

Eén uniforme nadeelcompensatieregeling in de Awb?

G.M. van den Broek

1. Aanleiding

In 1993 kwalificeerde Peter van Buuren het idee van een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb als een “aantrekkelijke gedachte”. Naar zijn mening was het leerstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad op dat moment al voldoende ontwikkeld om een voorstel te doen voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb.¹ Het zou echter nog tot 2011 duren voordat een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer werd ingediend.² De reden dat een wetsvoorstel zolang op zich liet wachten is niet, dat er geen behoefte zou bestaan aan een algemene wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie. De talrijke nadeelcompensatieregelingen die door wetgever en bestuur zijn vastgesteld, aangevuld door de jurisprudentie van de bestuursrechter inzake het zelfstandig schadebesluit en de jurisprudentie van de burgerlijke rechter inzake onrechtmatige daad vanwege een schending van het *égalité*beginsel, hebben een doolhof gecreëerd van wegen waarlangs schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad kan worden verkregen.³ Het creëren van één algemene wettelijke grondslag zou alleen al vanwege de daardoor geboden duidelijkheid grote voordelen bieden ten opzichte van de huidige situatie. Desondanks heeft een algemene wettelijke regeling van nadeelcompensatie lang op zich laten wachten. Vermoedelijk is dat niet alleen vanwege inhoudelijke vraagstukken met betrekking tot de rechtsgrondslag en reikwijdte, maar ook vanwege de vrees voor een aanzuigende werking van een algemene wettelijke nadeelcompensatieregeling op het indienen van aanvragen.

Peter van Buuren stelde in zijn bijdrage in de Scheltema-bundel dat een algemene wettelijke regeling in de Awb (slechts) zinvol zou zijn, indien de nadelen van het huidige

1 P. J. J van Buuren, ‘Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht’, in: J.L. Boxum (red.) *Aantrekkelijke gedachten: beschouwen over de Algemene wet bestuursrecht* (Scheltemabundel), Deventer: Kluwer 1993, p. 91-108.

2 Nadat in mei 2007 het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad was gepubliceerd is uiteindelijk op 2 februari 2011 het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten ingediend bij de Tweede Kamer. Zie *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 1.

3 Het stelsel van bestuursrechtelijke schadevergoeding wordt door diverse auteurs geassocieerd met een doolhof. Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, Een doolhof met vertakkingen. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?, *O&A* 2007, p. 55-63; K.J. de Graaf en A.T. Marseille, Een weg uit de doolhof? Het Voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen, *NJB* 2007, p. 2010-2017; B.P.M. van Ravels, Het nadeelcompensatiedoolhof, *JBplus* 2009, p. 130-161.

stelsel geheel of ten dele zouden worden ondervangen. In dat verband formuleerde hij drie vereisten:

1. de regeling moet leiden tot een meer inhoudelijke normering van het recht op nadeelcompensatie zodat burger en bestuur beter kunnen weten waar zij aan toe zijn;
2. wenselijk is dat een heldere competentieverdeling ontstaat zodat aanstonds duidelijk is welke rechter bevoegd is;
3. wenselijk is dat er procedurevoorschriften komen die een efficiënte, maar ook rechtvaardige beoordeling van verzoek om schadevergoeding mogelijk maken.

Het lijkt mij interessant om het ingediende wetsvoorstel te toetsen aan de bovenvermelde drie vereisten. Deze bijdrage beoogt bovendien de vraag te beantwoorden, in hoeverre het wetsvoorstel voorziet in een uniforme regeling voor nadeelcompensatie.

2. Eén wettelijke grondslag voor nadeelcompensatiebesluiten

De kernbepaling van het wetsvoorstel is artikel 4:126. Deze bepaling kent aan bestuursorganen de bevoegdheid toe om te besluiten op een aanvraag om nadeelcompensatie:

‘Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe’.

Artikel 4:126 bevat één algemene wettelijke grondslag voor de toekenning van nadeelcompensatie gebaseerd op het *égalité*beginsel. De reikwijdte van artikel 4:126 is zeer ruim: als schadeveroorzakende gebeurtenis wordt genoemd ‘de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak’. Deze ruime reikwijdte past naar mijn mening bij de doelstelling van een uniforme, algemene wettelijke grondslag voor de toekenning van nadeelcompensatie, waardoor wordt voorkomen dat benadeelden nog andere wegen moeten bewandelen om schade tengevolge van rechtmatig overheidsoptreden vergoed te krijgen.⁴ Kennelijk onderschrijft de regering dit standpunt, aangezien in de Toelichting op het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat het systeem van een limitatieve opsomming van schadeoorzaken in bijzondere wetgeving niet meer mogelijk zal zijn. Op dit punt bewerkstelligt het wetsvoorstel een harmonisatie van de diverse wettelijke en buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen. De kernbepaling, waarin een recht op nadeelcompensatie wordt toegekend aan benadeelden die schade lijden tengevolge van een rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, staat in de Awb. In bijzondere wetten of buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen kunnen geen overheidshandelingen worden uitgezonderd van het recht op nadeelcompensatie.

⁴ G.M. van den Broek, Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb, *O&A* 2007, p. 126. Art. 7.14 Waterwet kent een vergelijkbare reikwijdte, in verband met de doelstelling van een uniforme nadeelcompensatieregeling in het kader van het waterbeheer (zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 818, nr. 3, p. 131-132).

3. Heldere competentieverdeling?

Artikel 4.5.1 van het voorontwerp kende dezelfde reikwijdte als artikel 4:126 van het wetsvoorstel maar stelde beroep bij de bestuursrechter open tegen alle nadeelcompensatiebesluiten die op grond van artikel 4.5.1 zouden worden genomen. Daardoor zou het vereiste van processuele connexiteit, zoals dat wordt toegepast in de jurisprudentie omtrent het zelfstandig schadebesluit, zijn betekenis hebben verloren. Het vereiste van processuele connexiteit houdt in, dat de bestuursrechter slechts bevoegd is tot kennisneming van beroepen tegen een zelfstandig schadebesluit indien die rechter ook bevoegd is te oordelen over beroepen tegen de schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf.⁵ Met het processuele connexiteitsvereiste wordt bereikt dat dezelfde rechter die bevoegd is te oordelen over de schadeveroorzakende uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, ook bevoegd is te oordelen over de vergoeding van nadeelcompensatie.⁶ Het voorontwerp zou er toe hebben geleid dat het algemene rechtsbeschermingsstelsel uit de Awb van toepassing zou zijn op de nadeelcompensatiebesluiten die op grond van artikel 4.5.1 zouden zijn genomen.

De ruime reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling in het Voorontwerp heeft echter geleid tot waarschuwingen voor een vloedgolf aan verzoeken om nadeelcompensatie.⁷ De regering zag in deze reacties aanleiding om in het wetsvoorstel een wijziging aan te brengen ten opzichte van het voorontwerp. Opmerkelijk is dat het wetsvoorstel niet de reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling beperkt, maar de toegang tot de bestuursrechter. Het systeem van het wetsvoorstel ziet er als volgt uit.

Een benadeelde kan op grond van artikel 4:126 een aanvraag indienen bij een bestuursorgaan, indien hij schade lijdt tengevolge van de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak door dat bestuursorgaan. Het bestuursorgaan is bevoegd een besluit te nemen op deze aanvraag. Voor de mogelijkheid om een aanvraag in te dienen op grond van artikel 4:126 maakt het derhalve niet uit of de schade is geleden door een appellabel besluit, een niet appellabel besluit of een feitelijke handeling, zolang de schadeoorzaak valt onder 'de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' door een bestuursorgaan. Slechts formele wetgeving en rechtmatig strafvorderlijk optreden vallen geheel buiten de reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling in de Awb.⁸ Dit betekent dat een benadeelde desgewenst óók een besluit kan aanvragen om nadeelcompensatie te ontvangen voor de schade die het gevolg is van bestuurswetgeving of een beleidsregel. Het bestuursorgaan is steeds bevoegd op deze aanvragen een besluit te nemen, maar vervolgens stelt het wetsvoorstel niet tegen al deze nadeelcompensatiebesluiten beroep open bij de bestuursrechter. Artikel 8:2a, eerste lid bepaalt dat geen

5 Zie ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229; ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 395;

6 Het beroep tegen het zelfstandig schadebesluit volgt dezelfde beroepsprocedure als het schadeveroorzakende besluit (ABRvS 24 februari 2000, JB 2000, 97; ABRvS 22 februari 2000, AB 2000, 230). Deze regel is gecodificeerd in artikel 4:132 van het wetsvoorstel.

7 Zie bijvoorbeeld de adviezen van de SER en het IPO, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3.

8 Formele wetgeving en rechtmatig strafvorderlijk optreden vallen niet onder de reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling in de Awb, zie *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3, p. 14.

beroep kan worden ingesteld tegen een besluit als bedoeld in artikel 4:126 voor zover de schade is veroorzaakt door een besluit of andere handeling waartegen geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Met deze bepaling wordt het vereiste van processuele connexiteit in het nadeelcompensatierecht gehandhaafd. Op de hoofdregel van de processuele connexiteit worden vervolgens in het tweede lid van artikel 8:2a drie uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen leiden er toe dat wel beroep bij de bestuursrechter openstaat tegen de in het eerste lid van beroep bij de bestuursrechter uitgezonderde nadeelcompensatiebesluiten indien:

- a. de schade is veroorzaakt door een handeling ter uitvoering van een besluit waartegen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld;
- b. dit bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan is bepaald;
- c. een beleidsregel over de vergoeding van de schade is vastgesteld.

De regering vindt het thans nog te ver gaan om de weg naar de bestuursrechter ook te openen in alle gevallen waarin de schade is veroorzaakt door een andere feitelijke handeling dan een handeling ter uitvoering van een besluit, door een algemeen verbindend voorschrift of door een beleidsregel. De gevolgen van het over de hele linie openstellen van beroep bij de bestuursrechter voor de belasting van zowel bestuursorganen als de rechterlijke macht zouden thans niet goed te overzien zijn.⁹ De reden voor het beperken van de toegang tot de bestuursrechter is derhalve met name de vrees voor een aanzuigende werking van het openstellen van beroep bij de bestuursrechter op het aantal verzoeken om nadeelcompensatie en het aantal beroepsprocedures. Kennelijk had Peter van Buuren in 1993 een vooruitziende blik toen hij stelde dat dit argument met veel kracht naar voren zou worden gebracht.¹⁰ De vrees voor een toename van het aantal nadeelcompensatieclaims is wel begrijpelijk, zeker waar het bestuursorganen betreft die nog niet veel ervaring hebben met de behandeling van nadeelcompensatieverzoeken. Ik betwijfel echter of het beperken van de toegang tot de bestuursrechter een 'aantrekkelijke' oplossing is: naar mijn mening zijn daaraan meer nadelen dan voordelen verbonden. Bovendien zijn er ook andere oplossingen die een remmende werking hebben op het lichtvaardig indienen van nadeelcompensatieverzoeken. Zo heeft de wetgever naar aanleiding van de toename van het aantal planschadeverzoeken maatregelen getroffen die enerzijds betrekking hebben op de procedure ter behandeling van de planschadeverzoeken, zoals het heffen van leges, het stellen van een termijn waarbinnen een aanvraag moet zijn ingediend en de verplichting om advies te vragen en anderzijds op de inhoudelijke beoordeling van planschadeverzoeken, zoals de codificatie van het normaal maatschappelijk risico en het vaststellen van een wettelijk minimumforfait.¹¹ Een groot deel van deze maatregelen is overigens ook opgenomen in het wetsontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb.

⁹ *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3, p. 15.

¹⁰ P. J. J van Buuren, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht', in: J.L. Boxum (red.) *Aantrekkelijke gedachten: beschouwen over de Algemene wet bestuursrecht* (Scheltemabundel), Deventer: Kluwer 1993, p. 105.

¹¹ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 916, nr. 3, p. 60-66.

De Raad van State is in het advies over het wetsvoorstel kritisch ten aanzien van de continuering van het processuele connexiteitsvereiste.¹² De Raad van State adviseert het criterium 'handeling ter uitvoering van een besluit waartegen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld' niet te gebruiken bij de competentieafbakening tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Met deze kritiek stem ik van harte in, want de nadelen die verbonden zijn aan het voorgestelde artikel 8.2a zijn groot. De aantrekkelijke overzichtelijkheid van het voorontwerp wordt vrijwel ongedaan gemaakt en bovendien wordt het openstellen van de rechtsgang naar de bestuursrechter voor een deel afhankelijk gemaakt van de goede wil van bestuursorganen. Ik zal deze stelling toelichten.

In de huidige situatie bestaan er vele wettelijke en buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen, met steeds een verschillende reikwijdte en inhoud. Deze situatie is ontstaan door het ontbreken van één wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie. Wetgever en bestuursorgaan zijn hierdoor genoodzaakt eigen nadeelcompensatieregelingen vast te stellen teneinde de bevoegdheid te creëren om nadeelcompensatiebesluiten te nemen waartegen beroep bij de bestuursrechter open staat. Het wetsvoorstel neemt deze noodzaak slechts gedeeltelijk weg en heeft daardoor ten opzichte van de huidige situatie slechts een geringe meerwaarde. Het wetsvoorstel voorziet immers wel in een publiekrechtelijke grondslag voor het nemen van een nadeelcompensatiebesluit, althans wanneer de schade wordt veroorzaakt door de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, maar tegen dat besluit staat niet steeds beroep bij de bestuursrechter open. Wanneer de schade (deels) wordt veroorzaakt door een andere handeling dan een appellabel besluit inclusief handeling ter uitvoering daarvan, is een besluit, wettelijk voorschrift of beleidsregel noodzakelijk om beroep bij de bestuursrechter open te stellen. Aanvullend op de nadeelcompensatieregeling in de Awb zal er derhalve toch nog behoefte zijn aan de vaststelling van een nadeelcompensatieregeling door bestuursorganen. Zo kan het bij infrastructurele projecten – waar de schade wordt veroorzaakt door een combinatie van appellabele besluiten met daarop gebaseerde uitvoeringshandelingen, niet appellabele besluiten en zelfstandige feitelijke handelingen – wenselijk zijn dat de rechtsgang naar de bestuursrechter voor alle schadeveroorzakende handelingen wordt opengesteld om te bereiken dat benadeelde burgers slechts één weg hoeven te bewandelen om nadeelcompensatie te ontvangen. Indien het wetsvoorstel in werking treedt, blijven benadeelde burgers afhankelijk van de bereidheid van de wetgever of een bestuursorgaan om de rechtsgang naar de bestuursrechter open te stellen. Het is niet te verwachten dat bestuursorganen massaal bereid zullen zijn om de bestuursrechtelijke rechtsgang open te stellen. Het is niet onaannemelijk dat bestuursorganen daar terughoudend mee zullen zijn, juist vanwege de vrees voor een aanzuigende werking op het aantal verzoeken om nadeelcompensatie en de (hoge) kosten die gepaard gaan met de behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie. Het lijkt mij dat het wetsvoorstel op deze wijze een (te) grote keuzevrijheid laat aan een bestuursorgaan om te bepalen welke rechter bevoegd is te oordelen over de aansprakelijkheid van datzelfde bestuursorgaan. Bovendien kan hierdoor een grote rechtsongelijkheid ontstaan, omdat de toegang tot de bestuursrechter per gemeente kan verschillen. Voor de burger zit de winst van een algemene

¹² *Kamerstukken II 2010-11, 32 621, nr. 4, p. 3.*

wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie nu juist daarin, dat hij niet meer afhankelijk is van de welwillendheid van het bestuursorgaan om rechtsbescherming bij de bestuursrechter mogelijk te maken. Door artikel 8:2a wordt de winst van een nadeelcompensatieregeling in de Awb voor de burger grotendeels ongedaan gemaakt.

De uitzonderingen genoemd in artikel 8:2a, tweede lid onder b en c, Awb sluiten aan bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin een uitzondering op de processuele connexiteit wordt gemaakt indien een besluit omtrent de toekenning van nadeelcompensatie is gebaseerd op een beleidsregel of nadeelcompensatieverordening.¹³ Dogmatisch is het lastig een reden te bedenken voor deze uitzondering op het vereiste van procesuele connexiteit maar het is begrijpelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak na de erkenning van het zelfstandig schadebesluit een teruggang van rechtsbescherming tegen nadeelcompensatiebesluiten wilde vermijden. Peter van Buuren merkte destijds in een annotatie daaromtrent het volgende op:

“Hoe valt nu te beredeneren dat als gevolg van het vaststellen van beleidsregels de bevoegdheid van de burgerlijke rechter te oordelen over zelfstandige schadebesluiten verschuift naar de bestuursrechter? De beste redenering die ik kan bedenken is: zodra een bestuursorgaan een stelsel van beleidsregels neerlegt in een nadeelcompensatieregeling, krijgt die nadeelcompensatieregeling zozeer een overheersende betekenis dat voor de vraag welke rechter bevoegd is te oordelen over het op basis van die regeling genomen zelfstandig schadebesluit de samenhang tussen schadeveroorzakend handelen en schade besluit minder op de voorgrond treedt.”¹⁴

Ik zou aan deze redenering willen toevoegen, dat de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende handelen niet (meer) ter discussie staat in het kader van de beoordeling van een nadeelcompensatiebesluit. In het kader van de inhoudelijke beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie wordt uitgegaan van de rechtmatigheid van de schadeoorzaak. De focus verschuift aldus van de beoordeling van de rechtmatigheid van de schadeoorzaak naar de beoordeling van een verzoek om nadeelcompensatie, waarbij de rechtmatigheid van de schadeoorzaak wordt aangenomen. Men zou kunnen stellen, dat benadeelde met het indienen van een aanvraag om nadeelcompensatie op basis van een wettelijke of buitenwettelijke nadeelcompensatieregeling de rechtmatigheid van de schadeoorzaak erkent. In de praktijk wordt de rechtmatigheid van een niet-appellabele overheidshandeling in nadeelcompensatiezaken als uitgangspunt genomen, indien de rechtmatigheid tussen partijen niet ter discussie staat.¹⁵ Wanneer benadeelde de rechtmatigheid van de niet-appellabele schadeoorzaak betwist, is niet de bestuursrechter bevoegd maar de burgerlijke rechter.¹⁶ Aangezien de

13 ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568; ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222. Zie *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3, p. 16.

14 Annotatie bij Rb. Zutphen 16 februari 1998, AB 1998, 227.

15 Het probleem hierbij is, dat niet-appellabele schadeoorzaken geen formele rechtskracht verkrijgen. Zie hierover uitgebreider: G.M. van den Broek, Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb, *O&A* 2007, 73 en G.M. van den Broek en W.J. Hoekveld, De taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?, *O&A* 2009, p. 2-13.

16 Vgl. ABRvS 16 maart 2005, *MenR* 2005, 91. In deze zaak werd de rechtmatigheid van de schadeveroorzakende feitelijke handeling expliciet ter discussie gesteld door benadeelde, met als doel het verkrijgen van een volledige schadevergoeding op basis van onrechtmatige daad in plaats van nadeelcompensatie gebaseerd op het égalitébeginsel waarbij het normaal maatschappelijk risico werd toegepast.

bestuursrechter in het kader van een procedure tegen een nadeelcompensatie niet het schadeveroorzakende handelen zelf beoordeelt, zijn er geen overwegende bezwaren tegen het openstellen van beroep bij de bestuursrechter tegen een nadeelcompensatiebesluit vanwege een rechtmatige niet-appellabele handeling van een bestuursorgaan. Ik kan daarom geen goede reden bedenken voor het handhaven van de processuele connexiteit in nadeelcompensatiezaken waarin de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende handelen niet ter discussie staat.¹⁷ Dit geldt eens te meer nu een bestuursorgaan zondermeer de toegang tot de bestuursrechter kan openstellen bij besluit, wettelijk voorschrift of beleidsregel. Naar mijn mening zou dit dogmatisch lastig te verklaren systeem niet moeten worden gehandhaafd in de nadeelcompensatieregeling in de Awb. De hoofdregel zou moeten zijn dat tegen een nadeelcompensatiebesluit op basis van artikel 4:126 Awb steeds beroep openstaat bij de bestuursrechter.¹⁸ Verheij pleitte reeds in 1999 voor een uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter in nadeelcompensatiezaken tot andere schadeoorzaken dan besluiten. Hij achtte de tijd rijp om de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om te oordelen over nadeelcompensatie bij schade vanwege rechtmatig feitelijk handelen en wilde slechts een uitzondering maken voor besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels.¹⁹ Wanneer de wetgever niet tegen alle nadeelcompensatiebesluiten beroep bij de bestuursrechter wenst open te stellen, kan bij of krachtens wettelijk voorschrift voor bepaalde categorieën van schadeveroorzakend handelen een uitzondering worden gemaakt. Laatstgenoemd systeem past beter binnen het systeem van de Awb en lijkt mij aantrekkelijker dan het systeem van artikel 8:2a omdat het de wetgever en niet het bestuursorgaan is die bepaalt welke rechter bevoegd is.

4. Inhoudelijke normering

Doorgaans kennen (buiten)wettelijke schaderegelingen een recht op schadevergoeding toe aan een belanghebbende die tengevolge van bepaalde besluiten of andere overheidshandelingen schade lijdt, welke "redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven". Peter van Buuren noemde dit een tautologische formulering en achtte het wenselijk dat het recht op nadeelcompensatie op een meer inhoudelijke wijze zou worden vorm gegeven.²⁰ Aan deze wens komt het wetsvoorstel tegemoet:

17 Wanneer de rechtmatigheid van het niet-appellabele overheidshandelen ter discussie staat, kan het, gelet op de taakverdeling in nadeelcompensatiezaken tussen bestuursrechter en de burgerlijke rechter, voor benadeelde alsnog lastig zijn om de juiste weg ter vergoeding van de schade te kiezen. Zie hierover uitgebreider G.M. van den Broek en W.J. Hoekveld, *De taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?*, *O&A* 2009, p. 2-13.

18 Zie ook R.J.N. Schlössels, *Koudwatervrees in het nadeelcompensatierecht*, *Gst.* 2011, 39; B.J. van Etekoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie UvA), Amsterdam, Vossiuspers UvA, 2011, p. 10 en R.J.N. Schlössels, *Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune* (II), *Gst.* 2002-7161, 1.

19 Zie N. Verheij, *Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever*, *O&A* 2002, p. 126; N. Verheij, *Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter*, *VAR-reeks 122*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1999, p. 52.

20 P. J. J. van Buuren, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht', in: J.L. Boxum (red.) *Aantrekkelijke gedachten: beschouwen over de Algemene wet bestuursrecht* (Scheltemabundel), Deventer: Kluwer 1993, p. 103.

het neemt de 'redelijkerwijs-formule' niet over maar sluit aan bij de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit. Gelet op de discussies die de afgelopen decennia gevoerd zijn over de betekenis van de zogenoemde 'redelijkerwijs-formule' lijkt mij dit een verstandige keuze, die duidelijkheid biedt over de rechtsgrondslag van het recht op nadeelcompensatie.²¹

Artikel 4:126 bevat een codificatie van het égalitébeginsel. De in het eerste lid van artikel 4:126 genoemde vereisten, inhoudend dat de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico en benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, zijn duidelijk te herleiden tot het égalitébeginsel. Wanneer de schade aan de voornoemde vereisten voldoet, bestaat in beginsel een recht op nadeelcompensatie. Schending van het égalitébeginsel is daarmee een voorwaarde voor de vestiging van de aansprakelijkheid van het bestuursorgaan. Het tweede tot en met vierde lid van artikel 4:126 bevatten bepalingen ten aanzien van de wijze waarop vervolgens de omvang van de schadevergoeding wordt vastgesteld. Deze bepalingen vormen een codificatie van de planschade- en nadeelcompensatiejurisprudentie.²²

Wat betekent dit nu voor de bestaande wettelijke en buitenwettelijke regelingen die een recht toekennen op vergoeding van schade tengevolge van een rechtmatige overheidsdaad? Aangezien op dit moment alle mij bekende (buiten)wettelijke nadeelcompensatieregelingen – inclusief de planschaderegeling in artikel 6.1 Wro – zijn gebaseerd op het égalitébeginsel, kunnen de bepalingen in deze regelingen vervallen, voor zover die aan benadeelden een recht op nadeelcompensatie toekennen. Indien in deze (buiten)wettelijke regelingen een limitatieve opsomming van schadeoorzaken is opgenomen, zal deze met de inwerkingtreding van de algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb worden geschrapt en vervangen door de ruime reikwijdte van artikel 4:126 Awb.

Ten aanzien het 'normaal maatschappelijk risico' en de 'speciale last' ziet de regering ruimte om concretiserende regels op te stellen. Op deze wijze zou in bijzondere wetgeving kunnen worden vastgelegd wat in bepaalde gevallen onder het normaal maatschappelijk risico valt. Een voorbeeld biedt artikel 6.2, tweede lid, Wro waarin wordt bepaald dat in ieder geval onder het normaal maatschappelijk risico valt een deel van de schade gelijk aan twee procent van het inkomen of de waarde van een onroerende zaak. Deze invulling heeft als nadeel dat, behoudens enkele uitzonderingen, geen volledige schadevergoeding kan worden toegekend. De inwerkingtreding van de nadeelcompensatieregeling in de Awb zou voor de planschaderegeling tot gevolg kunnen hebben dat de artikelen 6.1, 6.3, 6.4 en 6.5 worden geschrapt, maar dat artikel 6.2, tweede lid, Wro blijft gehandhaafd.

21 Zie L.A. van Montfoort, *Planschadevergoedingsrecht na twee jaar Tijdelijke wet Kroongeschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 24-25; J. A. M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatige toegebrachte schade door de overheid* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 94-111; G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologische regime* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, hfdst. 5; B.P.M. van Ravels, *De nieuwe redelijkheid*, *O&A* 2008, nr. 49.

22 Zie uitbreider: G.M. van den Broek, *Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb*, *O&A* 2007, 73.

Anders dan de planschaderegeling in de Wro, bevat het wetsvoorstel voor een nadeelcompensatieregeling in de Awb geen concrete maatstaf voor het normaal maatschappelijk risico en wordt een volledige vergoeding van de schade niet reeds bij voorbaat uitgesloten. Hierdoor wordt aan bestuursorganen ruimte gelaten om bij de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico rekening te houden met alle omstandigheden van het specifieke geval.²³ De opname van een drempel of korting ter invulling van het normaal maatschappelijk risico biedt die mogelijkheid niet. Om die reden heb ik destijds gepleit voor het schrappen van de minimum-forfaitregeling in het wetsvoorstel voor de planschaderegeling in de Wro.²⁴

De regering ziet niet alleen ruimte voor concretisering van het normaal maatschappelijk risico in bijzondere wetgeving, maar ook voor wetsinterpreterende beleidsregels van bestuursorganen. Het begrip 'normaal maatschappelijk risico' is immers een vaag begrip dat door een bestuursorgaan geïnterpreteerd moet worden bij het nemen van een nadeelcompensatiebesluit. De regering merkt in de Toelichting op, dat het opstellen van wetsinterpreterende beleidsregels, die de door het bestuur te volgen interpretatie van het begrip 'normaal maatschappelijk risico' bevatten, de rechtszekerheid en de doelmatigheid dient.²⁵ Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden afgeleid dat een bestuursorgaan inderdaad de vrijheid heeft om ten aanzien van de invulling van het normaal maatschappelijk risico een beleidsregel vast te stellen.²⁶ Een voorbeeld is het beleid om ter concretisering van het normaal maatschappelijk risico een drempel te hanteren van 15% van de omzet op jaarbasis, bij tijdelijke inkomensschade tengevolge van de aanleg van infrastructurele maatregelen.²⁷ In de literatuur verschillen de meningen over de mate waarin de rechter gebonden is aan de invulling die het bestuursorgaan in het nadeelcompensatiebesluit aan het begrip 'normaal maatschappelijk risico' heeft gegeven. De bestuursrechter heeft zich tot nu toe niet expliciet uitgesproken over de mate van beoordelingsvrijheid van een bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico. Uit de jurisprudentie blijkt enerzijds dat de bestuursrechter de vaststelling van een drempel- of kortingspercentage in een beleidsregel met enige terughoudendheid toetst. In andere uitspraken lijkt de bestuursrechter de beoordeling van het bestuursorgaan inzake het normaal maatschappelijk risico echter vol te

23 In de MvT worden, onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak, enkele omstandigheden genoemd die bij de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico van belang zijn, zoals de aard van de schadeveroorzakende gebeurtenis, het bestaan van gerechtvaardigde verwachtingen, de ernst en omvang van de schade, de aard van het getroffen belang, de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen daarvan voor de benadeelde, de eventuele voordelige positie waarin betrokkene als gevolg van overheidshandelen of -nalaten verkeerde en de mogelijkheid om het nadeel door te berekenen. Zie HR 17 september 2004, AB 2006, 41; ABRvS 18 maart 2009, 200805153/1; ABRvS 21 juni 2006, 200508280.

24 Met dien verstande dat het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2002-03, 28 916, nr. 2) een hoger percentage van het forfait bevatte. Zie G.M. van den Broek, Het wetsontwerp voor een nieuwe planschaderegeling, *BR* 2004, p. 643-654.

25 *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3 p. 17.

26 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 november 2003, No. 200206834/1.

27 Vgl. ABRvS 19 december 2007, TBR 2008/76; ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877; ABRvS 23 juli 2003, No. 200204377/1; ABRvS 14 april 2004, No. 200305154/1).

toetsen.²⁸ De regering gaat er van uit dat de rechter niet gebonden is aan de door het bestuur in beleidsregels neergelegde interpretatie van het begrip 'normaal maatschappelijk risico'. De regering stelt zich op het standpunt dat een nadeelcompensatiebesluit slechts een 'voorlopige' beoordeling door het bestuursorgaan bevat van zijn eigen aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel. In veel gevallen zal de bestuursrechter, indien hij het beroep gegrond verklaart, zelf in de zaak kunnen voorzien en zijn eigen definitieve oordeel daarvoor in de plaats kunnen stellen. Dit sluit aan bij de opvatting dat een bestuursorgaan bij het toekennen van nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel gevolg geeft aan een rechtsplicht.²⁹ Uit deze passages kan worden afgeleid dat de regering uitgaat van een volle toetsing van nadeelcompensatiebesluiten door de bestuursrechter.³⁰ Ook in de literatuur is het standpunt verdedigd dat de vraag of een bestuursorgaan aansprakelijk is op grond van het égalitébeginsel een rechtsvraag betreft, waaromtrent de bestuursrechter uiteindelijk het laatste oordeel behoort te hebben.³¹ Van Ettekoven stelt in zijn oratie dat de rechter indringender dan tot nu toe dient te toetsen of de door het bestuur gekozen invulling van het normaal maatschappelijk risico de rechterlijke toets kan doorstaan.³² Bij dit standpunt sluit ik mij graag aan: eerlijk gezegd lijkt het mij absoluut geen aantrekkelijke gedachte om bestuursorganen een ruime beoordelingsvrijheid te laten bij de toepassing van het normaal maatschappelijk risico. Wanneer bestuursorganen zelf de omvang van hun aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel kunnen bepalen door wetsinterpreterende beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de toepassing van het normaal maatschappelijk risico, en de bestuursrechter de beoordeling van het bestuursorgaan in het nadeelcompensatiebesluit slechts marginaal zou toetsen, dreigt opnieuw een wildgroei, maar dan van wetsinterpreterende beleidsregels inzake het normaal maatschappelijk risico. Bovendien zou de rechtsgelijkheid in gevaar komen, wanneer de inhoud van deze wetsinterpreterende beleidsregels per gemeente al te zeer verschilt.

Van Ettekoven adviseert het bestuur om invulling te geven aan het normaal maatschappelijk risico via combistelsels van drempels en kortingen. Hij stelt dat de uitvoeringspraktijk dringend behoefte heeft aan een stelsel dat inzichtelijk, voorspelbaar en goed hanteerbaar is. De wetgever biedt naar zijn mening onvoldoende houvast, door een open norm te hanteren zonder daarbij een richtsnoer te geven over de wijze

28 Zie uitgebreider B.P.M. van Ravels, *Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg. Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, *Var-Reeks* 128, p. 280-283; M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss.Leiden), Kluwer 2010, p. 424-428; 439-443 en 446-452, waar ook jurisprudentieverwijzingen te vinden zijn.

29 *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3, p. 16, 17 en 22.

30 Zie ook G. T. J. M. Jurgens, *Schadevergoeding als pilot voor differentiatie in het bestuursrecht*, *NTB* 2007, 35.

31 ;R.J.N. Schlössels, *Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune* (II), *Gst.* 2002-7161, 1; B.P.M. van Ravels, *Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg. Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, *Var-Reeks* 128, p. 280-281; J.G. de Vries-Robbé, *Gst.* 7115, p. 152;

32 Zie B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011, p. 23.

waarop die normen ingevuld moeten worden.³³ Het gevaar van het hanteren van drempels en kortingen is echter, dat bij de beoordeling van een verzoek om nadeelcompensatie geen recht wordt gedaan aan de bijzondere omstandigheden van het concrete geval. Het lijkt mij niet mogelijk om in de nadeelcompensatieregeling in de Awb een vast forfait ter concretisering van het normaal maatschappelijk risico vast te stellen, zoals in artikel 6.2, tweede lid, Wro is geschied. Wellicht zou voor enkele specifieke categorieën van in de praktijk veel voorkomende schadeoorzaken, zoals verkeersmaatregelen of infrastructurele werken, onderzocht kunnen worden of de invulling van het normaal maatschappelijk risico al zodanig is uitgekristalliseerd, dat het mogelijk is om uniforme drempel- of kortingspercentages vast te stellen. Als dat inderdaad mogelijk is, zou het vanuit het oogpunt van uniformiteit het meest wenselijk zijn om deze drempel – of kortingspercentages landelijk vast te leggen, bijvoorbeeld in een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling, op voorwaarde dat daarin tevens de mogelijkheid voor bestuursorganen wordt opgenomen om in bijzondere omstandigheden daarvan af te wijken.³⁴

5. Procedurevoorschriften

Voor de procedure ter verkrijging van nadeelcompensatie is aangesloten bij het besluitmodel van de Awb. Een benadeelde kan een aanvraag indienen bij het bestuursorgaan dat de schadeveroorzakende handeling heeft verricht. Dit is een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, Awb waarop de artikelen 4:1 tot en met 4:6 Awb van toepassing zijn. Daarnaast geven de artikelen 4:127 tot en met 4:131 aanvullende voorschriften omtrent de gegevens die bij de aanvraag moeten worden overlegd, het heffen van een recht voor het in behandeling nemen van de aanvraag, de termijn waarbinnen een aanvraag moet zijn ingediend en de beslistermijn waarbinnen een besluit op de aanvraag moet zijn genomen. Deze bepalingen bevatten veel elementen die destijds in de planschaderegeling in de Wro werden geïntroduceerd om het indienen van lichtvaardige claims te beperken.³⁵

De uniformering van procedurevoorschriften is toe te juichen en op dit punt zullen de diverse (buiten)wettelijke nadeelcompensatieregelingen en de regelingen in bijzondere wetten kunnen worden vereenvoudigd. Bij de aanpassingswetgeving zal nog wel nauwkeurig moeten worden nagegaan op welke onderdelen de procedurevoorschriften in de Waterwet en de Wro afwijken van de algemene regeling in de Awb en of deze afwijkingen noodzakelijk zijn. Vanuit het oogpunt van uniformering van procedurevoorschriften verdient het aanbeveling om in de Awb een vergelijkbare bepaling als artikel 6.7 Wro en/of artikel 7.14, tweede lid, Waterwet op te nemen. Laatstgenoemde bepalingen maken het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur dan wel bij verordening van gemeente, provincie of waterschap (nadere) regels te stellen omtrent de inrichting en behandeling, indiening en motivering

33 B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011, p. 22-23.

34 Vgl. J.E. Hoitink en M.B. Koetser, *Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel?* Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraak onvoldoende houvast. *NTB* 2007, p. 341.

35 *Kamerstukken II* 2002-03, 28 916, nr. 3, p. 60-66.

van een aanvraag om nadeelcompensatie. In een dergelijke algemene maatregel van bestuur of verordening kunnen regels worden gegeven omtrent de gevallen waarin een adviseur wordt ingeschakeld, het onderzoek van de adviseur en de wijze waarop de aanvrager en eventuele andere betrokkenen bij het onderzoek worden betrokken.³⁶

6. Conclusies

Peter van Buuren beschreef een aantrekkelijke gedachte als een idee waaraan meer voordelen dan nadelen verbonden lijken te zijn. De vraag die ik mij heb gesteld is, of het een aantrekkelijke gedachte is dat het voorliggende wetsvoorstel voor een nadeelcompensatieregeling in de Awb in werking zal treden.

Het grote voordeel van het voorliggende wetsvoorstel is, dat het een algemene wettelijke grondslag biedt voor de toekenning van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, gebaseerd op het *égalité*beginsel.

Mijn grootste bezwaar tegen het wetsvoorstel is, dat het de onduidelijkheid over de rechtsgang die openstaat tegen een nadeelcompensatiebesluit niet oplost. Het wetsvoorstel leidt niet tot een heldere competentieafbakening.

Daarnaast biedt het wetsvoorstel aan bestuursorganen op enkele wezenlijke onderdelen ruimte voor keuzes. Het wetsvoorstel zal geen einde maken aan het bestaan van (buiten)wettelijke nadeelcompensatieregelingen. Er zullen aanvullende nadeelcompensatieregelingen nodig blijven om de toegang tot de bestuursrechter open te stellen, leges te heffen en nadere procedurevoorschriften vast te stellen. Bovendien is het niet ondenkbaar dat bestuursorganen wetsinterpreterende beleidsregels zullen opstellen ter concretisering van de vereisten van de speciale last en het normaal maatschappelijk risico.

Het wetsvoorstel biedt ruimte aan bestuursorganen bij de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico. Hierdoor kan recht worden gedaan aan de bijzondere omstandigheden van het geval, maar wordt weinig houvast geboden aan bestuur en burger ten aanzien van de omvang van het normaal maatschappelijk risico. Het is naar mijn mening een taak van de wetgever of de bestuursrechter om daarover duidelijkheid te bieden. Voor zover bij of krachtens de wet geen concrete maatstaf ter invulling van het normaal maatschappelijk risico kan worden opgenomen, is het wenselijk dat de bestuursrechter het oordeel van het bestuursorgaan omtrent het normaal maatschappelijk risico niet terughoudend toetst.

Het ingediende wetsvoorstel beoogt een harmonisatie van wettelijke en buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen om de overzichtelijkheid in het nadeelcompensatierecht te vergroten.³⁷ Ik vrees echter dat het wetsvoorstel de onoverzichtelijke situatie in het nadeelcompensatierecht op enkele wezenlijke onderdelen niet zal beëindigen en dat is zeker geen aantrekkelijk vooruitzicht.

³⁶ Zie bijvoorbeeld de desbetreffende bepalingen in Afdeling 6.1 Bro, die zijn gebaseerd op artikel 6.7 Wro.

³⁷ *Kamerstukken II* 2010-11, 32 621, nr. 3 p. 2 en 8.