

141. Passieve risicoaanvaarding bij vervallen gebruiksmogelijkheden

MR. R.J. WEVERS EN MR. R.J. BOOGERS

Daar waar het om planschadevergoeding gaat, is het uitgangspunt dat de overheid de schade die een burger lijdt als gevolg van een planologische wijziging vergoedt, voor zover die schade redelijkerwijs niet voor diens rekening behoort te blijven. De praktijk wijst uit dat er inmiddels behoorlijk wat obstakels zijn om de geleden schade daadwerkelijk (volledig) vergoed te krijgen. Niet alleen lijkt de grens van het maatschappelijk te dragen risico steeds vaker te worden verhoogd, ook worden verzoeken om planschade met regelmaat afgewezen op grond van passieve risicoaanvaarding. Het verzoek om een planschadevergoeding wordt in dergelijke gevallen afgewezen omdat de eigenaren het risico van een bestemmingswijziging 'passief' zouden hebben aanvaard. Het kan dan gaan om zowel wijzigingen ten aanzien van bouw- als gebruiksmogelijkheden. In dit artikel willen wij vooral ingaan op passieve risicoaanvaarding ten aanzien van vervallen gebruiksmogelijkheden. In de rechtspraak zijn slechts enkele uitspraken gepubliceerd die uitsluitend wijzigingen in gebruiksmogelijkheden betreffen, terwijl juist ten aanzien van vervallen of gewijzigde gebruiksmogelijkheden vragen rijzen in het kader van passieve risicoaanvaarding.

1. Planschade en risicoaanvaarding

Op grond van artikel 6.3 Wro neemt het college van B&W bij zijn beslissing met betrekking tot een verzoek tot vergoeding van planschade onder meer de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak in aanmerking. Daarmee wordt bedoeld dat de schade niet (geheel) wordt vergoed in het geval de verzoeker het risico aanvaardt dat – bijvoorbeeld – een bouwmogelijkheid komt te vervallen omdat hij nimmer gebruik heeft gemaakt van die bouwmogelijkheid. De schade blijft voor rekening van de aanvrager als er sprake is van een dergelijke 'risicoaanvaarding'.

1.1 Actieve en passieve risicoaanvaarding

In de rechtspraak zijn twee verschillende vormen van risicoaanvaarding ontwikkeld: actieve risicoaanvaarding en passieve risicoaanvaarding. Volgens vaste jurisprudentie is sprake van een actieve risicoaanvaarding indien er voor een redelijk denkend en handelend koper ten tijde van de aankoop van het onroerend goed aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie in ongunstige zin zou veranderen.² Van passieve ri-

sicoaanvaarding is sprake wanneer een redelijk denkende en handelende eigenaar rekening moet houden met de kans dat de door hem tot dan toe onbenutte mogelijkheden in de toekomst in negatieve zin kunnen veranderen en deze desondanks geen gebruikmaakt van de op dat moment aan hem toekomende bouw- en gebruiksmogelijkheden.¹ In dit artikel beperken wij ons als gezegd tot deze laatste vorm van risicoaanvaarding.

1.2 Voorzienbaarheid van de planologische wijziging

In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat een burger die geen actie onderneemt of stil blijft zitten, terwijl hij redelijkerwijs met overheidsingrijpen rekening moet houden of die nalaat om tijdige passende maatregelen te nemen ter beperking van de daardoor optredende schade, geen aanspraak heeft op vergoeding van die schade. Onder overheidsingrijpen wordt onder meer bedoeld op de wijziging van een bestemmingsplan waarbij bouw- of gebruiksmogelijkheden worden beperkt of komen te vervallen.[NOOT: *Kamerstukken II* 2002/03, 28916, nr. 3.] Voor een geslaagd beroep op passieve risicoaanvaarding is (onder meer) vereist dat het vervallen van de bouw- of gebruiksmogelijkheid *voorzienbaar* was voor de aanvrager van de planschadevergoeding. Met andere woorden: er

1 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572 en ABRvS 19 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198.

2 Zie onder meer ABRvS 28 januari 1999, AB 1999, 236 m.nt. JSt., ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 387 m.nt. GMvB; ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 167, m.nt. Lam.

3 ABRvS 11 mei 2000, BR 2001, 228; ABRvS 28 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1691; ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7573; en ABRvS 16 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2079.

moeten voortekenen zijn dat er een planologische wijziging zit aan te komen. Die voorzienbaarheid dient op basis van de rechtspraak te worden afgeleid uit een concreet beleidsvoornemen. Dat beleidsvoornemen hoeft geen formele status te hebben maar moet wel openbaar zijn gemaakt.⁴

Uit de rechtspraak van de Afdeling volgt tevens (...) dat bij het antwoord op de vraag of sprake is van voorzienbaarheid rekening moet worden gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, moet een redelijk denkend en handelend koper uit de openbaarmaking daarvan kunnen begrijpen op welk gebied het concreet beleidsvoornemen betrekking heeft, wat daarvan de zakelijke inhoud is en dat hij van de inhoud van het concreet beleidsvoornemen kennis kan nemen.

De meest voorkomende concrete beleidsvoornemens betreffen voorbereidingsbesluiten, ontwerpbestemmingsplannen, structuurvisies, streekplannen en toelichtingen op voornoemde plannen.⁵ Waarom is dat nu zo van belang – in het kader van planschade – om kennis te nemen van die plannen? Omdat van de verzoeker van een planschadevergoeding wordt verwacht dat hij tijdig stappen onderneemt tegen een dreigende wijziging van de bouw- of gebruiksmogelijkheden. De Afdeling overwoog in de uitspraak van 5 maart 2014:⁶

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld uitspraak van 14 januari 2009 in zaak nr. 200801600/1) is alleen sprake van passieve risicoaanvaarding als er voorzienbaarheid is en er in het verleden geen stappen zijn ondernomen tot realisering van de bouw- en gebruiksmogelijkheden die onder het nieuwe planologische regime zijn komen te vervallen.”

In de rechtspraak geldt het criterium dat van de verzoeker wordt verwacht dat hij bij een dreigende planologische wijziging concrete pogingen onderneemt tot realisering van de bouw- of gebruiksmogelijkheden die onder het nieuwe plannen wijzigen of komen te vervallen.⁷ De vraag is dan

wat onder een dergelijke concrete poging moet worden verstaan.

1.3 Concrete poging

In ieder geval wordt onder een concrete poging het aanvragen van een bouwvergunning verstaan.⁸ Aan verzoeker moet wel een redelijke termijn beschikbaar zijn gesteld om een dergelijke concrete poging te ondernemen.⁹ Of een termijn redelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Afdeling heeft eerder overwogen dat een termijn van drie maanden te kort is voor het aanvragen van een bouwvergunning voor een agrarische onderneming.¹⁰ Een termijn van tien maanden werd voldoende geacht voor het aanvragen van een bouwvergunning voor een woning¹¹ en een termijn van anderhalve maand te kort voor het aanvragen van een bouwvergunning voor een woning.¹²

Nu gaat het telkens om het aanvragen van een bouwvergunning bij een wijziging van bouwmogelijkheden. Het is evident dat een verzoeker in een dergelijke situatie een concrete poging kan ondernemen om de bestaande bouwmogelijkheden te benutten. Namelijk door het (alsnog) aanvragen van een bouwvergunning. Bij vervallen gebruiksbepalingen ligt dat genuanceerder. Het gaat dan immers om *bestaande* gebruiksmogelijkheden die niet worden benut maar waarvoor geen vergunning aangevraagd hoeft te worden om het gebruik mogelijk te maken. De vraag is dan welke concrete poging verzoeker moet ondernemen om de bestaande gebruiksmogelijkheden te benutten. In het navolgende zullen wij hier nader op ingaan.

2. De concrete poging ten aanzien van vervallen gebruiksmogelijkheden

Uit de jurisprudentie blijkt dat het moet gaan om pogingen om de gebruiksmogelijkheden *te verwezenlijken*. Pogingen die zien op (het maken van) plannen volstaan niet.¹³ Wat derhalve niet als een voldoende concrete poging wordt gezien om de bestaande gebruiksmogelijkheden onder een bestemmingsplan te benutten valt terug te lezen in de uitspraak van de Afdeling van 6 oktober 2004 over het komen te vervallen van een winkelbestemming.¹⁴ De Afdeling overwoog in deze uitspraak:

“Het enkele feit dat appellant op 15 januari 1999 een koopovereenkomst voor het perceel had gesloten ten behoeve van de vestiging van een winkel die in overeenstemming was met het bestemmingsplan ‘Noord’, kan

4 ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0372 en ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6653. De bewijslast ten aanzien van de vraag of een beleidsstuk openbaar is gemaakt en is gepubliceerd rust bij het bevoegd gezag, zie daarvoor o.a. ABRvS 17 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU1131. De Afdeling heeft het criterium van het ‘openbaar maken’ wel enigszins genuanceerd bij uitspraak van 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1159. Een verzoeker om planschade werd toch voorzienbaarheid tegengeworpen, ondanks het feit dat er geen sprake was van een openbaar gemaakt concreet beleidsvoornemen, omdat verzoeker destijds op de hoogte was van de plannen en de consequenties hiervan heeft aanvaard in de koopovereenkomst.

5 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3377 waarin een ‘startnotitie bestemmingsplan Binnenstad’ als concreet beleidsvoornemen werd aangeduid.

6 ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:737.

7 O.a. ABRvS 7 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB733218 en april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3066.

8 O.a. ABRvS 14 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1021 en 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3878.

9 De termijn vangt aan op het moment dat – bijvoorbeeld – het ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd.

10 ABRvS 2 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5083.

11 ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3506.

12 ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7753.

13 ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:811.

14 ABRvS 6 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3365.

niet worden aangemerkt als een concrete poging om de mogelijkheden onder het regime van dat bestemmingsplan nog te realiseren.”

De Rechtbank Amsterdam haalt laatstgenoemde uitspraak van de Afdeling aan in haar uitspraak van 25 april 2012.¹⁵ In deze zaak was de onder het onder het bestemmingsplan ‘Jordaan 1972’ voor het perceel bestaande mogelijkheid om een horecabedrijf te vestigen onder het bestemmingsplan ‘Jordaan 1999’ komen te vervallen. De rechtbank overwoog in haar uitspraak:

“De rechtbank is vervolgens met verweerder van oordeel dat eiser van 4 september 1989 tot 31 augustus 1993 ongeveer vier jaar de tijd heeft gehad voor het vestigen van een horecabedrijf in zijn pand. De door eiser overgelegde aantekeningen en aanbiedingen ten behoeve van de vestiging van een horecabedrijf acht de rechtbank in het licht van vaste jurisprudentie van de Afdeling niet voldoende concreet om aan te merken als een daadwerkelijke poging een horecabedrijf te realiseren (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 6 oktober 2004, LJN: AR3365). In die uitspraak oordeelde de Afdeling dat een gesloten koopovereenkomst ten behoeve van de vestiging van een winkel ‘Noord’, niet kan worden aangemerkt als een concrete poging om de mogelijkheden onder het regime van dat bestemmingsplan nog te realiseren. In de situatie van eiser is geen sprake van een dergelijke gesloten overeenkomst, maar slechts van pogingen om derden te interesseren in een huurovereenkomst (die niet tot stand is gekomen).”

Een aanwijzing van wat in ieder geval valt onder het onder het oude planologische regime ondernemen van concrete pogingen tot realisering van – onder meer – gebruiksmogelijkheden die onder het nieuwe planologische regime zijn komen te vervallen, valt te vinden in de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2013.¹⁶ In deze uitspraak overweegt de Afdeling:

“Op het perceel staan bedrijfsgebouwen en zijn verhardingen aangebracht. [wederpartij] heeft daar sinds begin jaren tachtig een transportbedrijf uitgeoefend en heeft dit bedrijf in 1999 beëindigd. De rechtbank heeft met juistheid vastgesteld dat tijdens de terinzagelegging van het voorontwerpbestemmingsplan ook bedrijfsactiviteiten werden verricht op het perceel. Deze bedrijfsactiviteiten

bestonden uit het stallen van vrachtwagens en het opslaan van goederen door derden. Gelet hierop kan niet worden geoordeeld dat [wederpartij] het risico heeft aanvaard dat de mogelijkheid om het perceel te gebruiken voor deze bedrijfsmatige activiteiten in het bestemmingsplan zou komen te vervallen. In het bestreden besluit is dan ook ten onrechte geoordeeld dat wegens passieve risicoaanvaarding door [wederpartij] geen grond bestaat voor vergoeding van planschade[...].”

Voornoemde jurisprudentie overziend, brengt ons wat betreft de vraag welke concrete poging een benadeelde moet ondernemen om de bestaande geluidsmogelijkheden te verwezenlijken, tot de tussenconclusie dat dit alleen kan door met betrekking tot de – alsdan voorzienbaar toekomstig te vervallen – gebruiksmogelijkheden, ten minste dat gebruik op het perceel uit te (gaan) oefenen dat onder het onder het nieuwe planologische regime te vervallen gebruik kan worden gerangschikt. Immers daarmee kan niet worden geoordeeld dat de eigenaar/gebruiker van het perceel het risico heeft aanvaard dat de mogelijkheid om het perceel te gebruiken voor het bewuste gebruik in het bestemmingsplan zou komen te vervallen.

3. Geen enkele (concrete) poging ondernemen

Een andere vraag is of onder omstandigheden en zo ja welke omstandigheden, het achterwege blijven van enige (concrete) poging om de bestaande gebruiksmogelijkheden te benutten, niet leidt tot de aanname van passieve risicoaanvaarding. Immers, het is niet ongebruikelijk dat een bestemmingsplan meerdere gebruiksmogelijkheden heeft. Wanneer een of meerdere gebruiksmogelijkheden (voorzienbaar) komen te vervallen terwijl het perceel een bestaand (niet te vervallen) gebruik heeft, zal het scenario dat geen (enkele) poging tot realisering van de toekomstig te vervallen of wijzigen gebruiksmogelijkheid (of gebruiksmogelijkheden) is gedaan, zich eerder voordoen.

De uitspraak van de Afdeling 18 april 2012¹⁷ betreft de kwestie van een bestemmingsplanwijziging waardoor de tot dan toe bestaande mogelijkheid om een perceel te gebruiken voor steenfabrieken en scheepswerven, is komen te vervallen omdat het perceel een agrarische bestemming heeft gekregen. De eigenaar van het perceel liet een derde (een naastgelegen steenfabriek) van zijn perceel gebruikmaken ten behoeve van de steenfabriek. Gelet op de eerbiedigende werking van het bestaande rechtsgeldige gebruik van het perceel ten behoeve van een steenfabriek, zag de planologische mutatie dus toe op het in concreto komen te vervallen van de bestemming ‘scheepswerven’.

15 Rechtbank Amsterdam 25 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8538.

16 ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4970.

17 ABRvS 18 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3066.

Na eerst de vraag omtrent de voorzienbaarheid van de planologische mutatie in bevestigende zin te hebben beantwoord, overweegt de Afdeling als volgt:

“van belang is dat [appellant] geen enkel concreet gegeven heeft aangedragen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat hij serieuze plannen had om op zijn perceel een scheepswerf op te richten, dan wel de gronden voor dat doel aan derden te verkopen. Hij heeft vanaf de verkrijging van zijn perceel de gelegenheid gehad tot dat moment nog bestaande gebruiksmogelijkheid voor de scheepswerf te benutten. Hij heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij daartoe als gevolg van hen niet toe te rekenen omstandigheden niet in staat is geweest. Door die gebruiksmogelijkheid niet te benutten, ook niet toen hij op grond van het bestemmingsplan ‘buitengebied’ kon zien aankomen dat de planologische situatie ter plaatse zou veranderen, heeft hij het risico voor de voor hem nadelige bestemmingswijziging aanvaard en behoort de schade die hij daardoor lijdt voor zijn rekening te blijven”

Voor zover een benadeelde een beroep doet op het – voor hem zo mogelijk de hoogste waarde genererende – bestaande gebruik van het perceel waardoor hij geen belang heeft bij het realiseren van een ander gebruik, zoals in deze zaak de eigenaar van het perceel betoogde, vormt dit gelet op voornoemde overweging, voor het leerstuk van de passieve risicoaanvaarding geen relevante factor. Er moet sprake zijn van niet aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden waardoor de benadeelde niet gebruik heeft gemaakt van een op dat moment nog bestaande gebruiksmogelijkheid wil geoordeeld kunnen worden dat niet passief het risico is aanvaard dat de bestemming/het gebruik zou komen te vervallen.

Voornoemde uitspraak van de Afdeling van 18 april 2012 is ook aangehaald in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam 12 oktober 2012. In deze zaak betrof de planologische wijziging het verlies aan diversiteit van de gebruiksmogelijkheden in die zin dat de toegestane milieucategorieën voor de te plaatsen bestemde bedrijvigheid werd teruggeschaald. Het beroep van het College van B&W van de gemeente op de eerder aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 18 april 2012 ter onderbouwing van de stelling dat er sprake is van passieve risicoaanvaarding, wijst de rechtbank af omdat het in dit geval, anders dan in uitspraak van de Afdeling, niet gaat om het benutten van een van de twee gebruiksmogelijkheden, maar om het laten bestaan van de diversiteit van de velen gebruiksmogelijkheden van het perceel.

De rechtbank overweegt voorts als volgt:

“Uitgaande van de enig denkbare manier voor eiseres om de beperking van het gebruiksregime voor te zijn en de diversiteit van haar gebruiksmogelijkheden veilig te stellen voor een toekomstige verkoop, zou eisers in de visie van verweerder gehouden zijn om op het perceel alle gebruiks-

mogelijkheden met een hogere milieu-categorie dan 2 en 3.1 te benutten. Dit uitgangspunt moet naar het oordeel van de rechtbank worden verworpen alleen al op de grond dat het feitelijk onmogelijk is om al die gebruiksmogelijkheden te benutten. Verweerder heeft ook ter zitting erkend dat dit gelet op de hoeveelheid gebruiksmogelijkheden geen realistische mogelijkheid is. Dat betekent dat verweerder uit is gegaan van een rechtens onhoudbare interpretatie van het begrip passieve-risicoaanvaarding. Eiseres kan niet worden tegengeworpen dat zij geen concrete pogingen heeft ondernomen tot realisatie van alle denkbare gebruiksmogelijkheden.”

De overweging van de rechtbank komt neer op de stelling dat het voor de benadeelde onmogelijk was alle – toekomstig te vervallen – gebruiksmogelijkheden te benutten. Hiermee wordt aangesloten bij de vigerende jurisprudentie van de Afdeling dat wanneer een benadeelde feitelijk niet in staat is om van – onder meer – bestaande gebruiksmogelijkheden gebruik te maken en dus die gebruiksmogelijkheden niet tijdig heeft kunnen benutten, geldt dat van de benadeelde dan ook niet kan worden verlangd dat zij een concrete poging zou doen om de gebruiksmogelijkheden alsnog tijdig te realiseren. Deze situatie kan niet worden aangemerkt als behorend tot de risicosfeer van de benadeelde.

Dit geldt ook voor bloot-eigenaren die niet vrijelijk over een perceel kunnen beschikken [bijvoorbeeld vanwege geldend erfpachtrecht] en daardoor bouw- en gebruiksmogelijkheden niet hebben benut,¹⁸ zo overwoog de Afdeling in de uitspraak van 13 augustus 2014:

“Appellant c.s. betogen echter terecht dat de rechtbank hen ten onrechte heeft tegengeworpen dat zij geen concrete pogingen hebben ondernomen om de voorheen onder het bestemmingsplan ‘Buitengebied’ bestaande bouw- en gebruiksmogelijkheden te benutten. In dat verband neemt de Afdeling in aanmerking dat [appellant] c.s. op 30 mei 1995, ieder voor een derde deel, door erfopvolging eigenaren zijn geworden van het perceel. Op het moment dat [appellant] c.s. dit perceel in eigendom verkregen, was niet te voorzien dat de hiervoor omschreven planologische ontwikkeling zich zou voordoen. Nu het perceel voorts, tot de opzegging van de overeenkomst door de erfpachter op 31 mei 2009, belast is geweest met een recht van erfpacht en opstal, brengt dit met zich dat [appellant] c.s. in ieder geval tot inwerkingtreding van het bestemmingsplan ‘Groenzone Berkel-Pijnacker’ niet vrijelijk over het perceel hebben kunnen beschikken. Evenmin waren [appellant] c.s. feitelijk in staat om de erfpachter te verplichten om van de onder het bestemmingsplan ‘Buitengebied’ bestaande bouw- en gebruiksmogelijkheden gebruik te maken om aldus te voorkomen dat er planschade zou ontstaan. Dit behoort, anders dan de

18 O.a. ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7174 en ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3005 en tevens in BR2014/125 m.nt. Van Heijst.

rechtbank heeft overwogen, niet te worden aangemerkt als behorend tot de risicosfeer van [appellant] c.s. Gelet op het voorgaande en artikel 6.3, aanhef en onder b, van de Wro in aanmerking genomen, heeft het college in het besluit van 12 juli 2012 ten onrechte het standpunt gehandhaafd dat [appellant] c.s. het risico dat de bouw- en gebruiksmogelijkheden onder het bestemmingsplan 'Buitengebied' zouden komen te vervallen, passief hebben aanvaard."

Dat roept de vraag op in hoeverre genoemde situatie van het recht van erfpacht en opstal, (wezenlijk) afwijkt van de situatie die wij eerder aanhaalden inzake de 'scheepswerf'. Het lijkt erop dat er in dat geval – vermoedelijk – een huur- of gebruiksovereenkomst ten grondslag lag aan de civiele verhouding tussen de eigenaar van het perceel en de naastgelegen steenfabriek.¹⁹ De vraag is of de eigenaar in dat geval 'vrijelijk' over zijn perceel kon beschikken. In feite gelden er in dat geval, evenals in de hiervoor aangehaalde uitspraak inzake de erfpacht, voor de eigenaar als gevolg van de civiele verhouding eveneens beperkingen ten aanzien van het perceel waardoor hij niet vrijelijk over zijn perceel heeft kunnen beschikken. De vraag is dan ook of bovengenoemde oordeel uitsluitend geldt voor erfpacht en het in die casus geldende feitencomplex of dat de uitspraak ruimte biedt voor een bredere interpretatie waardoor bijvoorbeeld ook in (ver)huursituaties passieve risicoaanvaarding – onder omstandigheden – niet kan worden tegengeworpen.²⁰

– SCHIPHOL

Wanneer voor een eigenaar/gebruiker van een perceel voorzienbaar is dat door hem niet benutte planologische gebruiksmogelijkheden onder een nieuw planologisch regime komen te vervallen of worden gewijzigd, zijn er twee scenario's denkbaar waarmee de (toekomstige) benadeelde van de planologische mutatie zo veel als mogelijk kan verzekeren dat hem geen passieve risicoaanvaarding oftewel 'risicovol stilzitten' kan worden aangerekend. In het eerste scenario kan de benadeelde aannemelijk maken als gevolg van hem niet toe te rekenen omstandigheden hij (feitelijk) niet in staat is geweest de – alsdan – vervallen gebruiksmogelijkheid(en) te benutten. Het enkele voor de benadeelde bestaande – en voor hem mogelijk meest renderende – gebruik, volstaat in ieder geval niet als argument om het risico dat de planschade voor zijn rekening blijft, te ontlopen. Het tweede scenario, zeker wanneer getwijfeld wordt of men niet toch feitelijk in staat moet worden geacht om de bestaande – en voorzienbaar in de toekomst te vervallen – gebruiksmogelijkheden te benutten, is om die bestaande gebruiksmogelijkheden die komen te vervallen, daadwerkelijk op minimale wijze te gaan uitoefenen waardoor de benadeelde niet het risico aanvaardt dat de bewuste gebruiksmogelijkheid onder het nieuwe planologische regime zal komen te vervallen.

¹⁹ "De eigenaar voert daartoe aan dat hem geen passieve risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen, omdat de steenfabriek op het naastgelegen perceel in die tijd nog volop in bedrijf was en van zijn perceel gebruik maakte, zodat hij geen enkel belang had bij het realiseren van een andere bestemming. Zijns inziens ontleende zijn perceel aan het bestaande gebruik voor hem de hoogste waarde."

²⁰ Los van het feit dat het niet om zuiver dezelfde situaties gaat, zou het verschil in beoordeling ook gelegen kunnen zijn in de wijze van procederen en hetgeen partijen in de procedure aan standpunten naar voren hebben gebracht.



Over de auteurs

Rik Wevers is advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten. Rutger Boogers is advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten en tevens vaste medewerker van dit blad.

