

# Artikel

## De nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet: geen aantrekkelijk alternatief voor het huidige planschadestelsel

Mr. dr. G.M. (Berthy) van den Broek en mr. dr. M.K.G. (Michiel) Tjepkema\*

### 1 Inleiding

Op 5 januari jl. ging een voorstel voor een nieuwe (plan)schaderegeling in de Omgevingswet (Ow) in consultatie (afdeling 15.1).<sup>1</sup> Het planschaderecht wordt ingrijpend gewijzigd. De veranderingen worden niet alleen noodzakelijk geacht in verband met het nieuwe karakter van het omgevingsplan, maar zijn ook een reactie op de kritiek die in wetenschap en praktijk op het huidige planschadestelsel werd geuit. De vraag is echter of de voorgestelde wijzigingen werkelijk noodzakelijk zijn en of de nieuwe schaderegeling aantrekkelijker is dan de huidige planschaderegeling. In dit artikel zullen wij de twee meest in het oog springende wijzigingen bespreken: het doorschuiven van de schadevergoeding en de verhoging van het forfait voor het normaal maatschappelijk risico.

### 2 Doorschuiven van de schadevergoeding bij indirecte schade

#### 2.1 Wat gaat er veranderen?

Een van de vragen rond de schadeparagraaf in de Ow was of de minister zou vasthouden aan de limitatieve opsomming van schadeoorzaken, vergelijkbaar met een bepaling als het huidige art. 6.1 lid 2 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). Tegen een dergelijke bepaling in de Ow hebben Besselink en Procee aangevoerd dat hiermee voor het omgevingsrecht ten onrechte een uitzondering zou worden gemaakt op het algemene uitgangspunt van art. 4:126 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en dat dit afbreuk zou doen aan de bedoeling van de Awb-wetgever om te komen tot een uniform nadeelcompensatiestelsel.<sup>2</sup> Waar de minister in haar brief van 19 mei 2016 hierover nog onduidelijk was,<sup>3</sup> is in het gepubliceerde wetsvoorstel inderdaad een limitatieve opsomming opgenomen. Art.15.1 lid 1 Ow noemt als relevante schadeoorzaken onder meer een regel in het omgevingsplan, de waterschapverordening, de omgevingsverordening en een AMvB. Echter, in art. 15.1 lid 2 Ow wordt bepaald dat voor vergunningplichtige activiteiten alleen de omgevingsvergunning (en niet het omgevingsplan of een verordening) als schadeveroorzakend besluit geldt. Vervolgens stelt art. 15.4 lid 1 Ow de peildatum voor de schade vast op de datum van de

\* Mr. dr. G.M. van den Broek is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht Mr. dr. Tjepkema is universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1. Waar wij verwijzen naar een Ow-artikel van afdeling 15.1 of naar de bijbehorende memorie van toelichting (hierna: MvT) bedoelen wij een artikel uit of een toelichting bij de consultatieversie.

2. Zie ook H.J.M. Besselink & J.S. Procee, Een algemene nadeelcompensatieregeling, ook in het omgevingsrecht, TO 2015, afl. 2, p. 79.

3. Brief invoeringswet Omgevingswet 19 mei 2016.

bekendmaking van de omgevingsvergunning. Het moment waarop een aansprakelijkheid aanvang kan nemen, verandert dus ten opzichte van het huidige stelsel. Dat geldt ook voor vergunningsvrije activiteiten. Art. 15.2 Ow bepaalt dat een aanvraag om schadevergoeding vanwege een vergunningsvrije activiteit die mogelijk is op grond van een omgevingsplan, omgevingsverordening, waterschapsverordening of AMvB, pas kan worden ingediend zodra de activiteit is gemeld of zodra met de activiteit is begonnen. Voor vergunningsvrije activiteiten wordt de peildatum in art. 15.4 lid 2 Ow vastgesteld op het moment waarop de activiteit is of zal zijn verricht.

Hieruit volgt dat de aanvang van de aansprakelijkheid verschuift van het omgevingsplan naar de omgevingsvergunning of de uitvoering van de activiteit. Volgens het huidige planschaderecht is de peildatum voor de schade immers de inwerkingtreding van het bestemmingsplan, waarbij de aanvraag kan worden ingediend nadat het bestemmingsplan onherroepelijk geworden is. Onder de beoogde schaderegeling in de Ow wordt de peildatum voor de schade vastgesteld op de datum van de bekendmaking van de omgevingsvergunning of de uitvoering van de activiteit. Uit de toelichting op de consultatieversie valt af te leiden dat dit systeem uitsluitend is bedoeld voor de vaststelling van de omvang van de indirecte schade.<sup>4</sup> In de wettekst is dit overigens niet heel duidelijk vermeld.<sup>5</sup> Wanneer een omgevingsplan (of een omgevingsverordening, waterschapverordening of AMvB) in de omgeving nadelige ontwikkelingen mogelijk maakt, kan een omwonende derhalve geen schadevergoeding meer ontvangen vanwege het waardeverminderende effect dat de inwerkingtreding van het omgevingsplan reeds heeft. De omwonende zal moeten wachten tot een omgevingsvergunning is verleend of de activiteit wordt gestart. Het is de bedoeling dat de overheid uitsluitend nog aansprakelijk is voor indirecte schade indien en voor zover ontwikkelingen die mogelijk worden gemaakt door het omgevingsplan daadwerkelijk worden verwezenlijkt.

In deze paragraaf bespreken wij de consequenties van het doorschuiven van de schadevergoeding, maar allereerst bespreken wij de noodzaak van de voorgestelde wijzigingen.

## 2.2 Is er een noodzaak tot verandering?

Het omgevingsplan heeft niet alleen een ruimere reikwijdte dan het huidige bestemmingsplan, maar het is bovendien de bedoeling van de wetgever dat de regulering in het omgevingsplan een globaler karakter krijgt. De regering stelt dat bestemmingsplannen vaak (te) gedetailleerd zijn, waardoor het lastig is om in te spelen op actualiteiten of marktontwikkelingen, terwijl de samenleving juist vraagt om snel en flexibel overheids-optreden.<sup>6</sup> Het is de bedoeling dat het omgevingsplan

4. Indirecte schade wordt omschreven als schade die wordt veroorzaakt door activiteiten in de omgeving van een perceel van een burger of in de omgeving van een bedrijf (MvT, p. 14).
5. MvT, p. 23, 27 en 128.
6. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 17.

een globalere opzet heeft, waarin de overheid weliswaar de randvoorwaarden stelt, maar vervolgens meer ruimte biedt voor initiatieven van burgers en bedrijven. Deze wijziging werd mede ingegeven door de opkomst van de 'uitnodigingsplanologie'.<sup>7</sup> In de MvT bij het voorstel voor de Ow signaleerde de regering een sterke behoefte aan een organische gebiedsontwikkeling, die aansluit bij de wens om minder in 'blauwdrukken van bovenaf' te denken en het initiatief in de fysieke leefomgeving meer bij burgers en bedrijven te leggen.<sup>8</sup>

In de al genoemde Kamerbrief van 19 mei 2016 werd de planschade, en dan met name het uitgangspunt van de planmaximalisatie bij de planvergelijking, aangewezen als een van de oorzaken waarom uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling niet van de grond komen. De huidige planschaderegeling staat in de weg aan het opstellen van plannen met een globalere opzet, zo stelt de regering.<sup>9</sup> De nieuwe regeling is erop gericht om de belemmeringen voor het opstellen van omgevingsplannen met een 'flexibele en dynamische opzet' weg te nemen.<sup>10</sup>

Het is de vraag of de behoefte om in bepaalde gebieden die zich lenen voor een organische gebiedsontwikkeling te werken met globale omgevingsplannen, een ingrijpende wijziging van het planschadestelsel rechtvaardigt. Sommige gebieden vergen immers omgevingsplannen met gedetailleerde regels, zoals een cultuurhistorisch waardevol stadscentrum of een woonwijk. Het is aan de gemeenteraad om te bepalen welke delen van het grondgebied gedetailleerde regels vereisen en welke delen van het grondgebied globaler kunnen worden gereguleerd. Bovendien wijzen Groothuijse e.a. nog op andere redenen voor de neiging tot detaillering in bestemmingsplannen, zoals de uitvoerbaarheidseis, onderzoeksverplichtingen en de beperkte ruimte voor nadere afwegingsmomenten in de uitvoeringsfase van het bestemmingsplan. Zij adviseren om een globaal omgevingsplan te koppelen aan een nader afwegingsmoment ten tijde van de realisatie van een project. Dit nadere afwegingsmoment zou de vorm moeten krijgen van een appellabel besluit, zoals bijvoorbeeld een vergunning.<sup>11</sup> Kortom, met het aanpassen van de planschaderegeling zijn lang niet alle belemmeringen voor het opstellen van globale omgevingsplannen weggenomen.

## 2.3 Planvergelijking en planmaximalisatie

Er bestaat al langere tijd kritiek op de planvergelijking aan de hand waarvan wordt vastgesteld of sprake is van een planologische verslechtering waaruit schade voortvloeit. De abstracte planvergelijking, waarbij een maximale verwezenlijking van de bouw- en gebruiksmogelijkheden het uitgangspunt is, staat ver af van de bele-

7. Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 3.
8. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 156 en 275.
9. Verwezen wordt naar A.G.A. Nijmeijer, Van bestemmingsplan naar omgevingsplan. Een uitnodigende ontwikkeling?, in: R.J. Cremers e.a. (red.), *Terecht Bouwrecht. Over de bijdrage van het recht aan de bouw in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2014, p. 233-249.
10. MvT, p. 17.
11. F.A.G. Groothuijse e.a., *Omgevingsplan: overgangsrecht, gebodsbepalingen en het doorschuiven van onderzoeksplichten*, TBR 2016/111.

ving van schade door de burger. Van Ettehoven stelde in 2011 in zijn oratie al voor om schade pas te vergoeden als die ook in de portemonnee van de burger wordt gevoeld.<sup>12</sup> De voorgestelde regeling geeft hieraan gehoor door een einde te maken aan het uitgangspunt van de planmaximalisatie. Uitgangspunt van de nieuwe schade-regeling is dat schade wordt vergoed als duidelijk is welke gevolgen een besluit of activiteit voor de fysieke leef-omgeving heeft.<sup>13</sup> We kunnen de consequenties van het wetsvoorstel voor het leerstuk van de rechtmatige over-heidsdaad niet goed duiden, zonder een beeld te schet-ten van de oorsprong en zin van de planvergelijking.

Een vereiste voor de vestiging van aansprakelijkheid voor schade is dat er causaal verband bestaat tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade. In het (privaat)recht wordt daartoe in beginsel als minimale voorwaarde geëist dat de gebeurtenis een *conditio sine qua non* (een noodzakelijke voorwaarde) is voor de schade. Dat wil zeggen dat de schade niet of niet in dezelfde omvang zou hebben kunnen ontstaan zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.

Het causaal verband tussen de (beweerdelijk door ver-zoeker geleden) schade en een overheidsbesluit kan slechts worden bepaald aan de hand van de *rechtsgevol-gen* van dat besluit. Wanneer door een besluit een bepaald rechtsregime wordt gewijzigd, dient een verge-lijking te worden gemaakt tussen de situatie van verzoeker onder het oude en onder het nieuwe rechtsregime. Deze vergelijking van rechtsregimes wordt niet alleen in de planschadejurisprudentie toegepast, maar ook in het kader van het nadeelcompensatierecht en is inherent aan de overheidsaansprakelijkheid voor rechtmatige besluiten. De overheidsaansprakelijkheid voor rechtmatige besluiten gaat over de vraag of de rechtsgevolgen van een overheidsbesluit de aanvrager in een nadeliger posi-tie hebben gebracht, waaruit vermogensschade voort-vloeit. De overheid kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor schade die zonder het besluit niet had kun-nen ontstaan.<sup>14</sup>

In het planschaderecht wordt het vereiste *conditio sine qua non*-verband vastgesteld door middel van de plan-vergelijking. Planschade is vermogensschade die voort-vloeit uit een nadelige wijziging van de bouw- en gebruiksmogelijkheden van gronden, zoals die zijn toe-gestaan in het planologische regime (het bestemmings-plan). Bij de beoordeling van een planschadeverzoek dient te worden vastgesteld of de schade die verzoeker lijdt, is toe te rekenen aan het besluit dat het planolo-gische regime wijzigt. Om het vereiste causale verband vast te stellen is het noodzakelijk een vergelijking te maken van de bouw- en gebruiksmogelijkheden onder

het oude en nieuwe planologische regime.<sup>15</sup> Wanneer het nieuwe planologische regime nadelige bouw- en gebruiksmogelijkheden toestaat die niet hadden kunnen worden verwezenlijkt zonder een wijziging van de pla-nologische voorschriften, wordt de schade veroorzaakt door het nieuwe planologische regime. Met name het bestaan van een recht op planschadevergoeding in dit soort situaties is de minister een doorn in het oog. Immers, onafhankelijk van de vraag of gecreëerde bouw- en gebruiksmogelijkheden daadwerkelijk worden benut (en de gevolgen daarvan dus worden ‘gevoeld’), kan al een recht op planschadevergoeding bestaan.

Er zij echter op gewezen dat de maximale planvergelij-king voor de overheid soms ook gunstige gevolgen heeft. Het is immers vaste jurisprudentie dat bij de vergelij-king van planologische regimes wordt uitgegaan van de maximale mogelijkheden van zowel het oude als het nieuwe regime (planmaximalisatie). Bij de maximale invulling van het oude planologische regime worden óók de nadelige bouw- en gebruiksmogelijkheden meegenomen die nimmer zijn gerealiseerd, zodat de planvergelij-king alsdan positief voor de overheid uitpakt. Ook is er geen planologisch nadeliger situatie wanneer op basis van het oude planologische regime een vergelijkbare situatie had kunnen ontstaan, waaruit voor de aanvrager vergelijkbare nadelen zouden voortvloeien. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de bouwmoegijkhe-den op de desbetreffende gronden in het nieuwe plan slechts marginaal verschillen met die in het oude plan. De schade had dan ook kunnen ontstaan onder het oude planologische regime, zodat de wijziging van het plano-logische regime geen noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade (*conditio sine qua non*). Het verzoek om een tegemoetkoming zal dan vanwege het ontbreken van causaal verband worden afgewezen.<sup>16</sup>

Op het uitgangspunt van de planmaximalisatie wordt ingevolge art. 6.1 lid 2 Wro een uitzondering gemaakt voor de flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplan. De (ongebruikte) bepalingen die krachtens art. 3.6 Wro in een bestemmingsplan zijn opgenomen, kunnen zelf geen aanleiding geven tot schadevergoeding.<sup>17</sup> Pas wan-neer met toepassing van deze flexibiliteitsbevoegdheden een omgevingsvergunning is verleend dan wel een wijzi-gings- of uitwerkingsplan is vastgesteld, kan een aan-vraag om schadevergoeding worden ingediend (zie art. 6.1 lid 2 sub b jo. art. 6.1 lid 6 Wro). Onder het huidige

12. B.J. van Ettehoven, Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011, p. 20.

13. MvT, p. 122.

14. Zie reeds G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, De regeling van planschadevergoeding in de Omgevingswet. Ondoordachte voorstellen met rigoureuze gevolgen, NJB 2016/38, p. 2818-2826.

15. Een planologisch nadeliger situatie kan ten eerste bestaan uit het verlies van gunstige bouw- en gebruiksmogelijkheden van het eigen perceel (directe schade). Ten tweede kan een planologisch nadeliger situatie bestaan uit een bestemmingswijziging van gronden in de omgeving, waardoor hinder of ander nadeel ontstaat voor de eigenaren en gebrui-kers van omliggende percelen (indirecte schade).

16. G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologische regime (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, hoofdstuk 2 en 3.

17. In het bestemmingsplan kunnen krachtens art. 3.6 Wro bepalingen worden opgenomen die aan BenW de bevoegdheid toekennen om met inachtneming van bij het plan te geven regels en binnen bij het plan aan te geven grenzen de bestemming te wijzigen, om in een omgevingsver-gunning af te wijken van bij het plan aan te geven regels, dan wel BenW de verplichting opleggen een bestemming met inachtneming van de uitwerkingsregels uit te werken.

planschaderecht wordt het toepassingsbesluit beschouwd als de schadeoorzaak en niet de bestemmingsplanbepaling die de bevoegdheid aan het college toekent. In het huidige planschadestelsel wordt de aansprakelijkheid voor het gebruik van de zogenaamde flexibiliteitsinstrumenten dus ook al doorgeschoven. Dit systeem doet recht aan het discretionaire karakter van de flexibiliteitsbevoegdheden. De verwezenlijking van de mogelijkheden die de flexibiliteitsinstrumenten bieden, is immers pas rechtens toegestaan indien en voor zover het bevoegd gezag daartoe een besluit heeft genomen. De inhoud van het besluit vloeit niet rechtstreeks voort uit de bepalingen van het bestemmingsplan, maar is het resultaat van een nadere beoordeling en belangenafweging door het bevoegd gezag.<sup>18</sup>

De huidige Wro maakt het dus nu ook al mogelijk om flexibiliteit in een bestemmingsplan aan te brengen. Hoewel in de praktijk bestemmingsplannen met louter globale eindbestemmingen zeldzaam zijn, is het ook niet zo dat er uitsluitend gedetailleerde bestemmingsplannen worden vastgesteld.<sup>19</sup> In de praktijk is er veelal sprake van een mengvorm en bovendien wordt veelvuldig gebruik gemaakt van de instrumenten die art. 3.6 Wro biedt om flexibiliteit in een bestemmingsplan aan te brengen. Zoals gezegd, biedt de huidige planschaderegeling de mogelijkheid om de aansprakelijkheid voor de flexibiliteitsbevoegdheden die krachtens art. 3.6 Wro in een bestemmingsplan zijn opgenomen, door te schuiven naar het moment waarop van die bevoegdheden door het college gebruik wordt gemaakt. De voorgestelde wijzigingen zijn in zoverre niet noodzakelijk.

#### 2.4 Doorschuiven van schadevergoeding naar omgevingsvergunning

Hoewel wij dus kritisch zijn over de noodzaak van het categorisch doorschuiven van het schademoment naar het moment van uitvoering, hebben wij in ons preadvies bepleit om daar in sommige situaties wel voor te kiezen. Wij hebben voorgesteld om in art. 4:126 Awb een vergelijkbare bepaling als art. 6.1 lid 6 Wro op te nemen. Dit artikel bepaalt dat schade bij – kort gezegd – bevoegdheden toekennende bepalingen *eerst wordt vastgesteld op grond van een krachtens die bepalingen genomen besluit*. Een vergelijkbare bepaling in de Awb zou waarborgen dat bepalingen in algemeen verbindende voorschriften, zoals een omgevingsplan of verordening, die een bevoegdheid toekennen aan een bestuursorgaan, slechts aanleiding geven tot verzoeken om nadeelcompensatie indien en voor zover van deze bevoegdheden gebruik is gemaakt. Een voorbeeld is een bepaling in een gemeentelijke verordening die een verbod behoudens vergunning inhoudt. Het is niet onredelijk dat pas een verzoek om nadeelcompensatie kan worden ingediend wanneer een besluit omtrent een vergunningaanvraag is genomen. Pas op dat moment verkrijgt de aanvrager immers

toestemming voor het verrichten van de activiteit. Voor die tijd kan niet goed worden vastgesteld welke rechtsgevolgen de bevoegdheid tot vergunningverlening heeft voor het concrete geval; dat geldt zeker voor bevoegdheden met een ruime mate van beleidsvrijheid of beoordelingsruimte. Dit systeem vormt naar onze mening een oplossing voor de problematiek van de gelede normstelling of getrapte besluitvorming in het bestuursrecht, waardoor de voor burgers bindende normen veelal in een keten van overheidsbesluiten zijn vastgelegd. In deze keten zijn meerdere besluiten als schadeoorzaak aan te wijzen, met de beschikking als eindpunt van de gelede normstelling.<sup>20</sup>

Uit het wetsvoorstel blijkt dat de minister heeft geopteerd voor een regeling die goed aansluit op ons voorstel. Art. 15.1 lid 2 Ow leidt ertoe dat voor vergunningplichtige activiteiten de omgevingsvergunning als schadeoorzaak wordt aangewezen. Het moment van de schadevergoeding wordt doorgeschoven van het omgevingsplan naar de omgevingsvergunning. Dit systeem lijkt ons niet onredelijk, zeker wanneer het bevoegd gezag bij het verlenen van de omgevingsvergunning beoordelingsruimte of beleidsvrijheid toekomt. In dat geval is er immers nog een nadere beoordeling of belangenafweging door het bevoegd gezag nodig om toestemming te verkrijgen voor het verrichten van de activiteit.<sup>21</sup> Van tevoren is niet goed in te schatten of het bevoegd gezag toestemming zal verlenen voor het verrichten van de activiteit en welke gevolgen dit zal hebben voor de fysieke leefomgeving. Het doorschuiven van de schadevergoeding naar de omgevingsvergunning betekent bovendien geen grote wijziging ten opzichte van het huidige wettelijke planschadestelsel.<sup>22</sup>

#### 2.5 Doorschuiven van de schadevergoeding bij vergunningsvrije activiteiten

Voor vergunningsvrije activiteiten biedt het omgevingsplan of een verordening die op grond van de Ow wordt vastgesteld een juridisch bindend kader. Een burger mag een activiteit verrichten, mits wordt voldaan aan de randvoorwaarden die in het omgevingsplan of de verordening zijn gesteld. Het gaat hier om directe regulering: er is geen nadere besluitvorming meer nodig om toestemming te krijgen voor het verrichten van de activiteit. De regering stelt zich op het standpunt dat in deze situatie het omgevingsplan of de verordening zelf de schadeoorzaak is. In de MvT stelt de regering immers het volgende:

‘Art. 15.2 geeft nadere regels over het moment waarop een verzoek om nadeelcompensatie kan worden ingediend. Voor activiteiten die vergunningvrij mogelijk worden gemaakt op grond van regels in een omgevingsplan of een verordening die op grond van

18. G.M. van den Broek, Flexibiliteitsbepalingen en planschadevergoeding: het spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid, in: M. van der Heiden e.a. (red.), *Co & co. Liber amicorum*, aangeboden aan Dr. J.W. van Zundert, Deventer: Kluwer 2013, p. 81-94.

19. Groothuise e.a. 2016.

20. G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht (Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 43), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015, par. 2.5.

21. MvT, p. 122.

22. Zie art. 6.1 lid 2 onder b en 6.1 lid 6 Wro.

de Omgevingswet worden vastgesteld, is het omgevingsplan of de verordening de schadeoorzaak maar kan de aanvraag worden ingediend als met de activiteit wordt begonnen of dat aan het bevoegd gezag is gemeld.’

De bedoeling van art. 15.2 Ow is dat het omgevingsplan de schadeoorzaak is, maar dat het verzoek om nadeelcompensatie pas kan worden ingediend zodra de activiteit wordt gemeld of uitgevoerd. Dat komt echter niet overeen met de strekking van art. 15.4 lid 2 Ow, waarin de peildatum voor het bepalen van de omvang van de schade wordt vastgesteld op het tijdstip van de melding of het verrichten van de activiteit. Art. 15.4 lid 2 Ow bepaalt:

‘In een geval als bedoeld in artikel 15.2 wordt de omvang van de schade bepaald aan de hand van een vergelijking van het inkomen of de omzet van de aanvrager of van de waarde van de onroerende zaak nadat de activiteit is of zal zijn verricht.’

In de MvT wordt opgemerkt dat het daarbij gaat om gevallen waarbij het moment waarop om nadeelcompensatie kan worden verzocht, wordt verlegd naar het moment waarop de fysieke leefomgeving wijzigt als gevolg van de uitvoering van een activiteit. Het is de bedoeling dat de omvang van de schade wordt bepaald aan de hand van een vergelijking tussen de feitelijke situatie voor de melding en de gemelde situatie dan wel de feitelijke situatie voor en na het verrichten van de activiteit.<sup>23</sup> Hierdoor wordt niet alleen het moment van de aanvraag, maar ook de aanvang van de aansprakelijkheid en de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding doorgeschoven naar de melding of het (feitelijk) verrichten van de activiteit.

Wij hebben eerder betoogd dat hiertegen dogmatische bezwaren bestaan, waarnaar we hier gemakshalve graag verwijzen.<sup>24</sup> Op deze plek willen we wel benadrukken dat het stelsel van nadeelcompensatie in de Ow minder goed aansluit op de overheidsaansprakelijkheid vanwege rechtmatige besluiten, maar juist meer weg zal krijgen van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van private partijen voor het verrichten van activiteiten die (onrechtmatige) hinder veroorzaken. Een gedupeerde kan immers ook een vordering uit onrechtmatige daad instellen jegens de private partij die de activiteit verricht.<sup>25</sup> De overheidsaansprakelijkheid op grond van het égalité-beginsel heeft betrekking op de nadelige invloed van juridisch bindende voorschriften op de vermogenspositie van burgers en ondernemers. Ervan uitgaande dat burgers hun gedrag afstemmen op de voorschriften die de overheid bij of krachtens de Ow vaststelt, hebben deze voorschriften invloed op de vermogenspositie vanaf het tijdstip dat ze van kracht zijn. Wanneer het gaat

om aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsbesluiten is de schadeoorzaak het op juridisch bindende wijze verbieden, toestaan of aan voorwaarden onderwerpen van menselijke activiteiten en niet het feitelijk verrichten van die activiteiten door een derde private partij.<sup>26</sup>

Wanneer de vaststelling van de omvang van de schade wordt doorgeschoven naar het verrichten door een derde private partij van een vergunningsvrije activiteit die mogelijk wordt gemaakt door het omgevingsplan, vervaagt de grens tussen overheidsaansprakelijkheid op grond van het égalité-beginsel en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van die derde partij voor het toebrengen van onrechtmatige hinder. Het is aannemelijk dat bij de beoordeling van het verzoek om nadeelcompensatie discussies zullen ontstaan over de vraag of de schadeveroorzakende activiteit zoals die door de derde private partij wordt verricht, inderdaad wordt toegestaan door het omgevingsplan en of de hinder die wordt veroorzaakt door die derde private partij al dan niet (on)rechtmatig is. Dit zijn kwesties die onder het huidige planschadestelsel bij de beoordeling van een verzoek om planschadevergoeding geen rol (hoeven te) spelen. De schadeoorzaak is immers het onherroepelijke – en dus rechtmatige – planologische overheidsbesluit. De vraag of de feitelijke gedragingen van een derde met dit besluit in overeenstemming zijn, kan geheel buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van het planschadeverzoek. Art. 15.4 Ow bepaalt echter dat de omvang van de schade wordt vastgesteld door een vergelijking tussen de feitelijke situatie voor en na het verrichten van de activiteit. Daardoor kan een discussie omtrent de vraag of de schade wordt veroorzaakt door een activiteit die op rechtmatige wijze, dat wil zeggen overeenkomstig de voorschriften in het omgevingsplan of in een verordening, is verricht niet buiten beschouwing worden gelaten. De overheid is immers slechts aansprakelijk indien en voor zover de beweerdelijk geleden schade veroorzaakt is door een (rechtmatige) activiteit van een derde private partij voor zover die mogelijk is gemaakt door het omgevingsplan of een verordening. Uit de toelichting blijkt nergens dat de wetgever de afbakeningsproblemen met de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het toebrengen van onrechtmatige hinder onder ogen heeft gezien.

## 2.6 Verjaringstermijn

Het doorschuiven van de schadevergoeding heeft nog andere consequenties waar de wetgever niet aan lijkt te hebben gedacht. De huidige planschaderegeling bepaalt in art. 6.1 lid 4 Wro dat een aanvraag moet worden ingediend binnen vijf jaar na het moment waarop het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden. Na deze termijn is het niet meer mogelijk om een aanvraag in te dienen. Wanneer het schadeveroorzakende besluit een bestemmingsplanherziening betreft, geldt deze ter-

23. MvT, p. 124.

24. Van den Broek & Tjepkema 2016, p. 2818-2826.

25. Uit HR 21 oktober 2005, NJ 2006/418 (Ludlage/Van Paradijs) blijkt dat de bouwvergunning niet zonder meer vrijwaart tegen aansprakelijkheid. Zie ook HR 10 maart 1972, NJ 1972/278 (Vermeulen/Lekkerkerker).

26. Vgl. G.M. van den Broek, Verschuiving van de draagplicht van schade veroorzaakt door een rechtmatige overheidsdaad, in: I. Giesen. J.M. Emaus & L.F.M. Enneking (red.), Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 283-297.

mijn voor alle maximale bouw- en gebruiksmogelijkheden die een bestemmingsplan biedt, zodat een bestuursorgaan vanaf het einde van deze verjaringstermijn geen rekening meer hoeft te houden met planschadeclaims.<sup>27</sup> Wanneer de vergoeding van indirecte schade wordt doorgeschoven naar de verlening van een omgevingsvergunning, de melding of het verrichten van de activiteit, zal een bestuursorgaan gedurende een veel langere periode na de vaststelling van een omgevingsplan of een verordening rekening moeten houden met schadeclaims. Een aanvraag om schadevergoeding kan immers worden ingediend nadat een omgevingsvergunning is verleend, een melding is gedaan of met de activiteit is begonnen.<sup>28</sup> Dit betekent dat een burger telkens een aanvraag kan indienen wanneer een derde private partij een omgevingsvergunning verkrijgt dan wel een nieuwe activiteit meldt of verricht die mogelijk wordt gemaakt door het omgevingsplan of een verordening.

Een voorbeeld kan de consequenties van de nieuwe regeling inzichtelijk maken. De wetgever noemt in de toelichting uitsluitend voorbeelden die betrekking hebben op de activiteit bouwen, maar voor gebruiksactiviteiten lijkt ons de nieuwe planschaderegeling veel minder geschikt. Stel dat een gemeente de functie 'Stadscentrum' toekent aan een bepaald gebied, waardoor de panden in het centrum onder bepaalde voorwaarden mogen worden gebruikt voor uiteenlopende activiteiten, zoals horeca, detailhandel, musea, wonen, kantoren en maatschappelijke dienstverlening. Een omwonende kan in dat geval telkens wanneer in een pand een nieuwe activiteit wordt gestart een verzoek om nadeelcompensatie indienen. Dat lijkt ons een enorme verruiming van de mogelijkheden voor het indienen van verzoeken om nadeelcompensatie, zeker wanneer gemeenten veelvuldig overgaan tot het opstellen van omgevingsplannen met een globale opzet. Onder de huidige planschaderegeling hoeft een bestuursorgaan geen rekening meer te houden met planschadeverzoeken indien na het tijdstip waarop het bestemmingsplan onherroepelijk is geworden vijf jaren verstreken zijn. Onder de nieuwe regeling moet het bestuursorgaan steeds wanneer een nieuwe activiteit wordt vergund, gemeld of vergunningsvrij wordt verricht, rekening houden met nadeelcompensatieclaims. De nieuwe regeling is ook in dit opzicht geen aantrekkelijk alternatief. Dat geldt niet alleen voor bestuursorganen, maar ook voor de ondernemers die de activiteit verrichten. Zij kunnen immers op grond van art. 15.8 Ow worden geconfronteerd met een schadevergoedingsovereenkomst, op basis waarvan de kosten van de schadevergoeding en de daarmee samenhangende kosten voor hun rekening worden gebracht.

## 2.7 Meer schaduwshade

Art. 15.1 lid 1 Ow bevat een lijstje van schadeoorzaken die aanleiding kunnen geven tot een verzoek om nadeelcompensatie. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt expliciet overwogen dat de afbakening van schadeoorzaken in art. 15.1 Ow limitatief en exclusief is bedoeld. Als een schadezaak niet onder het toepassingsbereik van art. 15.1 Ow valt, kan niet via een andere weg om nadeelcompensatie worden verzocht. Daarmee is de toegang tot andere nadeelcompensatieregelingen met een ruimere reikwijdte, zoals de beoogde nadeelcompensatieregeling in de Awb, afgesloten.

Het is opvallend dat art. 15.1 Ow uitsluitend besluiten als schadezaak aanmerkt die voor burgers een rechtstreekse juridische binding hebben. De omgevingsvisie of het programma wordt niet als schadezaak genoemd. Aangezien de opsomming limitatief en exclusief is bedoeld, kan een gedupeerde die meent dat hij ten gevolge van een omgevingsvisie of een programma schade lijdt, geen aanvraag om nadeelcompensatie indienen bij het bevoegd gezag. Een gedupeerde kan alleen een vordering uit onrechtmatige daad instellen bij de civiele rechter.

Met deze lijst sluit de wetgever aan bij de benadering van de klassieke schaderegelingen die in de wetgeving op het gebied van het omgevingsrecht zijn opgenomen.<sup>29</sup> In ons preadvies hebben wij de lastige knelpunten besproken die voor de praktijk voortvloeien uit een wettelijk limitatief stelsel van schadeoorzaken.<sup>30</sup> Andere, recentere wettelijke nadeelcompensatieregelingen bevatten geen lijst met schadeoorzaken, maar bepalen dat een vergoeding wordt toegekend aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid schade lijdt of zal lijden. Deze nadeelcompensatieregelingen hebben een ruimere reikwijdte omdat de schadeoorzaken die aanleiding kunnen geven tot het indienen van een aanvraag om nadeelcompensatie niet zijn afgebakend.<sup>31</sup>

In ons preadvies constateerden wij dat het systeem van limitatieve lijsten in afzonderlijke wettelijke nadeelcompensatieregelingen niet goed past bij het ruime toepassingsbereik van het égalité-beginsel en de rechtsontwikkeling.<sup>32</sup> Anderzijds hebben wij ook gesignaleerd dat de ruime reikwijdte van art. 4:126 Awb tot nieuwe problemen zal leiden en hebben wij voorstellen gedaan om deze Awb-regeling aan te passen, waardoor deze problemen zouden kunnen worden opgelost. Een van die voorstellen betrof de problematiek van de schaduwshade. Van Buuren omschrijft schaduwshade als:

‘de schade die ontstaat als gevolg van een concreet en bekendgemaakt beleidsvoornemen of als gevolg van

27. Een uitzondering geldt voor de flexibiliteitsinstrumenten in het bestemmingsplan. Voor deze bepalingen vangt de verjaringstermijn pas aan op het tijdstip waarop een uitwerkings- of wijzigingsplan dan wel een omgevingsvergunning onherroepelijk is geworden.

28. Pas op dat moment start de verjaringstermijn. Afdeling 15.1 bevat geen verjaringstermijn, zodat vermoedelijk zal worden aangesloten bij de verjaringstermijn van het beoogde art. 4:131 Awb.

29. Zie ook Besselink & Procee 2015.

30. Van den Broek & Tjepkema 2015, par. 2.1.3.

31. Ibid., hoofdstuk 1.

32. Ibid., par. 4.2.

de voorbereiding van een schadeveroorzakend besluit'.<sup>33</sup>

Het is een bekend fenomeen dat de bekendmaking van beleidsvoornemens of de voorbereiding van ruimtelijke en infrastructurele projecten schade veroorzaakt. De toekomstige ontwikkelingen 'hangen boven de markt' en de besluiten die noodzakelijk zijn om de voorgenomen ontwikkelingen te verwezenlijken, 'werpen hun schaduw al vooruit'. Voor eigenaren is het onmogelijk om hun onroerende zaken te verkopen of zij zullen moeten verkopen tegen een lagere prijs. Voor bedrijven is het lastiger (zo niet onmogelijk) om de financiering rond te krijgen voor investeringen.<sup>34</sup>

De wetgever heeft met de planschaderegeling in de Wro reeds afstand genomen van de mogelijkheid om schaduw schade te vergoeden die ontstaat door de opname in een bestemmingsplan van een uitwerkingsplicht, wijzigingsbevoegdheid of een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid. Deze bepalingen in een bestemmingsplan kunnen geen aanleiding geven tot het indienen van een verzoek om schadevergoeding voordat het plan ook daadwerkelijk is uitgewerkt, van de wijzigingsbevoegdheid daadwerkelijk gebruik is gemaakt, of die afwijkingsbevoegdheid is toegepast.<sup>35</sup> Deze beweging wordt verder doorgevoerd onder de nadeelcompensatieregeling in de Ow, omdat het moment van de schadevergoeding in nog meer gevallen en nog verder wordt doorgeschoven.

In het wetsvoorstel tracht de wetgever het probleem van de schaduw schade op te lossen voor de gevallen waarin art. 15.1 lid 2 of 15.2 Ow van toepassing is. Volgens art. 15.5 lid 1 onder a Ow wordt in die gevallen aan een koper geen actieve risicoaanvaarding tegengeworpen bij aankoop van een woning na de vaststelling van het omgevingsplan. Verwacht wordt dat een koper geen lagere koopprijs zal bedingen vanwege de voor hem nadelige toekomstige ontwikkelingen die mogelijk worden gemaakt door het omgevingsplan, omdat hij de mogelijkheid behoudt om een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen.

Deze regeling neemt de genoemde schaduw schade problemen echter slechts zeer ten dele weg. Zo zal de koper in dit voorstel nog steeds een forfait van 5% uit hoofde van het normaal maatschappelijk risico voor eigen rekening moeten nemen. Het is dus nog maar de vraag of een koper, die zich daarvan bewust is, inderdaad geen lagere koopprijs zal bedingen. Ook betreft deze bepaling slechts één specifieke categorie van gevallen waarin schaduw schade zich voordoet. De situatie waarin een transactie plaatsvindt in de periode tussen de bekendmaking van een omgevingsvisie en de inwerkingtreding

van een omgevingsplan wordt niet geregeld.<sup>36</sup> In de toelichting merkt de regering op dat een generieke regeling niet nodig is, omdat schrijvende gevallen in de praktijk vrijwel altijd worden opgelost. Sommige overheden hebben in het verleden inderdaad het initiatief genomen om een voorziening te treffen in verband met schaduw schade, zoals het treffen van een garantie- of aankoopregeling voor woningen.<sup>37</sup> Daarmee wordt de burger echter afhankelijk gemaakt van de goede wil van de bestuurder om een oplossing te vinden voor een schrijvende situatie. Naar onze mening is een bredere regeling voor schaduw schade wenselijk om de burger een vangnet te bieden. De wetgever zou een voorziening moeten treffen voor die gevallen waarin een belanghebbende aannemelijk kan maken dat ernstige schade is geleden ten gevolge van een concreet en bekendgemaakt beleidsvoornemen of als gevolg van de voorbereiding van een schadeveroorzakend besluit.<sup>38</sup>

### 3 Het normaal maatschappelijk risico: een nieuwe functie van het forfait

#### 3.1 Wat gaat er veranderen?

Zoals verwacht keert ook het normaal maatschappelijk risico terug in het wetsvoorstel.<sup>39</sup> De minister opteert niet voor de handhaving van het 2%-forfait, neergelegd in het huidige art. 6.2 lid 2 Wro, maar stelt voor om een algemeen forfait van 5% te hanteren wanneer een van de in art. 15.1 Ow genoemde schadeoorzaken tot waardevermindering leidt. Dat brengt dus met zich dat een 5%-waardevermindering per definitie voor rekening van de aanvrager blijft, ongeacht eventuele bijzondere omstandigheden. Dit forfait draagt volgens de minister bij aan de voorspelbaarheid van de uitkomsten van planschadeprocedures en vergroot daarmee de rechtszekerheid.<sup>40</sup>

Ten opzichte van de plannen uit de Kamerbrief valt vooral op dat de minister ten aanzien van het forfait niet

33. D. Sietses, De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht. Verslag van de jaarvergadering van Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 10 december 2015 te Amersfoort, TBR 2016/34.

34. Zie voor een overzicht van de standpunten in de literatuur Van den Broek & Tjepkema 2015, par. 2.1.3.3.

35. Sietses 2016.

36. Zie C.N.J. Kortmann, Het omgevingsrecht als inspiratiebron voor de algemene nadeelcompensatieregeling van art. 4:126 Awb. Enige beschouwingen naar aanleiding van het preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht, O&A 2016/78.

37. H.F.M.W. van Rijswijk, F.A.G. Groothuijse & G.M. van den Broek, Ruimte voor dijken. Een onderzoek naar het juridisch instrumentarium voor het reserveren van ruimte voor toekomstige dijkenversterkingen, in: Pilot Ruimtelijk Instrumentarium Dijken, Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, 2016, p. 16-123, DOI: 10.13140/RG.2.1.2526.9526.

38. Van den Broek & Tjepkema 2015, par. 2.4. Zie ook Kortmann 2016, p. 168. Van Buuren heeft voorgesteld om voor schaduw schade een drempel te hanteren van 10 à 15% van de waarde van de onroerende zaak; ook zou kunnen worden gedacht aan een 'ingangsdrempel' van een vergelijkbare hoogte in gevallen van schaduw schade, zodat een stroom van verzoeken om nadeelcompensatie op voorhand wordt voorkomen. Zie Sietses 2016.

39. Het criterium van de speciale last keert wederom niet terug in de regeling. Die keuze is te billijken, gelet op zijn beperkte toegevoegde waarde in het omgevingsrecht.

40. MvT, p. 16.

langer een onderscheid maakt tussen directe en indirecte planschade. Het 5%-forfait gaat dus ook gelden voor directe planschade. Bovendien is een bepaling toegevoegd die de mogelijkheid creëert om bij AMvB categorieën van gevallen aan te wijzen waarbij geen of slechts gedeeltelijk aanspraak op vergoeding bestaat vanwege het normaal maatschappelijk risico (art. 15.6 lid 2 Ow). In paragraaf 3.2 gaan we in op de vraag of er een noodzaak is om het forfait bij wet aan te passen. Hoewel wij met de minister menen dat een aanpassing van het forfait gewenst is, schiet de beoogde regeling in haar huidige vorm tekort op het punt van de rechtsbescherming. Daarom doen we in paragraaf 3.3 een eigen voorstel voor een regeling die een meer genuanceerde rechterlijke toets mogelijk maakt.

### 3.2 Is er een noodzaak tot verandering?

Allereerst moet worden opgemerkt dat de *functie* die de minister aan het forfait wenst toe te kennen fundamenteel verschilt ten opzichte van de wijze waarop het forfait in de Wro is neergelegd. Het 2%-forfait heeft, volgens de toelichting bij het amendement waarbij het forfait werd verlaagd van 5% naar 2%, de functie dat een zekere drempel gehandhaafd dient te blijven ‘om bagatelzaken onaantrekkelijk te maken’.<sup>41</sup> Dit forfait dient, met andere woorden, vooral om procedures over relatief geringe schades te voorkomen, door deze bij voorbaat aan te merken als een normaal maatschappelijk risico. Een vast forfait van 5% dat altijd voor rekening van de benadeelde blijft, vervult een heel andere functie. Dit forfait beoogt om voor het grootste deel van de indirecte planschades uitputtend weer te geven wat bij waardevermindering het normaal maatschappelijk risico is dat burgers ten gevolge van omgevingsrechtelijke maatregelen hebben te dragen. Die andere functie zien we ook terug in de wijze waarop de minister dit forfait motiveert. De keuze om dit percentage op 5% te stellen motiveert de minister met de stelling dat 5% ‘de grens van matige schade’ vormt.<sup>42</sup> Daarbij wijst de minister op de vaste praktijk, waarbij deskundigenbureaus controlepercentages hanteren om te bezien of een door hen als ‘licht’, ‘middelzwaar’ of ‘zwaar’ gekwalificeerde planschade ook aansluit op de getaxeerde procentuele waardevermindering. Hoewel deze percentages in de praktijk niet worden toegepast in het kader van de toets aan het normaal maatschappelijk risico, maar in het kader van de vaststelling van de schade, blijkt daaruit volgens de minister dat een 5%-waardevermindering een aanvaardbare ‘vertaling’ vormt van een ‘middelzware’ planschade. Daar valt ons inziens op zichzelf weinig op af te dingen.

Een noodzaak om iets te wijzigen is er alleen wanneer de huidige regeling tekortschiet. Wat zijn de problemen? De minister signaleert dat de uitkomst van schadeprocedures niet goed te voorspellen is wanneer niet gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om het normaal maatschappelijk risico nader in te vullen.<sup>43</sup> Het huidige

minimumforfait in de Wro zorgt volgens de minister weliswaar voor ‘enige duidelijkheid’, maar waarborgt feitelijk alleen dat kleinere schades niet voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>44</sup> Er is in haar visie behoefte aan een criterium waarbij alleen discussie kan ontstaan over de vergoedbaarheid van schade die boven de 5% uitstijgt, en daarmee als ‘bovenmatig’ kwalificeert. Bovendien zorgt het 2%-forfait, en de rechtspraak die op basis daarvan is gevormd, ervoor dat het bevoegd gezag telkens moet motiveren waarom de schade niet abnormaal is. Hoewel de rechter volgens de minister inmiddels op zich duidelijke criteria heeft geformuleerd, zijn deze ‘in het concrete geval (...) niet voorspelbaar omdat de criteria interpretatieruimte bevatten’.<sup>45</sup> Een 5%-forfait draagt dan ook bij aan de voorspelbaarheid van uitkomsten in nadeelcompensatieprocedures, aan de rechtszekerheid en aan de gelijke toepassing van het normaal maatschappelijk risico. Tot slot wijst de minister op de bijdrage die een 5%-forfait kan leveren aan het voorkomen van een verhoogde instroom van schadeverzoeken ten opzichte van het geldende recht. Zij verwacht kortom nogal wat te bereiken met dit forfait: meer voorspelbaarheid/rechtszekerheid, daardoor minder procedures, een minder hoge motiveringslast van bestuursorganen en een minder hoge instroom van schadeverzoeken. Hoewel zij stelt dat ook burgers gebaat zijn bij meer voorspelbaarheid en duidelijkheid, is het duidelijk dat vooral bestuursorganen en projectontwikkelaars financiële garen spinnen bij de voorstellen van de minister, terwijl burgers in veel meer gevallen dan voorheen de rekening van rechtmatige ontwikkelingen betalen.

Over de vraag of het wetsvoorstel slaagt in het vinden van een redelijke lastenverdeling verschillen wij met de minister van mening, maar wij delen haar observatie dat de wijze waarop het 2%-forfait in de praktijk fungeert op een aantal punten te wensen overlaat. Op basis van ons onderzoek naar drie jaar planschadejurisprudentie stelden wij eerder vast dat een minimumforfait van 2% ertoe leidt dat bestuursorganen voor schades die boven de 2% waardevermindering uitstijgen – en dat is de grote meerderheid van alle planschadeverzoeken – telkens moeten motiveren waarom de schade voor een groter deel tot het normaal maatschappelijk risico behoort.<sup>46</sup> Dat legt op bestuursorganen een relatief zware motiveringslast, zeker in het licht van onze observatie dat veel deskundigen tamelijk terughoudend zijn om bestuursorganen te adviseren substantieel hogere percentages dan 2% toe te passen. Een forfait dat ‘slechts’ als minimum – als bagateldrempel – was bedoeld, fungeert zo in de praktijk vaak als een uitputtende toets aan het normaal maatschappelijk risico, als een makkelijke ‘standaardaf trek’ om de onevenredigheid van het nadeel te verdisconteren – ook in situaties waarvan men zich kan afvragen of er niet een hoger normaal maatschappelijk

41. Kamerstukken II 2005/06, 28 916, nr. 17.

42. MvT, p. 125.

43. MvT, p. 24.

44. MvT, p. 2.

45. MvT, p. 25.

46. MvT, p. 25. Zie ook Van den Broek & Tjepkema 2015, p. 112.



risico zou moeten gelden.<sup>47</sup> Wat hier ook de oorzaak van is,<sup>48</sup> feit is dat deze praktijk geen recht doet aan het gegeven dat het normaal maatschappelijk risico een toets verlangt aan ‘alle relevante omstandigheden van het geval’, en evenmin aan de worteling van het planschade-recht in het *égalité*-beginsel. De vraag is bovendien of het op deze wijze door de bestuursrechter ‘finaal’ vaststellen van het normaal maatschappelijk risico de meest efficiënte wijze is om te bepalen hoe de lasten ten gevolge van rechtmatige maatregelen moeten worden verdeeld.

Bij de evaluatie van de huidige praktijk kan niet worden genegeerd dat de Afdeling in een aantal uitspraken duidelijkheid heeft geschapen over de situaties waarin een 5%-forfait kan worden toegepast. De Mook en Middelaar-uitspraak geeft, in samenhang met de uitspraak Rijsbergen van 2 maart 2016, een ‘categorie van gevallen’ aan waarin onder een aantal voorwaarden een forfait van 5% kan worden toegepast.<sup>49</sup> Het is nog te vroeg om te zeggen in hoeverre dit signaal door bestuursorganen in den lande wordt opgepikt. Feit is in elk geval dat er met enige regelmaat uitspraken verschijnen waarin bestuursorganen, toetsend aan de Mook en Middelaar-jurisprudentie, hogere forfaits toepassen, zoals drempels van 3%<sup>50</sup> en 4,8%.<sup>51</sup> Toch zien we soms ook nog de benadering waarbij het bestuursorgaan op basis van een advies op 2% gaat zitten en de Afdeling bestuursrecht-spraak eraan te pas moet komen om uit te maken dat een drempel van 5% aangewezen was. Een treffend voorbeeld is een recente zaak waarin het ging om de inbreiding van woningen in een woonkern in Gieten en het enkele gegeven dat de voorziene woningbouw op twintig meter zou worden geplaatst van bestaande woningen reden was voor het bestuursorgaan, om in navolging van een SAOZ-advies, een korting van 60% op het schadebedrag toe te passen. Uiteindelijk moest de Afdeling eraan te pas komen om te oordelen dat het in de rede

had gelegen om een forfait van 5% toe te passen.<sup>52</sup> Het beeld is dus wisselend, maar een zekere doorwerking van de Mook en Middelaar-jurisprudentie kan in de praktijk worden waargenomen.

Hoewel de Mook en Middelaar-jurisprudentie moet worden toegejuicht en wij ook met instemming vaststellen dat de bestuursrechter steeds vaker in de zaak voorziet door zelf de omvang van het normaal maatschappelijk risico vast te stellen, betekent een verdere ontwikkeling van dit leerstuk langs jurisprudentiële lijnen dat er stapje voor stapje meer duidelijkheid zal komen over de vraag welke percentages in welke situaties aangewezen zijn. Gelet op de grote mate van variëteit van relevante omstandigheden en de betrokkenheid van verschillende actoren (deskundigen, bestuursorganen en rechters) die niet noodzakelijkerwijs op één lijn zitten, is het aannemelijk dat het nog wel enige jaren zal duren alvorens uit de jurisprudentie duidelijke lijnen zullen zijn af te leiden. Voorts blijft hoe dan ook het uitgangspunt dat het aan het bestuursorgaan is om een hoger percentage dan 2% te motiveren. De uitspraak Mook en Middelaar heeft die motiveringsplicht niet substantieel verlicht, gelet op de vaagheid van de daaraan verbonden criteria. Wij hebben dan ook twijfels bij de stelling van Franssen c.s., die menen dat een rechterlijke uitspraak precies de functie kan vervullen waarvoor wij een wetswijziging nodig achten.<sup>53</sup> Het ‘uitstralingseffect’ van één rechterlijke uitspraak, hoe duidelijk die uitspraak op zichzelf genomen ook is, zal nooit hetzelfde zijn als het effect van een in een formele wet neergelegd forfait, dat bestuursorganen duidelijkheid biedt dat zij een bepaald percentage waardevermindering in beginsel zonder nadere motivering voor rekening van de benadeelde mogen laten. Uitgaande van de wens van de wetgever om in meer gevallen duidelijkheid te bieden, valt dan ook begrip op te brengen voor de keuze om een hoger forfait in de Ow op te nemen dan het minimumforfait van 2%.

### 3.3 Een andere regeling van het forfait, maar hoe?

Voor een andere regeling van het normaal maatschappelijk risico in de Ow hoeft de minister niet ver te kijken. Qua systematiek zou zij zich kunnen laten inspireren door de wijze waarop in de praktijk van het nadeelcompensatierecht thans met omzetz drempels wordt gewerkt. Deze fungeren niet als bagateldrempel, maar als manier om door middel van een ‘eenvoudige’ toepassing van een wettelijke (of in een beleidsregel neergelegde) bepaling een in beginsel aanvaardbare, gemiddelde invulling te geven aan het normaal maatschappelijk risico. Zeker gelet op het feit dat planologische maatregelen, gemid-

47. Zie voor andere voorbeelden ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2502, AB 2016, 440 m.nt. Tjepkema (percentage van 2% wordt door de Afdeling bijgesteld naar 3%). Zie ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2487 voor een zaak waarin BenW in afwijking van het advies een waardedaling van 3,29% tot het normaal maatschappelijk risico rekent.

48. Wij noemden in ons preadvies ten eerste dat de betrokkenheid van draagplichtige derden (met wie een overeenkomst is gesloten om de schade te vergoeden) het bestuursorgaan niet aanspoort om de grenzen van het normaal maatschappelijk risico op te zoeken, ten tweede de wens aan de veilige kant te gaan zitten en zo procesrisico's te vermijden (niet altijd terecht, gelet op het aantal succesvolle beroepen van draagplichtige derden) en ten derde het feit dat een praktijk van hoge forfaits zorgt voor verminderde noodzaak om deskundigen in te schakelen, zodat deskundigen zelf daarbij vaak niet gebaat zijn. Zie Van den Broek & Tjepkema 2015, p. 98.

49. ABRvS 1 juli 2015, AB 2016/214 en ABRvS 2 maart 2016, AB 2016/215 m.nt. Van den Broek en Tjepkema.

50. ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:143, OGR-Updates.nl 2016, 21 m.nt. Van den Broek en ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:858.

51. ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1472.

52. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2543. Ook de zaken Mook en Middelaar en Rijsbergen verliepen aldus; zie voor een ander recent voorbeeld ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2502, AB 2016/440 m.nt. Tjepkema (percentage van 2% wordt door de Afdeling bijgesteld naar 3%). Zie voor een zaak waarin BenW in afwijking van het advies een waardedaling van 3,29% tot het normaal maatschappelijk risico rekent ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2487.

53. T.W. Franssen, B.J.P.G. Roozendaal & S.A.L. van de Sande, Naschrift, NTB 2016, p. 155.

deld genomen, een niet minder ‘normale maatschappelijke ontwikkeling’ zijn dan infrastructurele maatregelen, ligt het voor de hand om te bezien of het planschaderecht ook in dit opzicht gelijk met het nadeelcompensatierecht kan optrekken. Het voorstel dat wij in ons preadvies hebben gedaan en dat we hier nog eens onder de aandacht brengen, is dat de wetgever een percentage van 5% in de wet opneemt, en daarbij de mogelijkheid openlaat dat een lager forfait wordt toegepast, mits de *aanvrager* aannemelijk maakt dat een lager percentage is aangewezen. De in dat verband relevante omstandigheden kunnen worden ontleend aan de Heiloo- en Mook en Middelaar-uitspraken (lijn der verwachtingen, structuur van de omgeving enzovoort). Gaat het om percentages *hoger* dan 5% waardevermindering, dan zou het aan het bestuursorgaan zijn om te motiveren waarom ook die schade tot het normaal maatschappelijk risico zou behoren. De keuze voor 5% als ‘kantelpunt’ kan niet met harde juridische argumenten worden verdedigd, maar gelet op de ontwikkelingen in de jurisprudentie en de classificatie van 5% als een ‘middelzware’ planschade die deskundigen vaak aan dat percentage geven, valt daar veel voor te zeggen. In onze visie zou de navolgende tekst een beter alternatief zijn voor het thans voorgestelde art. 15.6 Ow:

1. ‘Als schade bestaat uit waardevermindering van een onroerende zaak, wordt van die schade in ieder geval een deel ter grootte van vijf procent van de waarde van de onroerende zaak aangemerkt als behorend tot het normale maatschappelijke risico als bedoeld in artikel 4:126, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, tenzij de waardevermindering het gevolg is
  - a. van een op de onroerende zaak of activiteit betrekking hebbende regel in het omgevingsplan, zijnde een regel als bedoeld in artikel 4.1, eerste lid, of 4.2, eerste lid;
  - b. van een op de activiteit betrekking hebben de regel in een waterschapsverordening of omgevingsverordening, zijnde een regel als bedoeld in artikel 4.1;
  - c. van een op de activiteit betrekking hebbende regel in een algemene maatregel van bestuur, zijnde een regel als bedoeld in artikel 4.3.
2. Het bestuursorgaan verlaagt het in het eerste lid genoemde percentage wanneer de schade ten gevolge van een van de in artikel 15.1, eerste lid, genoemde schadeoorzaken niet in de lijn der verwachtingen ligt, mede gelet op de aard van de maatregel, de mate waarin deze past binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving, het gevoerde planologische beleid en de overige omstandigheden van het geval.
3. Een percentage van [2% of 3%] van de waarde van de onroerende zaak blijft in elk geval voor rekening van de aanvrager.’

Duidelijk is dat dit voorstel de motiveringsplicht van bestuursorganen aanmerkelijk verlicht. Zij hoeven

slechts naar art. 15.6 lid 1 Ow te verwijzen om te argumenteren dat een schade die onder het forfait blijft niet wordt vergoed. Daarmee geeft dit voorstel, anders dan het huidige minimumforfait, het duidelijke signaal af dat lichte en middelzware planschades in beginsel voor rekening van de burger dienen te komen, maar incorporeert het eveneens de mogelijkheid dat bijzondere omstandigheden kunnen leiden tot verlaging van het standaardforfait van 5%. In het artikel wordt niet uitdrukkelijk bepaald dat de aanvrager de bewijslast ten aanzien van die bijzondere, in het tweede lid genoemde factoren draagt. Gelet op de bewijsrechtelijke jurisprudentie is het echter aannemelijk dat de bestuursrechter deze bepaling in die zin zal uitleggen. Omdat het in dit soort gevallen gaat om besluiten op aanvraag, volgt uit de bewijsrechtelijke jurisprudentie dat het, gelet op art. 4:2 Awb, aan de aanvrager is om feiten en omstandigheden aan te dragen die het bestuursorgaan nodig heeft om op het verzoek om schadevergoeding te beslissen. Hij dient aan te tonen dat hij daadwerkelijk voor de uitzondering op de in het eerste lid vooropgestelde hoofdregel in aanmerking komt.<sup>54</sup>

Toegevoegd is een derde lid met een minimumforfait van 2% of 3%. Een voordeel van een keuze voor 2% zou zijn dat dit aansluit op de huidige jurisprudentie. Gelet op de praktijk om percentages van 1–3% als ‘lichte’ planschade aan te merken, zou een minimumforfait van 3% echter evenzeer verdedigbaar zijn, en heeft dit zelfs als aanvullend voordeel dat voor een grotere categorie van gevallen duidelijk is welk percentage in elk geval als normaal maatschappelijk risico voor eigen rekening dient te komen.

Niet is opgenomen de thans in art. 15.6 lid 2 Ow neergelegde bepaling dat bij AMvB gevallen kunnen worden gewezen waarin schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde blijft. Curieus is dat in de wettekst wordt gesteld dat het in die gevallen zou gaan om schade die in elk geval voor rekening van de aanvrager blijft ‘als bedoeld in artikel 4:126 lid 2 Awb’. Uit de toelichting wordt duidelijk dat gedacht wordt aan gevallen waarin *uit hoofde van het normaal maatschappelijk risico* bepaalde schades per definitie geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde blijven.<sup>55</sup> Art. 4:126 lid 2 Awb verwijst echter niet naar het normaal maatschappelijk risico, maar naar risicoaanvaarding, de schadebeperringsplicht, eigen schuld en het anderszins verzekerd zijn van de schade als factoren die ertoe kunnen leiden dat niet alle schade wordt vergoed. Wij nemen aan dat bedoeld is te verwijzen naar art. 4:126 lid 1 Awb. Ook wanneer art. 15.6 lid 2 Ow in deze zin zou worden aangepast, zijn de problemen echter niet de wereld uit, nu het niet aan te raden is om in een wettelijk voorschrift categorisch per *schadeoorzaak* te bepalen welke schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort. Wat er ook zij van het feit dat bepaalde schadeoorzaken zeer

54. Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 141.

55. MvT, p. 126.

‘normaal’ zijn, het is altijd denkbaar dat zich omstandigheden voordoen die voor afwijking van de hoofdregel pleiten. De verwijzing in de MvT naar bouwwerken die vergunningsvrij worden als mogelijk ‘nader te regelen’ categorie vinden wij niet overtuigend, nu uit die jurisprudentie niet blijkt dat de schade in die gevallen niet uit hoofde van het normaal maatschappelijk risico voor eigen rekening van de benadeelde zou moeten blijven, maar vanwege het feit dat de mogelijkheid om vergunningsvrij te bouwen niet valt onder de in art. 49 Wro genoemde schadeveroorzakende besluiten.<sup>56</sup>

Een kritiekpunt dat dit voorstel bij Procee en Reijnders heeft ontlokt, is dat de verschuiving van een op het bestuursorgaan rustende motiveringsplicht naar een op de burger rustende bewijslast niet zou stroken met het feit dat de invulling van het normaal maatschappelijk risico primair aan het bestuursorgaan is.<sup>57</sup> Wij kunnen deze kritiek niet plaatsen. Het is in het nadeelcompensatierecht een algemeen aanvaard uitgangspunt dat het bestuursorgaan invulling geeft aan het normaal maatschappelijk risico naar aanleiding van een aanvraag waarin de *benadeelde* aanvoert waarom hij onevenredig getroffen is. Te wijzen valt op de systematiek inzake De Wouwse Tol, waaruit volgt dat bestuursorganen standaarddrempels kunnen hanteren, maar *zij op basis van door de benadeelde aan te voeren omstandigheden* (die onder meer betrekking kunnen hebben op een bijzondere kostenstructuur) moeten nagaan of een lagere drempel aangewezen is.<sup>58</sup> Waarom voor het planschaderecht niet een vergelijkbaar systeem zou kunnen worden gehanteerd, valt niet in te zien.

De wetgever zal op ons voorstel wellicht willen afdingen dat nog steeds discussie mogelijk is over de onevenredigheid van het nadeel. Die mogelijkheid past echter bij de ‘rechtsontwikkeling op het gebied van het normale maatschappelijke risico’, waarbij de minister stelt aan te willen sluiten.<sup>59</sup> Dit is voor ons een wezenlijk punt. Wat wij in de toelichting missen, is een duidelijke rechtvaardiging voor het uitgangspunt dat het onder alle omstandigheden redelijk zou zijn om middelzware planschades voor rekening van de burger te laten. Immers, uit de jurisprudentie blijkt dat de enkele omvang van de waardevermindering niet bepalend is, maar slechts één gezichtspunt is, dat moet worden afgezet tegen andere factoren. Wanneer een bestuursorgaan immers in weerwil van een jaren gevoerd beleid een planologische ontwikkeling op een niet-voorzienbare plaats of op een niet-voorzienbare wijze ten uitvoer legt, waarom zou het dan redelijk zijn een in omvang ‘middelzware’ planschade altijd voor rekening van de gelaedeerde te laten? De stel-

ling dat een verhoging van het forfait ertoe leidt dat burgers in gelijke mate de lasten van nieuwe ontwikkelingen dragen,<sup>60</sup> kan zo bezien niet dienen ter rechtvaardiging van een minimumforfait van 5%, aangezien de omstandigheden waaronder ‘nieuwe ontwikkelingen’ tot stand komen, verschillen en benadeelden daardoor op uiteenlopende wijze worden getroffen. Ook de zeer algemene stelling dat een minimumforfait van 5% zou aansluiten op de verbrede reikwijdte van het omgevingsplan en de ‘aanzienlijke opgaven waarvoor Nederland op het gebied van infrastructuur en gebiedsontwikkeling (energietransitie, transformatie en krimp) staat’, kan ons niet overtuigen van de juistheid van een regeling die de burgers hiervoor eenzijdig de rekening laat betalen.

### 3.4 Directe planschade en normaal maatschappelijk risico

Een opmerkelijk verschil met de huidige regeling van planschade is dat de minister het normaal maatschappelijk risico ook wil toepassen bij directe planschade – situaties dus waarin de waardevermindering het gevolg is van een wijziging van het planologische regime dat van toepassing is op het eigen perceel van benadeelde. Een argument om directe planschade anders te behandelen dan indirecte planschade is dat bij directe planschade de ‘defensieve’ functie van eigendom in sterkere mate in de richting van een vergoeding wijst. Het gaat immers om een (juridische) inbreuk van overheidswege op het eigen perceel, waarbij de overheid dit perceel, of een deel daarvan, ten behoeve van het algemeen belang gaat benutten. Een dergelijke inbreuk gaat verder en is in de regel ingrijpender dan een geval van indirecte planschade, waar de mogelijkheid om naar eigen goeddunken van het perceel gebruik te maken, gehandhaafd blijft en van een permanente gebruiksbepaling geen sprake is. Dit verschil is voor sommigen<sup>61</sup> zelfs aanleiding geweest om gevallen van directe planschade niet anders te beoordelen dan wanneer een onteigening aan de orde zou zijn. Tussen beide figuren zou slechts een ‘gradueel’ verschil bestaan. Die andere mate van beschermingswaardigheid van directe versus indirecte planschade was ook voor de wetgever doorslaggevend, toen in 2002 werd besloten om het minimumforfait niet toe te passen op directe planschade. Daarbij speelde mogelijk vrees voor strijd met art. 1 EP EVRM een rol.<sup>62</sup> In de toelichtende stukken is het vergeefs zoeken naar enige toelichting waarom nu een geheel andere koers wordt gekozen. Wij willen vooropstellen dat wij met de wetgever menen dat ook bij directe planschade het normaal maatschappelijk risico een rol kan spelen. Zo kan ook in dit soort situaties sprake zijn van een ontwikkeling die in de ‘lijn der verwachtingen’ ligt. Denk aan het geval dat er een kenbare maatschappelijke of bestuurlijke tendens is om bebouwing tegen te gaan en juist meer groenvoorzieningen te creëren (vergelijk de factor ‘ruimtelijk beleid’). Wanneer dit in de omgeving al ver-

56. MvT, p. 126.

57. Noot bij ABRvS 4 mei 2016, Gst. 2016/136 (Ondergrondse afvalcontainers).

58. Zie bijv. ABRvS 15 juni 2016, AB 2016/363 m.nt. Tjepkema, waarin de Afdeling overweegt: ‘Voor de drempel van 8% bij schade als gevolg van reguliere infrastructurele werkzaamheden geldt geen verhoogde motiveringsplicht. AH Cassandraplein heeft gesteld noch aannemelijk gemaakt dat de kostenstructuur en de verhouding tussen de kosten en omzet van de bedrijven in de weg staat aan toepassing van een drempel van 8%.’

59. MvT, p. 126.

60. MvT, p. 25.

61. Zie bijv. G.J. de Groot, Vergoeding van planschade (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1982, p. 59 e.v.

62. Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 33, p. 63 en 114.

schillende keren tot bestemmingswijzigingen en/of het opleggen van bouwverboden heeft geleid, kan dit meewegen bij de vraag of de eigenaar onevenredig zwaar wordt belast. Het enkele feit dat er sprake is van directe planschade betekent dan ook niet per definitie dat een recht op vergoeding, laat staan een volledige vergoeding, bestaat.

Over eventuele strijd met art. 1 EP EVRM valt op te merken dat wij het gelet op de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof niet aannemelijk achten dat een 5%-forfait bij directe planschade in strijd met art. 1 EP EVRM zal worden bevonden. Dat hangt samen met de ruime *margin of appreciation* die het Straatsburgse Hof aan de nationale autoriteiten gunt op het terrein van de ruimtelijke ordening.<sup>63</sup> Dat laat onverlet dat de nationale autoriteiten ook zelf een afweging moeten maken en dat de Straatsburgse ‘margin’ niet zonder meer leidend hoeft te zijn voor het oordeel van de nationale rechter.<sup>64</sup> Hoewel het hanteren van een minimumforfait van 5% bij directe planschade waarschijnlijk de Straatsburgse toets zal kunnen doorstaan, kan de wetgever, maar ook de rechter op basis van zuiver nationaalrechtelijke argumenten ervoor kiezen om bij dit type schade sneller tot een vergoedingsplicht van de overheid te komen.

In dat verband willen wij in elk geval opmerken dat aan de praktijk noch aan de jurisprudentie enig sterk argument kan worden ontleend om bij directe planschade een minimumforfait van 5% voor rekening van de eigenaar te laten. De zeer schaarse jurisprudentie over de toepassing van het normaal maatschappelijk risico bij directe planschade laat zien dat in één situatie het normaal maatschappelijk risico werd verdisconteerd door een korting van 10% op het schadebedrag toe te passen, omdat de planologische ontwikkeling, gelet op de structuur van de omgeving, gedeeltelijk in de lijn der verwachtingen lag.<sup>65</sup> In een recentere zaak werd een korting op de tegemoetkoming van 50% van de waardevermindering toegepast, waarbij echter de bijzondere omstandigheid meespeelde dat er sprake was van in erfpacht uitgegeven grond.<sup>66</sup> Wij menen dat die zaak niet zonder meer representatief kan zijn voor alle gevallen waarin sprake is van directe planschade.

Gelet op de huidige stand van de rechtsontwikkeling is het naar ons idee simpelweg te vroeg om ook voor directe planschade een minimumforfait van 5% te kiezen. Een prominente rol van het normaal maatschappelijk risico ligt bij dit type schade bovendien minder voor de hand aangezien in de jurisprudentie andere criteria zijn ontwikkeld, die niet zozeer zien op de ‘lijn der verwachtingen’, maar op de vraag of de eigenaar kan worden verweten dat hij, hoewel het hem duidelijk had moeten zijn dat er een planologische verslechtering zat aan te komen, de bestaande gebruiksmogelijkheden niet heeft

benut. Een minimumforfait van bijvoorbeeld 2% of 3% zou hier eventueel wel kunnen worden toegepast, maar zet ook weinig zoden aan de dijk, aangezien directe planschades daar vrijwel altijd boven zullen uitstijgen. Een eventuele ‘zeeffunctie’ zal bij directe planschade dus veel minder effect hebben. Ook gelet op het relatief geringe aantal gevallen waarin sprake is van directe planschade zien wij voorts niet in welke substantiële bijdrage een hoog minimumforfait voor dit type zaken aan de door de minister beoogde doelen zal leveren. Het verdient aanbeveling de rechtsontwikkeling op dit punt op haar beloop te laten en een eventueel forfait alleen toe te passen op indirecte planschade. Sterke nationaalrechtelijke argumenten vóór een 5%-forfait bij directe planschade zijn er ons inziens niet.

## 4 Conclusie

De beoogde nadeelcompensatieregeling in de Ow bevat ingrijpende wijzigingen van het huidige planschadestelsel. Wij constateren dat het huidige planschaderecht weliswaar gebreken vertoont, maar dat de voorgestelde nadeelcompensatieregeling in afdeling 15.1 Ow voor niemand een aantrekkelijk alternatief vormt. Niet voor de woningeigenaar die gedurende een langere periode geconfronteerd wordt met schaduwshade en meer schade zelf zal moeten dragen in verband met de 5%-drempel, niet voor bestuursorganen die gedurende een veel langere periode rekening moeten houden met nadeelcompensatieverzoeken, en ook niet voor ondernemers die vergunningsvrije activiteiten verrichten en bij de melding of start van een nieuwe activiteit een schadevergoedingsovereenkomst moeten tekenen.

Om die reden stellen wij enkele verbeteringen van het wetsvoorstel voor. Wij vatten een en ander tot slot nog puntsgewijs samen.

- Het wetsvoorstel beoogt de aanvang van de aansprakelijkheid door te schuiven, in die gevallen waarin sprake is van (indirecte) schade door het verrichten van een vergunningplichtige of vergunningsvrije activiteit. Daardoor zou de planschade geen belemmering meer zijn voor het vaststellen van omgevingsplannen met een globalere opzet. Naar onze mening is de planschadevergoeding niet de enige reden waarom gemeenten in bepaalde gebieden kiezen voor het opstellen van meer gedetailleerde bestemmingsplannen. In navolging van Groothuijse e.a. adviseren wij gemeenten om de vaststelling van een globaal omgevingsplan te koppelen aan een nader afwegingsmoment ten tijde van de realisatie van een project, in de vorm van een appellabel besluit. Wij achten het niet onredelijk dat de schadevergoeding naar zo’n besluit, bijvoorbeeld een omgevingsvergunning, wordt doorgeschoven.
- De wetgever zou dan wel een voorziening moeten treffen voor die gevallen waarin een belanghebbende aannemelijk kan maken dat ernstige schade is geleden ten gevolge van een concreet en bekendgemaakt

63. Zie bijv. EHRM 13 november 2008, appl.nr. 11838/06, AB 2009/7 m.nt. Barkhuysen en Tjepkema (Frijns) en ECRM 7 april 1994, appl.nr. 21022/92 (Berger/Oostenrijk).

64. Zie N. Jak & J. Vermont, *De Nederlandse rechter en de margin of appreciation*, NJCM 2007, p. 125-140.

65. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1200.

66. ABRvS 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:18.

beleidsvoornemen of als gevolg van de voorbereiding van een schadeveroorzakend besluit (schaduwschade).

- Het doorschuiven van de schadevergoeding naar de melding of uitvoering van vergunningsvrije activiteiten roept zoveel dogmatische en praktische bezwaren op, dat het geen aantrekkelijk alternatief is voor de huidige planschaderegeling. Wij stellen voor om art. 15.2 en 15.4 lid 2 Ow te schrappen.
- Wij delen de mening van de minister dat een aanpassing van het wettelijke minimumforfait voor de toepassing van het normaal maatschappelijk risico noodzakelijk is. Een vast forfait in de vorm van 5% van de waarde, dat van toepassing is in alle gevallen van (directe en indirecte) schade, vindt echter geen steun in de jurisprudentie en biedt geen mogelijkheid om recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Wij stellen voor dat de wetgever een percentage van 5% in de wet opneemt en daarbij de mogelijkheid openlaat dat dit forfait wordt verlaagd op basis van door de aanvrager aan te voeren omstandigheden.
- De minister zou ook in de Ow een minimumforfait moeten opnemen en zou in overweging kunnen nemen om dit te verhogen naar 3%.
- Het forfaitair normaal maatschappelijk risico dient, net als in de Wro het geval is, niet te worden toegepast op gevallen van directe planschade. Voor die gevallen volstaan de thans in de jurisprudentie voorgestelde criteria.