

ECLI	ECLI:NL:RVS:2007:BA1690
Datum uitspraak	28 maart 2007
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 21 september 2004 heeft de raad van de gemeente 's-Hertogenbosch (hierna: de gemeenteraad) verzoeken van appellanten om vergoeding van planschade afgewezen.

Volledige tekst

200606983/1.

Datum uitspraak: 28 maart 2007

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant sub 1], wonend te [woonplaats] en

[appellant sub 2], wonend te [woonplaats], gemeente 's-Hertogenbosch,

tegen de uitspraak in de zaken nos. AWB 05/2634 en 05/2635 van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 4 augustus 2006 in het geding tussen:

appellanten

en

de raad van de gemeente 's-Hertogenbosch.

1. Procesverloop

Bij besluit van 21 september 2004 heeft de raad van de gemeente 's-Hertogenbosch (hierna: de gemeenteraad) verzoeken van appellanten om vergoeding van planschade afgewezen.

Bij besluit van 5 juli 2005 heeft de gemeenteraad de daartegen door appellanten gemaakte bezwaren gegrond verklaard voor wat betreft het onderdeel van de voorzienbaarheid en voor het overige ongegrond.

Bij uitspraak van 4 augustus 2006, verzonden op 9 augustus 2006, heeft de rechtbank 's-Hertogenbosch (hierna: de rechtbank) de daartegen door appellanten ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben appellanten bij brief van 19 september 2006, bij de Raad van State ingekomen op dezelfde dag, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 19 oktober 2006. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 19 januari 2007 heeft de gemeenteraad van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 7 maart 2007, waar van appellanten [appellant sub 1], bijgestaan door mr. R.E. Izeboud, advocaat te Breda, en de gemeenteraad, vertegenwoordigd door mr. J.H.M. van den Eertwegh, ambtenaar in dienst van de gemeente, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO), zoals dit artikel luidde ten tijde hier van belang en voor zover hier van belang, kent de gemeenteraad, voor zover blijkt dat een belanghebbende ten gevolge van een bestemmingsplan of een vrijstelling, als bedoeld in artikel 19 van de WRO, schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe.

2.2. Voor de beoordeling van een verzoek om schadevergoeding op grond van artikel 49 van de WRO dient te worden bezien of sprake is van een wijziging van het planologische regime waardoor een belanghebbende in een nadeliger positie is komen te verkeren, ten gevolge waarvan hij schade lijdt of zal lijden. Hiertoe dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de beweerdelijk schadeveroorzakende planologische maatregel en het voordien geldende planologische regime. Daarbij is niet de feitelijke situatie van belang, maar hetgeen op grond van deze regimes maximaal kon worden gerealiseerd, ongeacht de vraag of verwezenlijking daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

2.3. Appellanten waren ten tijde van het indienen van hun verzoeken om planschade eigenaar van de onroerende zaak aan respectievelijk [locaties] te [plaats]. Zij hebben verzocht om vergoeding van planschade als gevolg van het besluit van 21 december 2000, waarbij het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) vrijstelling heeft verleend voor de herbouw van de Antoniegaarde, en het door de gemeenteraad op 12 maart 2002 vastgestelde bestemmingsplan "Antoniegaarde", dat door gedeputeerde staten van Noord-Brabant is goedgekeurd op 11 juni 2002.

2.4. De gronden ten noordwesten van de percelen van appellanten hadden op grond van het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost", dat door de gemeenteraad is vastgesteld op 25 februari 1987, de bestemming "Verblijfsdoeleinden, klasse 2 Vb2", ten noordwesten daarvan "Maatschappelijke doeleinden, M" en ten noorden daarvan de bestemming "Woondoeleinden, W".

In de planvoorschriften bij dit bestemmingsplan staat voor zover thans van belang:

- Hoofdstuk 1 (Toepassingsbepalingen), afdeling 1 (Begripsbepalingen), paragraaf 2 (Begrippen in verband met de functies)

Artikel 9 "Maatschappelijke voorzieningen": voorzieningen ten dienste van medische, sociale, culturele, religieuze, recreatieve activiteiten, welke een min of meer openbaar karakter hebben, alsmede voorzieningen ten dienste van onderwijs en overheidsdiensten.

- Hoofdstuk 1 (Toepassingsbepalingen), afdeling 1 (Begripsbepalingen), paragraaf 3 (Begrippen in verband met het bouwen)

Artikel 1 "Bebouwingsvlak": een op de plankaart 1 als zodanig aangegeven oppervlak, waarbinnen volgens dit plan de bij de bestemming horende hoofdbebouwing is toegestaan.

Artikel 2 "Erfvlak": een op de plankaart 1 als zodanig aangegeven oppervlak, waarbinnen

volgens dit plan geen bij de bestemming behorende hoofdbebouwing is toegestaan.

Artikel 3 "Bouwperceel": een aaneengesloten stuk grond, waarop krachtens dit plan bepaalde bouwwerken kunnen worden opgericht.

Artikel 4 "Bebouwingsgrens": een op de plankaart 1 als zodanig aangegeven lijn, welke bij het bouwen in acht genomen moet worden.

Artikel 8 "Hoofdgebouw": een gebouw waarin de bij de bestemming behorende hoofdfunctie is ondergebracht.

Artikel 9 "Bijgebouw": vrijstaand of aangebouwd gebouw, dat een functionele eenheid vormt met en dienstbaar is aan een hoofdgebouw, zoals een garage, een huishoudelijke of bedrijfsmatige opslag- of bergplaats, een bij een winkel behorende ambachtelijke werkplaats, een praktijkruimte ten behoeve van de uitoefening van een vrij beroep of een aanbouw ten behoeve van dezelfde functie, als waarvoor de begane grondverdieping van het hoofdgebouw wordt gebruikt, bijvoorbeeld verkoopruimte.

- Hoofdstuk 1 (Toepassingsbepalingen), afdeling 2 (Wijze van meten)

Bij de toepassing van deze voorschriften werd als volgt gemeten/gerekend:

Artikel 5 Breedte van een gebouw wordt gemeten van en tot de buitenkant van een zijgevel c.q. het hart van een gemeenschappelijke scheidingsmuur, met dien verstande dat wanneer de zijgevels niet evenwijdig lopen of verspringen, het gemiddelde wordt genomen van de kleinste en de grootste breedte.

Artikel 6 Breedte van een bouwperceel wordt gemeten in de voorgevelbouw grens tussen de twee zijdelingse perceelsgrenzen.

- Hoofdstuk 2 (Bestemmingsregelingen), afdeling 1 (Bestemmingen met een particulier karakter), paragraaf 1 (Bestemmingsbepalingen en functiebeheer), deel 1
(Doeleindenomschrijvingen en voorschriften omtrent het gebruik van gronden en opstallen in verband met de functionele ontwikkeling)

Ingevolge artikel 1 (woondoeleinden, W) zijn de op de plankaart 1 als zodanig aangewezen gronden bestemd voor de huisvesting van huishoudens van één of meer personen in woningen en voor woongebruik in ruime zin van zowel de bebouwde als niet bebouwde grond.

Ingevolge artikel 4 (maatschappelijke doeleinden, M) zijn de op de plankaart 1 met de bestemming "Maatschappelijke doeleinden, M" aangewezen gronden bestemd voor maatschappelijke voorzieningen met daarbij behorende voorzieningen.

- Hoofdstuk 2 (Bestemmingsregelingen), afdeling 1 (Bestemmingen met een particulier karakter), paragraaf 2 (Voorschriften omtrent het gebruik van gronden in verband met de inrichting), deel 1 (Het bouwen)

Ingevolge artikel 1 (voorschriften omtrent het bouwen), voor zover thans van belang, mogen uitsluitend worden gebouwd bouwwerken ten dienste van de op plankaart 1 aangewezen en in paragraaf 1 deel 1 omschreven bestemmingen, met inachtneming van de volgende regels:

a. hoofdgebouwen mogen uitsluitend binnen de op de plankaart 1 aangegeven bebouwingsvlakken worden gebouwd in de bebouwingsgrenzen, voor zover die zijn aangegeven;

b. tenzij op plankaart 1 anders is aangegeven, mogen de bebouwingsvlakken per bouwperceel voor 100% worden bebouwd;

c. bijgebouwen mogen uitsluitend binnen de op de plankaart 1 aangegeven ervvlakken worden gebouwd;

d. ervvlakken mogen per bouwperceel voor ten hoogste 30% worden bebouwd, tenzij op plankaart 1 anders is aangegeven;

(...)

g. de goothoogte en nok- c.q. bouwhoogte van hoofdgebouwen moet ten minste en mag ten hoogste het op plankaart 2 respectievelijk plankaart 3 aangegeven aantal meters bedragen;

(...).

Ingevolge artikel 3 (vrijstellingsbevoegdheden met betrekking tot het bouwen), voor zover thans van belang, kunnen burgemeester en wethouders vrijstelling verlenen van het bepaalde in artikel 1 voor:

1. geringe verschuivingen van bebouwingsvlakken, ervvlakken, bebouwingsgrenzen en verandering van nokrichtingen, voor zover deze in verband met afwijkingen of onnauwkeurigheden van de kaarten nodig zijn voor een juiste verwezenlijking van dit plan;

2. wijziging van de voorgeschreven maatvoering met ten hoogste 10%, indien dit in verband met een juiste verwezenlijking van ingekomen bouwplannen nodig is;

(...)

6. het bouwen van aangebouwde bijgebouwen met een hoogte van maximaal de hoogte van het betrokken hoofdgebouw en een breedte van ten hoogste 40% van het betrokken hoofdgebouw;

(...).

- Hoofdstuk 2 (Bestemmingsregelingen), afdeling 2 (Bestemmingen met een openbaar karakter), paragraaf 1 (Doeleindenomschrijvingen en voorschriften omtrent het gebruik van gronden en opstellen in verband met de functionele ontwikkeling)

Ingevolge artikel 4 (verblijfsdoeleinden klasse 2, Vw2) zijn de op de plankaart met de bestemming "Verblijfsdoeleinden, klasse 2 Vb2" aangegeven gronden bestemd voor looproutes, groen- en speelvoorzieningen en dergelijke.

Aangezien op plankaart 1 ter plaatse bij de bestemming "Maatschappelijke doeleinden, M" geen bebouwingspercentage stond aangegeven, mochten de bebouwingsvlakken per bouwperceel voor 100% worden bebouwd. In het bestemmingsplan was geen maximale bouwhoogte aangegeven, zodat op grond van de bouwverordening bebouwd mocht worden tot een maximale hoogte van 15 meter. Gelet op plankaart 2 mocht de woonbebouwing na binnenplanse vrijstelling worden gebouwd tot een maximale goothoogte van 9,9 meter.

2.5. Bij besluit van 21 december 2000 heeft het college vrijstelling verleend voor de oprichting van een woongebouw ten noordwesten van het perceel van appellanten. Dat gebouw is op een afstand van minimaal circa 5 meter van de percelen van appellanten gelegen, bestaat uit drie woonlagen en heeft een maximale bouwhoogte van circa 8,7 meter, exclusief de ondergeschikte dakopbouw, welke een hoogte heeft van 9,96 meter.

Onder het bestemmingsplan "Antoniegaarde" hebben de gronden ten noordwesten van de percelen van appellanten de bestemming "Verblijf (Vb)". Deze gronden zijn onder andere bestemd voor routes en verblijfsgebieden overwegend voor voetgangers en fietsers en voor bovengrondse parkeervoorzieningen. De gronden ten noordwesten van voormelde gronden hebben de bestemming "Wonen (W)". Deze gronden zijn bestemd voor wonen, waaronder aan huis gebonden beroepen. De hoofdgebouwen dienen binnen het op de plankaart aangegeven bouwvlak te worden gebouwd, welk vlak volledig mag worden bebouwd. De afstand van de percelen van appellanten tot voormeld bouwvlak is minimaal circa 5 meter. De hoofdbebouwing mag worden opgericht tot een maximale goothoogte van 9 meter. Het college kan vrijstelling verlenen voor het afwijken van de bepalingen gesteld ten aanzien van - onder meer - de maten tot ten hoogste 10%. Voorts mag onder dat bestemmingsplan met een ontsluiting met een kortste afstand van circa 50 meter van de percelen van appellanten een ondergrondse parkeergarage worden gebouwd.

2.6. Bij besluit van 5 juli 2005 heeft de gemeenteraad, onder overneming van het advies van de commissie van advies voor de bezwaarschriften van 4 oktober 2004 en de adviezen van de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (hierna: de SAOZ) van februari 2004, nader aangevuld bij brieven van 3 mei 2004 en 2 mei 2005, zich op het standpunt gesteld dat zowel het vrijstellingsbesluit van 21 december 2000 ten opzichte van het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost", als het bestemmingsplan "Antoniegaarde" ten opzichte van het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" en voormeld vrijstellingsbesluit voor appellanten niet tot een planologische verslechtering leidt.

De rechtbank heeft overwogen dat de gemeenteraad zich terecht op dat standpunt heeft gesteld

2.7. Appellanten betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij onder het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" op een afstand van circa 3 meter achter het perceel [locatie sub 1] en circa 12 meter schuin achter het perceel [locatie sub 2] en over de gehele lengte van het desbetreffende ervlak geconfronteerd konden worden met bebouwing van maatschappelijke voorzieningen met een maximale hoogte van 15 meter. Volgens appellanten heeft de rechtbank aldus het bepaalde in artikel 1, aanhef en onder d, van hoofdstuk 2, afdeling 1, paragraaf 2, deel 1, miskend, alsmede een onjuiste uitleg gegeven aan het bepaalde in artikel 3, aanhef en onder 6, van hoofdstuk 2, afdeling 1, paragraaf 2, deel 1, door het bebouwingspercentage voor aangebouwde bijgebouwen niet te relateren aan de breedte van het hoofdgebouw ter plaatse van het desbetreffende ervlak.

2.7.1. Naar aanleiding van dit betoog overweegt de Afdeling als volgt. Op plankaart 1 bij het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" had een strook grond ten noordwesten van het perceel [locatie sub 1] de bestemming "Verblijfsdoeleinden klasse 2 Vb2" met daarachter een bouwperceel met de bestemming "Maatschappelijke doeleinden, M". Anders dan appellanten betogen, volgt uit de vermelding van "ervlakken" in artikel 1, aanhef en onder d, van hoofdstuk 2, afdeling 1, paragraaf 2, deel 1, niet dat elk afzonderlijk ervlak binnen dat bouwperceel voor ten hoogste 30% van dat ervlak mocht worden bebouwd met bijgebouwen. Het bebouwingspercentage was immers gerelateerd aan het bouwperceel. De gronden met de bestemming "Maatschappelijke doeleinden, M" waren op één bouwperceel gelegen, zodat het desbetreffende ervlak achter het perceel [locatie sub 1] en schuin achter [locatie sub 2] mocht worden bebouwd tot ten hoogste 30% van de oppervlakte van alle ervlakken binnen dat bouwperceel.

Evenmin wordt appellanten gevolgd in het betoog dat ingevolge artikel 3, aanhef en onder 6,

van hoofdstuk 2, afdeling 1, paragraaf 2, deel 1 bij de breedte van aangebouwde bijgebouwen dient te worden uitgegaan van de maximale breedte van het hoofdgebouw ter plaatse van het desbetreffende ervlak. De rechtbank heeft terecht overwogen dat ten aanzien van de breedte van aangebouwde bijgebouwen dient te worden uitgegaan van de breedte van het hoofdgebouw, derhalve - uitgaande van de voorgevelrooilijn - de breedte gemeten aan de Zuid-Willemsvaart.

Gelet op het vorenstaande heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de gemeenteraad zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat onder het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" op de gronden op een afstand van circa 3 meter achter het perceel [locatie sub 1] en op circa 12 meter schuin achter het perceel [locatie sub 2] een aangebouwd bijgebouw mocht worden gerealiseerd met een maximale hoogte van 15 meter en over de gehele lengte van het desbetreffende ervlak.

2.8. Appellanten betogen voorts tevergeefs dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de wijzigingsbevoegdheid, zoals neergelegd in artikel 8 van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan "Antoniegaarde", bij de planvergelijking buiten beschouwing dient te worden gelaten. Aan de in voormeld planvoorschrift neergelegde wijzigingsbevoegdheid in de zin van artikel 11 van de WRO, komt gezien de vaste jurisprudentie van de Afdeling terzake (onder meer uitspraak van 12 januari 2005 in zaak no. 200402061/1, AB 2005, 121) in het kader van de vergelijking van de planologische regimes geen betekenis toe. De mate van concreetheid van deze bevoegdheid is dan ook niet van belang.

2.9. Het betoog van appellanten dat de rechtbank heeft miskend dat ten opzichte van het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" het bestemmings- en bouwvlak voor woonbebouwing is verdubbeld, leidt niet tot het beoogde doel. Weliswaar mocht op grond van dat bestemmingsplan ten noordwesten van het perceel [locatie sub 2] woonbebouwing worden gebouwd met een diepte van circa 9 meter, terwijl onder het vrijstellingsbesluit woonbebouwing tot een diepte van 20 meter mocht worden gebouwd, maar ten aanzien van de hoogte en de breedte van woonbebouwing is geen sprake van een planologische verslechtering, zodat de gemeenteraad zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat geen sprake is van een aantasting van het uitzicht en minder toetreding van licht tot de percelen van appellanten. Voor zover appellanten hebben gesteld dat als gevolg van de vergroting van de diepte sprake is van een grotere gebruiksintensiteit, heeft de gemeenteraad zich terecht op het standpunt gesteld dat onder de bestemming "Maatschappelijke doeleinden, M" onder het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" reeds sprake mocht zijn van een grote gebruiksintensiteit, zodat ook in dat opzicht geen sprake is van een planologische verslechtering.

2.10. Appellanten betogen verder dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan het betoog dat ingevolge artikel 7, aanhef en onder b, van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan "Antoniegaarde" vrijstelling kan worden verleend voor afwijkingen tot 5 meter ten aanzien van bestemmings- en bouwgrenzen en dat ingevolge artikel 3, derde lid, aanhef en onder f, van deze planvoorschriften na vrijstelling bijgebouwen van 50 m² en praktijkruimten van 90 m² buiten het bouwvlak mogen worden gebouwd achter het verlengde van de voorgevel van het hoofdgebouw. Dit betekent volgens appellanten dat onder het bestemmingsplan "Antoniegaarde" ter hoogte van [locatie sub 2] bijgebouwen en praktijkruimten mogen worden opgericht buiten het bouwvlak. Hiermee is bij de planvergelijking ten onrechte geen rekening gehouden.

2.10.1. Ingevolge artikel 3, eerste lid, van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan "Antoniegaarde" zijn de op de plankaart als "Wonen" aangewezen gronden bestemd voor

wonen, waaronder begrepen aan huis gebonden beroepen, erven en tuinen.

Ingevolge het derde lid, aanhef en onder d, e, f en g, mogen op en in de gronden als bedoeld in lid 1 uitsluitend worden gebouwd hoofdgebouwen, bijgebouwen, praktijkruimten en bouwwerken, geen gebouwen zijnde, met inachtneming van de volgende bepalingen:

d. het bebouwingspercentage mag binnen bouwvlakken ten hoogste zoveel bedragen als op de plankaart is aangegeven en buiten bouwvlakken ten hoogste 30%;

e. bijgebouwen en praktijkruimten mogen binnen en buiten bouwvlakken worden gebouwd;

f. bijgebouwen en praktijkruimten buiten het hoofdgebouw mogen uitsluitend achter het verlengde van de voorgevel van het betreffende hoofdgebouw worden gebouwd;

g. op de bij eenzelfde woning behorende gronden mag de gezamenlijke oppervlakte

1. van bijgebouwen niet meer dan 50 m² bedragen, en

2. van praktijkruimten binnen en buiten het hoofdgebouw, niet meer dan 60 m² bedragen, onverminderd het bepaalde onder d.

Ingevolge artikel 7, aanhef en onder b, zijn burgemeester en wethouders bevoegd vrijstelling te verlenen van het plan indien en voor zover afwijkingen ten aanzien van grens of richting van wegen en paden en ligging van bestemmings-, bouw- en aanduidingsgrenzen noodzakelijk zijn ter aanpassing van het plan aan de bij uitmeting blijken de werkelijke toestand van het terrein, mits die afwijkingen ten opzichte van hetgeen op de plankaart is aangegeven niet meer dan 5 meter bedragen.

2.10.2. De gronden ten noordwesten van de percelen van appellanten hebben onder het bestemmingsplan "Antoniegaarde" de bestemming "Verblijf (Vb)". De gronden verder ten noordwesten op een afstand van circa 5 meter van de perceelgrens van het perceel [locatie sub 1] en variërend van circa 5 tot 15 meter van de perceelgrens van het perceel [locatie sub 2] hebben de bestemming "Wonen (W)", waarbij de bestemmingsgrens samenvalt met het bouwvlak. Op de plankaart bij dat bestemmingsplan is aangegeven dat het maximale bebouwingspercentage 100% bedraagt.

Anders dan artikel 7, aanhef en onder b, van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan "Antoniegaarde" voorziet artikel 3, aanhef en onder 1, van hoofdstuk 2, afdeling 1, paragraaf 2, deel 1, van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" niet in een afwijking van bestemmingsgrenzen. De gemeenteraad heeft in zijn brief van 19 januari 2007 aangevoerd dat voormeld artikel 7, aanhef en onder b, niet bij de planvergelijking dient te worden betrokken, omdat in dit geval van deze vrijstellingsbevoegdheid geen gebruik is gemaakt. De Afdeling gaat daaraan voorbij, omdat bij de planvergelijking niet de feitelijke situatie van belang is, maar - behoudens uitzonderlijke gevallen - hetgeen op grond van het nieuwe planologische regime maximaal kan worden gerealiseerd, ongeacht de vraag of verwezenlijking daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Door de gemeenteraad is niet gesteld dat toepassing van deze vrijstellingsbevoegdheid met een zekere grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten. De rechtbank heeft evenals de gemeenteraad ten onrechte niet onderkend dat onder het bestemmingsplan "Antoniegaarde" de bestemmings- en bouwgrens van de bestemming "Wonen (W)", waarbij voor hoofdgebouwen na binnenplanse vrijstelling een maximale bouwhoogte geldt van 9,9 meter, indien noodzakelijk ter aanpassing van het plan aan de bij uitmeting blijken de werkelijke toestand van het terrein 5 meter richting de perceelsgrenzen van appellanten mag komen te liggen. Gelet op de afstand tussen de perceelsgrenzen van appellanten en de op de plankaart aangegeven

bestemming "Wonen (W)" kan alsdan een hoofdgebouw tegen de perceelsgrens van het perceel [locatie sub 1] en voor een deel tegen de perceelsgrens van het perceel [locatie sub 2] worden gebouwd. Gelet op het vorenstaande is ten onrechte niet onderkend dat in zoverre voor appellanten sprake is van een planologische verslechtering. Het betoog slaagt.

2.11. Appellanten voeren verder aan dat de rechtbank eveneens ten onrechte heeft overwogen dat de gemeenteraad zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de ondergrondse parkeergarage onder het bestemmingsplan "Antoniegaarde" geen verslechtering in planologisch opzicht oplevert, aangezien de uitgang van de parkeergarage is gesitueerd op een afstand van 50 meter van de percelen van appellanten, zodat de invloed daarvan, mede gelet op de ligging van de objecten aan de verkeersdrukke Hekellaan, gering moet worden geacht. Volgens appellanten heeft de rechtbank miskend dat de parkeergarage een verkeersaantrekkende werking heeft met daarbij extra geluid- en stankhinder.

2.11.1. Ingevolge artikel 4 van hoofdstuk 2, afdeling 1, paragraaf 1, deel 1, gelezen in samenhang met artikel 9 van hoofdstuk 1, afdeling 1, paragraaf 2, van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan "Binnenstad-Oost" waren de op plankaart 1 met de bestemming "Maatschappelijke doeleinden, M" aangewezen gronden bestemd voor maatschappelijke voorzieningen ten dienste van medische, sociale, culturele, religieuze, recreatieve activiteiten met een min of meer openbaar karakter, alsmede voorzieningen ten dienste van onderwijs en overheidsdiensten, met daarbij behorende voorzieningen. Onder dat bestemmingsplan waren derhalve ook parkeervoorzieningen mogelijk, waarvan een verkeersaantrekkende werking met geluid- en stankhinder uitging. De gemeenteraad heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat, mede gelet op ligging van de objecten van appellanten aan een drukke doorgaande weg, geen sprake is van een planologische verslechtering.

2.12. Voor zover appellant betogen dat onder het bestemmingsplan "Antoniegaarde" de vestiging van detailhandel mogelijk is binnen de bestemming "Maatschappelijke dienstverlening" en miskend is dat hiervan hinder uitgaat, is, zoals door appellanten ter zitting is erkend, dit voor het eerst in hoger beroep aangevoerd. Aangezien het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak en er geen valide reden is waarom dit betoog niet reeds bij de rechtbank is gevoerd, hoewel appellanten dit uit een oogpunt van een zorgvuldig en doelmatig gebruik van rechtsmiddelen, gelet op de functie van het hoger beroep, hadden behoren te doen, dient dit betoog thans buiten beschouwing te blijven.

2.13. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 5 juli 2005 vernietigen wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De gemeenteraad dient een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van (met name 2.10.2 van) deze uitspraak.

2.14. De gemeenteraad dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld. Ten aanzien van de verzoeken van appellanten om vergoeding van de kosten voor juridische bijstand en het inschakelen van een makelaar/taxateur gemaakt vóór het indienen van de planschadeverzoeken, merkt de Afdeling op dat de gemeenteraad bij het nemen van een nieuw besluit op het bezwaar daaromtrent opnieuw dient te beslissen.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 4 augustus 2006 in de zaken nos. AWB 05/2634 en 05/2635;

III. verklaart de bij de rechtbank ingestelde beroepen gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de raad van de gemeente 's-Hertogenbosch van 5 juli 2005, kenmerk 05.0752;

V. veroordeelt de raad van de gemeente 's-Hertogenbosch tot vergoeding van bij appellanten in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.318,53 (zegge: dertienhonderdachtien euro en drieënvijftig cent), waarvan een gedeelte groot € 1.288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het dient door de gemeente 's-Hertogenbosch aan appellanten onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

VI. gelast dat de gemeente 's-Hertogenbosch aan appellanten het door hen betaalde griffierecht ten bedrage van € 487,00 (zegge: vierhonderdzevenentachtig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. J.E.M. Polak, Voorzitter, en mr. C.H.M. van Altena en mr. W.D.M. van Diepenbeek, Leden, in tegenwoordigheid van mr. B.F.C. van Rheenen, ambtenaar van Staat.

w.g. Polak w.g. Van Rheenen
Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 28 maart 2007

385