

Planschade, windturbines en normaal maatschappelijk risico

LTB 2021/4

Om aan de nationale en regionale doelstellingen voor wind op land te voldoen, vrijzen op vele plekken in Nederland windparken. Vaak bestaat er weerstand bij omwonenden in verband met vrees voor zichtscha- de, geluidsoverlast of slagschaduw, met waardevermindering van hun woning tot gevolg. Omdat de realisering van het windpark meestal gepaard gaat met een wijziging van de ter plaatse geldende bestemming, kan voor dit nadeel in beginsel planschade worden gevorderd. Sinds 1 juli 2008 komt planschade echter slechts voor vergoeding in aanmerking indien die schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Vijf jaar geleden publiceerden wij in dit tijdschrift een kort overzicht van de meest relevante actuele ontwikkelingen bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico bij planschade en andere vormen van nadeelcompensatie (zie de bijdrage van F.A. Mulder, F.A. Linssen en R.J.Th. Vos in LTB 2015/30). In deze bijdrage gaan wij specifiek in op het normaal maatschappelijk risico bij planschade als gevolg van de realisering van windturbines.

Kader planschade en plaats normaal maatschappelijk risico

Indien een bestemmingsplan of inpassingsplan wordt vastgesteld waarin windturbines planologisch worden toegestaan, kan degene die schade lijdt door de realisering van dit plan (vaak een omwonende wiens woning of bedrijf in waarde vermindert) rechtsmiddelen instellen tegen dit plan. Bezwaren van financiële aard worden doorgaans door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) echter gepasseerd met de overweging dat de eventuele nadelige invloed van het plan op de waarde van de betrokken woning, het agrarische bedrijf of het perceel niet zodanig is, dat de planwetgever bij afweging van de belangen daaraan een groter gewicht had moeten toekennen dan zij heeft gedaan. Dergelijke financiële bezwaren staan dan ook doorgaans niet in de weg aan de realisering van het plan. De Afdeling verwijst daarbij steevast naar de mogelijkheid een planschadeverzoek in te dienen (zie bijvoorbeeld ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228 over windpark Wieringermeer). Het verzoek om planschade en

een eventuele procedure daarover staan los van de procedure tegen het bestemmings- of inpassingsplan.

Bij het indienen van een planschadeverzoek zal de verzoeker moeten aantonen dat hij, door de inwerkingtreding van het plan dat de realisering van de windturbines mogelijk maakt, in een nadeliger positie is komen te verkeren ten opzichte van zijn situatie onder het oude planologische regime (de planvergelijking). Indien sprake is van planologisch nadeel, dan wordt onderzocht of dit planologisch nadeel daadwerkelijk schade tot gevolg heeft gehad. Mogelijke schade doet zich meestal voor in de vorm van waardevermindering van de woning of, in een enkel geval, in de vorm van inkomensschade. Indien is vastgesteld dat sprake is van schade, dient te worden onderzocht of deze schade voor vergoeding in aanmerking komt. Schade komt niet voor vergoeding in aanmerking indien sprake is van actieve of passieve risicoaanvaarding en/of de schade onder het normaal maatschappelijk risico valt. Alleen schade die boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt, komt voor vergoeding in aanmerking. Deze bijdrage gaat in het bijzonder in op het normaal maatschappelijk risico bij de ontwikkeling van windturbines. Wij beschrijven eerst de stand van zaken ten aanzien van de bepaling en toetsing van de omvang van het normaal maatschappelijk risico in zijn algemeenheid.

Omvang normaal maatschappelijk risico

Over de omvang van het normaal maatschappelijk risico wordt bij de bestuursrechter veel geprocedeerd. Niet alleen door verzoekers om planschade, maar ook door ontwikkelaars die de planschade uiteindelijk moeten betalen omdat de verplichting tot betaling van planschade door de overheid aan hen in bijvoorbeeld een anterieure overeenkomst is doorgelegd. De omvang van het normaal maatschappelijk risico is vaak onderwerp van discussie, omdat deze sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het ontbreekt daarom aan 'hard and fast rules'. Wél is in de Wro bij zogenoemde indirecte planschade (planschade als gevolg van een planwijziging die niet op het perceel van de verzoeker zelf plaatsvindt) in art. 6.2 lid 2 sub b bepaald dat minimaal 2% van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk vóór het ontstaan van de schade wordt aangemerkt als binnen het normaal maatschappelijk risico vallende schade (het zogenoemde 'minimumforfait'). Deze schade komt dus nooit voor vergoeding in aanmerking. Daarnaast heeft de Afdeling in de jurisprudentie inmiddels steeds meer algemene richtlijnen ontwikkeld voor de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico, die ook van toepassing zijn bij planschade als gevolg van de ontwikkeling van windturbines.

Volgens vaste jurisprudentie is de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan, dat daarbij beoordelingsruimte toekomt (zie bijvoorbeeld de overzichtsuitspraak van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 8.10). Het bestuursorgaan

¹ Frank Mulder en Carmen Corsten zijn werkzaam als advocaat in het team Omgevingsrecht en branchegroep Energie van Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht. Naast hun werkzaamheden als advocaat met nadruk op het gebied van duurzame energie, treden zij regelmatig op als voorzitter en secretaris van onafhankelijke adviescommissies inzake planschade en nadeelcompensatie, frankmulder@vbk.nl, carmencorsten@vbk.nl, www.vbk.nl.

dient de vaststelling naar behoren te motiveren. Naarmate een hoger percentage (ook wel genaamd 'forfait') als normaal maatschappelijk risico wordt vastgesteld, geldt een zwaardere motiveringsplicht. Indien de beroepsgronden daartoe aanleiding geven, toetst de rechter deze motivering en kan hij, indien de motivering niet volstaat, in het kader van de definitieve geschillenbeslechting de omvang van het normaal maatschappelijk risico zelf vaststellen. De rechter zal dan zelf bepalen welke drempel of korting redelijk is. Opvallend is dat de Afdeling relatief vaak overgaat tot definitieve geschillenbeslechting door de omvang van het normaal maatschappelijk risico zelf vast te stellen. Daardoor is niet altijd even duidelijk wat er nog van de beoordelingsruimte van het bestuursorgaan overblijft.

Voor wat betreft de inhoudelijke beoordeling heeft de Afdeling in een recente uitspraak over een inbreidingslocatie (ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1535; planschade Heesch) nog eens duidelijk de stappen uiteengezet, die naar onze mening ook van belang zijn voor de ontwikkeling van windturbines: de hoogte van de drempel wordt primair bepaald door het antwoord op de vraag of, en zo ja in hoeverre, de in het geding zijnde ontwikkeling in de lijn der verwachting ligt, met dien verstande dat bij indirecte planschade het genoemde minimumforfait van 2% geldt. Voor het antwoord op de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachting ligt, is in ieder geval van belang of 1) de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de structuur van de omgeving en 2) of de ontwikkeling binnen het in een reeks van jaren gevoerde planologisch beleid past. Indien geheel aan deze beide indicatoren wordt voldaan, maghet bestuursorgaan een forfait van 5% van de waarde van de betreffende onroerende zaak toepassen. Ligt de ontwikkeling wel enigszins in de lijn der verwachting, maar wordt niet geheel aan beide factoren voldaan, dan zal het forfait tussen de 2% en de 5% liggen. De Afdeling oordeelt verder standaard in haar uitspraken dat de omstandigheid dat de schadeveroorzakende planologische ontwikkeling in de lijn der verwachting lag, op zichzelf niet betekent dat de gevolgen van de ontwikkeling geheel onder het normaal maatschappelijk risico vallen. In dit verband komt tevens betekenis toe aan het antwoord op de vraag of de schade in de vorm van waardevermindering onevenredig is in verhouding tot de waarde van de onroerende zaak. Dit zijn verschillende aspecten die bij het normaal maatschappelijk risico worden betrokken en elkaar niet uitsluiten.

Wij merken nog op dat bij directe planschade (planschade die zich voordoet op het perceel van de verzoeker zelf) het wettelijke minimumforfait van 2% niet geldt. Wel heeft de Afdeling bepaald dat ook bij directe planschade dient te worden getoetst of en in welke mate de schade boven het normaal maatschappelijk risico uit komt. Bij directe planschade speelt evenzeer een rol of de schadeveroorzakende ontwikkeling in de lijn der verwachting lag. Bij het toepassen van een percentage hoger dan 2% gelden dan voor het bestuursorgaan wel zwaardere motiveringseisen.

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet (naar verwachting op 1 januari 2022) zal voor indirecte planschade een vast forfait gaan gelden van 4% van de waarde van de onroerende zaak (art. 17.7 lid 1 Ow). Bovenvermelde jurisprudentie zal dan alleen nog maar gelden voor gevallen die

ingevolge het overgangsrecht onder het oude regime vallen. Daarmee zal die jurisprudentie aan betekenis verliezen.

Normaal maatschappelijk risico bij ontwikkeling van windturbines

Ook bij planschade door ontwikkeling van windturbines zal de bepaling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico moeten plaatsvinden aan de hand van de bovengenoemde factoren. Dit vereist een casuïstische beoordeling en is dan ook maatwerk. In één casus kunnen zelfs verschillende percentages verdedigbaar zijn.

Om de omvang van het normaal maatschappelijk risico bij een windpark concreet te bepalen, zal ten eerste relevant zijn of het om directe of indirecte planschade gaat. Met andere woorden: komt de windturbine op het perceel van verzoeker zelf of op een perceel dat in de buurt van de eigendommen van verzoeker ligt? Uit de tot dusver bekende jurisprudentie blijkt dat het bij windparken meestal om indirecte planschade gaat, in de vorm van waardevermindering door zichtschaade, geluidsoverlast en/of slagschaduw. Komt een windturbine op het perceel van de verzoeker zelf, dan zal de planschade in de meeste gevallen anderszins verzekerd zijn doordat een vergoeding plaatsvindt van de waarde en (eventuele) waardevermindering van het overblijvende bij onteigening of het opleggen van een goedkooplicht en/of bij minnelijke transacties ter voorkoming daarvan.

Vervolgens zal de vraag moeten worden beantwoord of de ontwikkeling van het windpark, al dan niet volledig, in de lijn der verwachting lag. In dat kader dient te worden gekeken naar het (in een reeks van jaren) gevoerde planologisch beleid omtrent wind op land en de structuur van de omgeving. Bij het beleid kan worden gedacht aan structuurvisies en beleidsnota's over windenergie. In de toekomst zal gekeken kunnen worden naar de zogenoemde Regionale Energie Strategieën (RES). In de RES moeten de 30 energieregio's in Nederland aangeven hoe in hun regio het beste duurzame elektriciteit kan worden opgewekt en waar dus bijvoorbeeld in de regio nog plek is voor onder meer windturbines. Ligt de locatie van een toekomstig windpark al jaren in een zoekgebied, dan kan worden geconcludeerd dat de locatie binnen het beleid valt. Valt de locatie echter niet in een zoekgebied dan zal onzes inziens eerder de conclusie gerechtvaardigd zijn dat de ontwikkeling voor wat betreft de factor beleid niet (volledig) in de lijn der verwachting lag, maar dat hoeft natuurlijk niet. Voor wat betreft de vraag of de ontwikkeling van windturbines in de structuur van de omgeving valt, kan gedacht worden aan de vraag of de locatie van het windpark al dan niet al in een industriële omgeving ligt/of reeds bouwwerken op de locatie stonden of mochten worden gerealiseerd met een vergelijkbare hoogte als de windturbines. Verder kan voor deze factor uiteraard relevant zijn of er al andere windturbines in nabije omgeving zijn gerealiseerd. Zo wordt in de provincie Flevoland onder meer het beleid van opschalen en saneren uitgevoerd, waarin oude, kleinere windturbines worden vervangen door grotere en krachtigere turbines in mindere aantallen. Bij projecten ter uitvoering van dergelijk beleid kan al snel geoordeeld worden

dat de ontwikkeling op zijn minst gedeeltelijk in de structuur van de omgeving past.

Actuele jurisprudentie: enkele voorbeelden

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 6 november 2019 (ABRvS 6 november, ECLI:NL:RVS:2019:3735) ging het om de realisatie van acht windturbines met een maximale tiphoogte van 150 meter langs het Hartelkanaal (Botlekgebied). De onafhankelijk planschadeadviseur (SAOZ) had geadviseerd niet af te wijken van het wettelijk minimumforfait voor het normaal maatschappelijk risico en dus een percentage vast te stellen van 2%. Het college besloot op dit punt gemotiveerd van het advies af te wijken en het normaal maatschappelijk risico vast te stellen op 5%. De Afdeling achtte het – in afwijking van hetgeen de rechtbank had geoordeeld – aanvaardbaar dat het college zonder inwinnen van nader deskundig advies op grond van dezelfde feiten en omstandigheden een normaal maatschappelijk risico had vastgesteld dat afweek van het advies van de onafhankelijk planschadeadviseur. De vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico is immers op de eerste plaats aan het bestuursorgaan, die de vaststelling naar behoren dient te motiveren, aldus de Afdeling. De Afdeling vond in dit geval dat beide partijen goede argumenten hadden aangevoerd voor wat betreft de vraag of de komst van het windpark al dan niet in de lijn der verwachtingen lag en of de omvang van het normaal maatschappelijk risico moest worden vastgesteld op 2% of 5%. De verzoekers hadden aangevoerd dat de realisatie van het windpark niet in de lijn der verwachtingen lag, omdat het gebied niet als zoekgebied was aangewezen. Dit vormde volgens verzoekers een contra-indicatie dat in de nabijheid een windpark zou worden gerealiseerd. Daarnaast verwezen verzoekers naar een beleidsnota waaruit bleek dat de locatie waar de windturbines zijn gerealiseerd, gelegen is nabij een zogeheten TOP-gebied, hetgeen betekende dat de plaatsing van windturbines ongewenst was. Verzoekers hadden ook aangevoerd dat het windturbinepark niet in de structuur van de omgeving paste. Er was sprake van een rustig en groen woon- en leefgebied met kleinschalige woonbebouwing. Het oude planologische regime stond ook geen bouwwerken hoger dan 11 meter toe. Volgens verzoekers was niet relevant dat in de directe omgeving van het windpark nog andere windturbines zijn gelegen, omdat deze op een veel grotere afstand van de woningen van verzoekers zijn gelegen en zij daarvan dus geen hinder ondervinden. Het college stelde zich daarentegen op het standpunt dat het windturbinepark in de lijn der verwachtingen lag. Volgens het college past het windpark in de structuur van de omgeving. Langs de oever van het Hartelkanaal overheerst volgens het college de industrie-functie van het Botlekgebied en de hoofdvaarwegfunctie van het kanaal. Direct ten oosten van het plangebied, langs dezelfde oever, stond al veel langer een ander windpark in lijnopstelling, evenals op veel andere plekken in het havengebied. Dat maakt het plangebied geschikt voor uitbreiding van de lijnopstelling, hetgeen aansluit op de aanwijzing als zoeklocatie voor windturbines in het provinciaal beleid

sinds 2003. De ontwikkeling past daarom ook binnen het gevoerde planologische beleid, aldus het college.

Aangezien de Afdeling vond dat voor beide argumenten wat te zeggen was, besloot zij het normaal maatschappelijk risico te middelen tussen 2% (standpunt verzoekers) en 5% (standpunt college) en stelde het normaal maatschappelijk risico vast op 3,5% van de waarde van de woning onmiddellijk voor het ontstaan van de schade.

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 12 februari 2020 (ABRvS 12 februari 2020,

ECLI:NL:RVS:2020:437) ging het om de inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Windturbines Netterden – Aze-wijn', dat de realisatie van vier windturbines mogelijk maakte op een afstand van 740 meter van de woning van verzoekers. Het college had de omvang van het normaal maatschappelijk risico – in navolging van het advies van een onafhankelijk deskundige – vastgesteld op het minimumforfait van 2% van de waarde van de woning. Kennelijk waren partijen het er in deze zaak over eens dat de ontwikkeling van de windturbines niet in de lijn der verwachting lag. De hantering van het minimumforfait van 2% stond in ieder geval niet ter discussie. Aangezien de begrote schade dit forfait echter niet oversteeg, werd geen planschadevergoeding toegekend. De door de onafhankelijk adviseur getaxeerde waardevermindering was 1,96% van de waarde van de woning voorafgaand aan de inwerkingtreding van het plan. Verzoekers voerden aan dat de getaxeerde waardevermindering was onderschat. Dit mocht hen echter niet baten. De Afdeling kwam tot de conclusie dat het college niet had hoeven twijfelen aan de juistheid van de aan het besluit ten grondslag gelegde taxatie.

Een vergelijkbaar geval, waarin de getaxeerde waardevermindering ook binnen het normaal maatschappelijk risico van 2% viel, is de uitspraak van 21 januari 2018

(ECLI:NL:RVS:2018:219). Het bestemmingsplan 'Windpark Kattenberg-Reedijk' stond de ontwikkeling van twee windturbines toe, parallel aan de A58, gelegen op een afstand van onderscheidenlijk 380 meter en 270 meter van de woning van verzoeker. De realisatie van twee windturbines had volgens de onafhankelijk adviseur geen bijzondere invloed op de omgevingskarakteristiek van het perceel. De directe omgeving werd gekenmerkt door de omliggende agrarische gronden met aan de noordzijde de begrenzing van de A58. In de nabijheid van het perceel mochten ook al bedrijfsgebouwen van 10 meter en silo's van 15 meter worden opgericht, hetgeen het verlies van uitzicht dat kon worden toegeschreven aan de windturbines beperkte. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de windturbines wel in enigerlei mate binnen de structuur van de omgeving pasten. Dit had een hoger percentage voor het normaal maatschappelijk risico kunnen rechtvaardigen. Voorgaande constateringen van de onafhankelijk adviseur werden onderschreven door de StAB, die door de Afdeling was ingeschakeld om advies uit te brengen, maar kennelijk niet over het normaal maatschappelijk risico hoefde te adviseren, althans niet tot een ander percentage kwam. De StAB kwam in haar taxatie wel tot een waardevermindering die dubbel zo hoog was als de waardevermindering die de onafhankelijk adviseur had vastgesteld (€ 10.000 in plaats

van € 5.000), welk verschil door de StAB niet was verklaard. Echter, zelfs indien van een waardevermindering van € 10.000 werd uitgegaan, viel dit bedrag binnen het normaal maatschappelijk risico van 2%. Hoewel de Afdeling worstelde met de vraag welke taxatie(s) als uitgangspunt moest(en) worden gehanteerd, aangezien drie taxateurs tot drie totaal verschillende taxaties kwamen, leverde dit voor verzoekers dus uiteindelijk niets op.

In een wat oudere uitspraak van 21 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1637 werd een verhoogd normaal maatschappelijk risico van 3% redelijk geacht. De realisering van in totaal drie windturbines in de omgeving van een recreatiegebied in Heerhugowaard met een masthoogte van 80 meter lag naar het oordeel van het college – ondersteund door een onafhankelijk advies – in de lijn der verwachting. Verzoekers konden zich daar niet in vinden en voerden daar verschillende argumenten voor aan (de Afdeling weidt daar niet uitgebreid over uit). De Afdeling herhaalt haar vaste rechtspraak dat de omstandigheid dat de planologische ontwikkeling ten tijde van de aankoop niet concreet voorzienbaar was, niet uitsluit dat de schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Verzoekers deden voorts nog een beroep op beleid dat was gewijzigd na inwerkingtreding van het bestemmingsplan dat de windturbines mogelijk maakte, ter onderbouwing van het standpunt dat de ontwikkeling van de windturbines niet in de lijn der verwachting lag en een lager normaal maatschappelijk risico gerechtvaardigd was. Dit kon verzoekers echter niet baten, omdat dergelijk gewijzigd beleid ruim na inwerkingtreding van het bestemmingsplan geen rol kan spelen bij de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachting lag.

Wij sluiten af met een voorbeeld waarin een normaal maatschappelijk risico van 2% werd toegepast en dit wel leidde tot uitkering van een tegemoetkoming in planschade (ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2025). Het ging in die zaak om de bouw van drie nieuwe windturbines in een lijnopstelling langs de A15 met een tiphoogte van 150 meter, op een afstand van circa 470 meter van het perceel van verzoeker. Het college was tot de conclusie gekomen dat sprake was van planologisch nadeel in de vorm van enige aantasting van het uitzicht en de gunstige situering van het perceel. Ook de onafhankelijk adviseur had geconstateerd dat sprake was van een nadelige verandering in de beleving van de directe omgeving van het perceel door een wijziging van het uitzicht en de karakteristiek van de omgeving. Van relevante schaduwhinder was echter geen sprake en ook de beperkte extra geluidhinder die zou optreden, leverde geen waardedaling van het perceel op. De schade bedroeg € 15.000. Na aftrek van het normaal maatschappelijk risico van 2% van de waarde van de woning ad € 495.000 resteerde een te vergoede schade van € 5.100. Ook in dit geval is de toepassing van het minimumforfait van 2% niet ter discussie gesteld. Zou bijvoorbeeld geadviseerd zijn dat de ontwikkeling in enigerlei mate binnen de structuur van de omgeving paste (een lijnopstelling van windturbines langs de snelweg is niet ongebruikelijk) en het percentage op 3 zijn vastgesteld, dan was ook hier (nagenoeg) alle schade onder het normaal maatschappelijk risico gevallen.

Conclusie en betekenis voor de praktijk

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie blijkt dat de komst van (een) windturbine(s) in de nabijheid van woningen en/of agrarische bedrijven niet zonder meer leidt tot vergoeding van een tegemoetkoming in planschade. Het is bepaald niet vanzelfsprekend dat – als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van planologisch nadeel – de getaxeerde schade (in de vorm van waardevermindering van de woning of het perceel) uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. Een beperkte toename van geluidhinder, slagschaduw of verlies van uitzicht blijkt al gauw niet voldoende.

De bepaling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico bij de ontwikkeling van windturbines – en dus de vraag welk gedeelte van de schade voor rekening van de verzoeker blijft – is maatwerk. Net zoals in het algemeen voor het normaal maatschappelijk risico geldt, bestaan hiervoor ook bij windturbines geen *'hard and fast rules'*. De Afdeling behandelt het normaal maatschappelijk risico bij de ontwikkeling van windturbines niet anders dan bij andere ontwikkelingen.