contract sluit met de gemeente, krijgt hij geen rekening bij de omgevingsvergunning. Een exploitatiebijdrage via de omgevingsvergunning is dus alleen bedoeld en nodig voor exploitanten die weigeren met de gemeente afspraken te maken vóór het moment dat ze een omgevingsvergunning aanvragen.

Uit de gehouden evaluaties van de Wro blijkt dat voor situaties van zelfrealisering vrijwel steeds een anterieure overeenkomst wordt gesloten.

3.3. De inspanningsverplichting voor de gemeente ten aanzien van bouwtitels

Gebiedsontwikkeling betekent in de regel het (gedeeltelijk) herbestemmen van gebieden en het daarbij creëren van nieuwe bouwmogelijkheden. Daarvoor is een herziening van het vigerende planologische kader noodzakelijk. Herziening van het planologisch kader is een exclusieve bevoegdheid van de overheid, bij gebiedsontwikkeling doorgaans de gemeente.

In de praktijk 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 niet 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. Het vervullen van dergelijke inspanningsverplichtingen is in veel contracten in de tijd geplaatst, doorgaans gerelateerd aan de voortgang van andere activiteiten in het kader van de gebiedsontwikkeling (zoals grondverwerving of gronduitgifte, private planontwikkeling, percentage voorverkoop/-verhuur).

Dergelijke inspanningsverplichtingen komen voor in contracten met betrekking tot alle samenwerkingmodellen zoals die in paragraaf 3.2 zijn beschreven.

3.4. Mogelijkheden om schadeclaims wegens toerekenbare tekortkoming te voorkomen of te verminderen

Zoals in paragraaf 3.3. aangegeven garandeert een gemeente zelden of nooit dat een bouwtitel planologisch mogelijk zal worden. Dit betekent dat een gemeente niet vanwege het enkele verval van een bouwtitel toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst kan worden verweten. Wanneer het echter de gemeente zelf is die zich actief inzet voor het wegbestemmen van een bouwtitel – al dan niet nadat dit voorzienbaar is gemaakt – dan handelt de gemeente in strijd met de aangegane inspanningsverplichting om zich maximaal in te spannen dat de betreffende bouwtitels juist worden gecreëerd. Hieruit kan in het algemeen worden afgeleid dat de gemeente zich aansluitend zal inspannen om deze bouwtitels in stand te houden.

Indien een gemeente ongebruikte bouwtitels in het kader van een gebiedsontwikkeling wegbestemt en dat doet nadat – in overeenstemming met hetgeen daaromtrent in paragraaf 2.3 van deze notitie is gesteld - 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 schadelijch.

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 en 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. Een belangrijk aspect in dit verband is dat, zoals in paragraaf 3.3. reeds aangegeven – inspanningsverplichtingen voor het creëren (en in stand houden) van bouwtitels in veel contracten in de tijd geplaatst, doorgaans gerelateerd aan de voortgang van andere activiteiten in het kader van de gebiedsontwikkeling (zoals grondverwerving of gronduitgifte, private planontwikkeling, percentage voorverkoop/-verhuur). Juist de voortgang van dergelijke activiteiten, die in veel gebiedsontwikkelingen belangrijke mate tot het takenpakket van de private partijen behoren, is in vrijwel alle gevallen afwijkend van waar beide partijen vanuit gingen bij het sluiten van de overeenkomst. Anders gezegd: zeker ook de private partijen lukt het niet om overeenkomsten ‘uit goede tijden’ onverkort na te komen. Zij kunnen daarom de gemeente niet contractueel dwingen om hun inspanningsverplichtingen ten aanzien van het creëren en in stand houden van bouwtitels na te komen. Dit brengt partijen in een wederzijdse afhankelijkheid.

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 aangrijpingspunt voor een dergelijke aanpak ligt doorgaans reeds in de gesloten overeenkomst: contracten met betrekking tot gebiedsontwikkeling bevatten in de regel een bepaling dat partijen – indien sprake is van een zodanige wijziging van buiten de invloedssfeer van partijen liggende omstandigheden dat ongewijzigde nakoming van de overeenkomst in redelijkheid niet van partijen kan worden gevergd – partijen met elkaar zullen overleggen over aanpassing van de overeenkomst, zo veel mogelijk met inachtneming van de uitgangspunten die aan de overeenkomst ten grondslag lagen.

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

Naaldwijk, 18 december 2012

Prof. dr. ir. A.G. Bregman