Mr. dr. G.M. van den Broek[1]

Actualiteiten nadeelcompensatie in het omgevingsrecht 2017: een leerstuk in ontwikkeling

M en R 2017/105

1. Inleiding

In de afgelopen decennia zijn de mogelijkheden voor burgers en ondernemers om bij de overheid een verzoek om nadeelcompensatie in te dienen verruimd. Wetgever, rechter en bestuursorganen hebben erkend dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die een burger lijdt door een (in beginsel) rechtmatige overheidshandeling. Deze overheidsaansprakelijkheid wordt gebaseerd op het ongeschreven beginsel van de "égalite devant les charges publiques" (hierna: égalitébeginsel).[2] Er is in de bestuursrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen jaren een convergerende tendens waarneembaar: de bestuursrechter lijkt te streven naar de ontwikkeling van één stelsel van nadeelcompensatie, gebaseerd op het égalitébeginsel. Dit is mogelijk gemaakt door de codificatie van het normaal maatschappelijk risico in de planschaderegeling van de Wro (2008). Voorheen werden 'planschade' en 'nadeelcompensatie' nog beschouwd als twee gescheiden stelsels: planschade werd gebaseerd op de materiële rechtszekerheid van art. 49 WRO en nadeelcompensatie werd gebaseerd op het (ongeschreven) égalitébeginsel. De codificatie van het normaal maatschappelijk risico in art. 6.2 Wro gaf een impuls tot uniformering van de jurisprudentie inzake de toepassing van het normale maatschappelijke risico. Mede dankzij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn beide stelsels inhoudelijk sterk naar elkaar toegegroeid.[3]

Dat de mogelijkheden voor de burger om een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen bij een bestuursorgaan in de afgelopen jaren zijn toegenomen, betekent niet dat er ook vaker een schadevergoeding wordt toegekend. De materiële criteria die de omvang van de schadevergoeding bepalen, zijn aangescherpt en bovendien toetst de bestuursrechter de nadeelcompensatiebesluiten indringender dan voorheen gebruikelijk was.[4]

De convergerende en uniformerende tendens beperkt zich vooralsnog tot de materiële criteria voor de toekenning van nadeelcompensatie. Hoewel de wetgever reeds in 2013 had gekozen voor een uniforme nadeelcompensatieregeling in de Awb, is deze wet bij gebreke van invoeringswetgeving nog steeds niet in werking getreden.[5] Ondanks het feit dat de discussie over de rechtsgrondslag van nadeelcompensatie is beëindigd, blijft het doolhof van nadeelcompensatieregelingen dus voortbestaan. Bovendien blijkt uit het voorstel voor een nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet dat op 5 januari jl. in consultatie ging, dat de Minister van IenM de doelstellingen van de Awb-wetgever om rechtseenheid te creëren door middel van een uniforme regeling voor nadeelcompensatie in de Awb niet onderschrijft.

In deze bijdrage zullen de naar mijn mening op dit moment belangrijkste trends en discussiepunten op hoofdlijnen worden besproken en becommentarieerd. Het betreft de discussie over de vraag of een algemene nadeelcompensatieregeling met een ruim toepassingsbereik ook voor het omgevingsrecht zou kunnen gelden (§ 2) en de convergerende tendens in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico (§ 3).

2. Discussie: (G)een uniforme nadeelcompensatieregeling in de Awb?

2.1 *Een ruim of beperkt toepassingsbereik?*

In 2015 heb ik met Tjepkema de kenmerken van het huidige nadeelcompensatiestelsel in het omgevingsrecht beschreven.[6] Bij gebreke van de inwerkingtreding van de nadeelcompensatieregeling in de Awb, die weliswaar in 2013 in het Staatsblad werd gepubliceerd maar nog niet in werking is getreden, is sprake van een versnipperd stelsel waarin veel – maar lang niet alle – wetten in formele zin een eigen nadeelcompensatieregeling bevatten.[7] Daarnaast hebben veel bestuursorganen zelf nadeelcompensatieregelingen vastgesteld, in aanvulling op de formeel-wettelijke schaderegelingen. Bekende voorbeelden zijn de beleidsregeling van het Ministerie van IenM en de algemene nadeelcompensatieverordening van de gemeente Amsterdam.[8] Ten

1 Mr. dr. G.M. (Berthy) van den Broek is docent bij de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht en is als onderzoeker verbonden aan de onderzoeksgroepen UCWOSL en UCALL.

2 Een overzicht van de ontwikkeling van het stelsel van nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel is o.a. te vinden in R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune? (I)', *Gst.* 2002-7160, 1 en M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

3 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, hfdst. 1 en § 3.3. ABRvS 2 maart 2016, *AB* 2016/215, m.nt. Tjepkema en Van den Broek; ABRvS 15 juni 2016, *OGR-Updates.nl* 2016-0135, m.nt. G.M. van den Broek.

4 G.M. van den Broek, 'De toekomst van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht. Ruime reikwijdte van de regeling – beperkte toekenning van schadevergoeding!', *TO* december 2012, nr. 4, p. 95-107; ABRvS 21 september 2016, *AB* 206/440, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

5 Zie hierover nader H.J.M. Besselink en J.S. Procee, 'Een algemene nadeelcompensatieregeling, ook in het omgevingrecht', *TO* 2015/2.

6 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, hfdst. 1 en 2.

7 *Stb.* 2013, 50.

8 Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014, *Stcrt.* 2014, 16584; Algemene Verordening Nadeelcompensatie Amsterdam, *Gemeenteblad* 2012, afd. 3A, nr. 19/68.

slotte heeft de bestuursrechter erkend dat het ongeschreven égalitébeginsel een aanvullende bevoegdheid biedt voor bestuursorganen om een besluit te nemen op een verzoek om nadeelcompensatie. Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter hebben erkend, dat een bestuursorgaan op grond van het beginsel van de "égalité devant les charges" het égalitébeginsel aansprakelijk kan zijn voor schade die ontstaat in het kader van de (op zichzelf) rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Door de jaren heen is een stelsel van wettelijke en buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen ontstaan dat door velen wordt geassocieerd met een doolhof.[9]

In formeel-wettelijke regelingen wordt doorgaans een recht op schadevergoeding toegekend aan degene die meent dat hij als gevolg van een in de regeling nader aangeduide schadeoorzaak schade lijdt welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven. Het is gebruikelijk dat in een dergelijke regeling een limitatieve lijst van schadeoorzaken is opgenomen, die aanleiding kunnen geven tot een verzoek om schadevergoeding. Meestal staan er op de lijst slechts besluiten die burgers rechtstreeks binden. Dat betekent dat de meeste wettelijke nadeelcompensatieregelingen een beperkte reikwijdte hebben, waarmee wordt bedoeld dat slechts ten aanzien van de schade die (beweerdelijk) is veroorzaakt door specifiek in de regeling aangeduide besluiten en maatregelen een aanvraag om nadeelcompensatie kan worden ingediend bij het bevoegde bestuursorgaan.

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 een vergoeding wordt toegekend, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet heel te zijnen laste behoort te blijven. Deze nadeelcompensatieregelingen hebben een ruime reikwijdte, wat betekent dat de schadeoorzaken ten aanzien waarvan een aanvraag kan worden ingediend niet specifiek zijn aangeduid. Een bekend recent voorbeeld hiervan is art. 7.14 Waterwet, waarin een recht op nadeelcompensatie in het vooruitzicht wordt gesteld 'aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden'.[10] De beleidsregel van het Ministerie van IenM heeft een vergelijkbare reikwijdte.[11]

Het nog niet in werking getreden art. 4:126 Awb heeft eveneens een ruim toepassingsbereik. Als schadeveroorzakende gebeurtenis noemt art.4:126 Awb 'de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak'. Deze ruime reikwijdte past 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 ten gevolge van rechtmatig overheidsoptreden vergoed te krijgen.[12] Op dit punt beoogt de Awb-wetgever een harmonisatie van de diverse wettelijke en buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen.

De wetgever stemde in 2013 nog in met deze (fundamentele) doelstelling.[13] Bovendien stelde de regering zich destijds op het standpunt dat een systeem van limitatieve wettelijke lijsten in bijzondere wetgeving niet meer mogelijk zou zijn na inwerkingtreding van de nadeelcompensatieregeling in de Awb. De invoering daarvan liep echter vertraging op, vanwege het ruime toepassingsbereik van de Awb-regeling. Bestuursorganen vreesden een toename van het aantal aanvragen, mede vanwege het laagdrempelige karakter van de bestuursrechtelijke procedures.[14] Bovendien ontstond discussie over de verhouding tot de planschaderegeling.[15]

Uit de consultatieversie van het wetsvoorstel voor een nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet (afdeling 15.1) blijkt dat de regering niet alleen kiest voor een afzonderlijke regeling in de Omgevingswet maar – in afwijking van art. 4:126 Awb – ook voor de klassieke benadering van het limitatieve lijstje van schadeoorzaken, waarop uitsluitend besluiten zijn vermeld die voor burgers een rechtstreekse juridische binding hebben.[16]

Zoals ik eerder met Tjepkema heb betoogd, zal een wettelijke regeling in de Omgevingswet met een limitatieve lijst van schadeoorzaken waarop alleen juridisch bindende besluiten staan de rechtsontwikkeling van het leerstuk van de nadeelcompensatie terugdraaien tot de stand van zaken van het midden van de vorige eeuw. De hiervoor beschreven ontwikkelingen die tot een ruimere bevoegdheid van de bestuursrechter in nadeelcompensatiezaken hebben geleid, worden door de regering genegeerd. In het al eerdergenoemde preadvies heb ik met Tjepkema beargumenteerd dat een uniforme nadeelcompensatieregeling in de Awb nog steeds onze de heeft mits enkele aanpassingen worden doorgevoerd om de knelpunten op te lossen die gepaard gaan met de ruime reikwijdte van art. 4:126 Awb.[17]

9 B.J. Schueler, 'Een doolhof met vertakkingen. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?', *O&A* 2007/26 (p. 55-63); K.J. de Graaf en A.T. Marseille, 'Een weg uit de doolhof? Het Voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen', *NJB* 2007/1682; B.P.M. van Ravels, 'Het nadeelcompensatiedoolhof', *JBplus* 2009, p. 130-161. F.D. Engelhard, G.M. van den Broek, F. de Jong, A.L.M. Keirse, E.N.F.M. de Kezel, Let's Think Twice before We Revise! 'Égalité' as the Foundation of Liability for Lawful Public Sector Acts, *Utrecht Law Review*, Vol. 10, No. 3, p. 55-76, June 2014.

10 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, hfdst. 2.

11 Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014, *Stcrt*. 2014/16584.

12 G.M. van den Broek, 'Eén uniforme nadeelcompensatieregeling in de Awb?', in: *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, red. A.A.J. de Gier, H.F.M.W. van Rijswick e.a., Deventer: Kluwer 2011.

13 *Stb*. 2013, 50.

14 J.R.C. Tieman en H.H.L. Krans, 'Nogmaals nadeelcompensatie. Het Voorontwerp nadeelcompensatie bezien vanuit overheidsperspectief', *NTB* 2010/15; J.R.C. Tieman, 'Regeling van nadeelcompensatie in de Awb: zwart-wit of full colour?', in: M.K.G. Tjepkema en W. den Ouden e.a., *Coulant Compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012.

15 B.P.M. van Ravels, 'De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2013/2.

16 In de toelichting op het wetsvoorstel wordt expliciet overwogen dat de afbakening van schadeoorzaken in art. 15.1 Omgevingswet limitatief en exclusief is bedoeld.

17 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, hfdst. 4.

2.2 *Een afzonderlijke regeling voor nadeelcompensatie in de Omgevingswet*

Het is duidelijk dat de doelstelling van een uniforme nadeelcompensatieregeling in de Awb wordt doorkruist door de wens van de regering om een aparte schaderegeling in de Omgevingswet op te nemen. Bovendien beoogt het voorstel voor een nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet ingrijpende wijzigingen van het huidige planschaderecht. De veranderingen worden door de regering noodzakelijk geacht in verband met het nieuwe karakter van het omgevingsplan. De meest ingrijpende wijzigingen betreffen (1) het 'doorschuiven' van de schadevergoeding van het omgevingsplan naar de verlening van de omgevingsvergunning, de melding of de feitelijke verwezenlijking van een activiteit; (2) het vervangen van de planvergelijking door een vergelijking met de feitelijke situatie; en (3) de verhoging van het wettelijke forfait voor het normaal maatschappelijk risico voor gevallen van 'indirecte schade' naar 5% van de waarde. De consultatieversie heeft geleid tot kritische reacties, niet alleen in het kader van de internetconsultatie maar ook in de literatuur. Gevreesd wordt dat het wetsvoorstel de uitvoeringspraktijk niet alleen complexer zal maken maar ook tot nieuwe problemen zal leiden en eigenlijk voor niemand een aantrekkelijk alternatief vormt voor het huidige planschadestelsel.[18] Het doorschuiven van de peildatum voor de schade leidt volgens Planken en Hazen tot meer rechtsonzekerheid bij de burger, omdat hij langer in onzekerheid verkeert over het antwoord op de vraag of en zo ja, wanneer een planologische mogelijkheid van het omgevingsplan wordt verwezenlijkt. Aangezien een burger niet meteen wanneer een bestemmingsplan onherroepelijk wordt een aanvraag kan indienen, zal het probleem van de schaduwschade groter worden dan onder de Wro.[19] De minister wil geen generieke regeling opnemen voor schaduwschade en dat wordt door velen gezien als een gemiste kans.[20] Nijmeijer vreest dat het verschuiven van het schademoment zal leiden tot meer gefragmenteerde aanvragen om nadeelcompensatie. Dit zal een aanzienlijke lastenverzwaring inhouden voor de rechtspraktijk.[21] Ten Have en Thoonen stellen dat de schadebepaling op basis van een feitelijke vergelijking in plaats van een juridische vergelijking van planologische regimes zal leiden tot meer aanvragen om nadeelcompensatie.[22] De verhoging van het forfait, tenslotte, biedt wel meer duidelijkheid aan de uitvoeringspraktijk, maar kan niet worden gebaseerd op de planschadejurisprudentie. Het relatief hoge forfait van 5% van de waarde van een woning dat ieder geval voor rekening blijft van de gelaedeerde, zal de omvang van de toe te kennen schadevergoedingen aanzienlijk reduceren. Planken en Hazen menen in dit verband dat het "sterker zou zijn geweest als de minister had erkend dat een politieke keuze is gemaakt voor het grotendeels afschaffen van vergoeding van indirecte planschade".[23]

Met Tjepkema heb ik een voorstel gedaan voor een regeling van het normaal maatschappelijk risico die de mogelijkheid omvat dat bijzondere omstandigheden kunnen leiden tot verlaging van het standaardforfait van 5%.[24]

3. Convergentie: toepassing van het normaal maatschappelijk risico

3.1 *Definitie van het normaal maatschappelijk risico*

Een benadeelde heeft op grond van het égalitébeginsel uitsluitend recht op een tegemoetkoming in de schade, wanneer sprake is van onevenredig nadeel. Nadeel is onevenredig als het drukt op een beperkte groep burgers of instellingen en uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico.[25] De voorwaarde, dat de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico van de burger, is gebaseerd op de gedachte dat iedere burger voor- en nadelen ondervindt van het leven in een geordende samenleving. Deelnemen aan het maatschappelijk leven draagt in zich dat men de lusten en de lasten daarvan aanvaardt. Voor zover sprake is van een als normaal te beschouwen last, behoort de burger deze zelf te dragen. Slechts indien de schade uitstijgt boven de als normaal te beschouwen last (het normaal maatschappelijk risico) komt deze voor vergoeding in aanmerking.[26] In de jurisprudentie van de afgelopen jaren heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de jurisprudentie belangrijke aanknopingspunten gegeven voor de afbakening van het normale maatschappelijke risico.

De Afdeling bestuursrechtspraak omschrijft in recente nadeelcompensatiejurisprudentie het normale maatschappelijke risico als volgt:

> "Bij het normaal maatschappelijk risico gaat het om algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee men rekening kan houden, ook al bestaat geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich zal concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel zullen voortvloeien."[27]

18 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, De regeling van Planschadevergoeding in de Omgevingswet. Ondoordachte voorstellen met rigoureuze gevolgen, *NJB* 2016/1942; G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, 'De nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet: geen aantrekkelijk alternatief voor het huidige planschadestelsel', *TO* 2017, p. 21-33. M.A.E. Planken en R.J.R. Hazen, 'De planschadevergoedingsregeling in de Omgevingswet. Oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5; A.G.A. Nijmeijer, 'Invoeringswet Omgevingswet: gefragmenteerde nadeelcompensatie omgevingsplan', *TBR* 2017/18.

19 M.A.E. Planken en R.J.R. Hazen, 'De planschadevergoedingsregeling in de Omgevingswet. Oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5.

20 H.P. Wiersema en C.M.L. van der Lee, 'Nadeelcompensatie in de Omgevingswet. Een verkenning op basis van de internetconsultatie Invoeringswet', *TBR* 2017/95.

21 A.G.A. Nijmeijer, 'Invoeringswet Omgevingswet: gefragmenteerde nadeelcompensatie omgevingsplan', *TBR* 2017/18.

22 T. ten Have en J.J. Thoonen, 'Nadeelcompensatie binnen de verbeterdoelen van de Omgevingswet', *BR* 2017/28.

23 M.A.E. Planken en R.J.R. Hazen, 'De planschadevergoedingsregeling in de Omgevingswet. Oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5.

24 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, 'De nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet: geen aantrekkelijk alternatief voor het huidige planschadestelsel', *TO* 2017, p. 21-33.

25 Zie ABRvS 6 mei 1997 (*Van Vlodrop*), *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren.

26 *Kamerstukken II* 2002/03, 28916, 3, p. 62.

27 G.M. van den Broek, 'De toekomst van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht. Ruime reikwijdte van de regeling – beperkte toekenning van schadevergoeding!', *TO* december 2012, nr. 4, p. 95-107.

Uit de omschrijving van de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden afgeleid dat het moet gaan om ontwikkelingen die passen binnen het 'normale verwachtingspatroon' of het 'normale patroon van verwachtingen en risico's' van een burger of ondernemer.[28] Het gaat om ontwikkelingen waarmee men in zijn algemeenheid rekening dient te houden, zonder dat deze voor het concrete geval zijn neergelegd in overheidsbeleid of -besluitvorming.

Het is interessant dat de Afdeling bestuursrechtspraak in de planschadejurisprudentie een omschrijving van het normaal maatschappelijk risico heeft gegeven die sterk doet denken aan de omschrijving van het normale maatschappelijke risico in de nadeelcompensatiejurisprudentie. In de bekende uitspraak van 29 februari 2012 hanteerde de Afdeling min of meer dezelfde omschrijving van het normaal maatschappelijk risico.[29] De volgende overweging van de Afdeling in de *Heiloo*-uitspraak kan inmiddels worden beschouwd als een standaardoverweging in de planschadejurisprudentie:

> "De vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de Wro tot het normale maatschappelijke risico behoort, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang is onder meer of de planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. In dit verband komt betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde planologische beleid past. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel."[30]

De beoordeling of er sprake is van een algemene maatschappelijke ontwikkeling waarmee men rekening kan houden, is de basis aan de hand waarvan vervolgens bepaald wordt of en zo ja in hoeverre de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico.

In sommige gevallen wordt door de wetgever of het bestuursorgaan een drempel gehanteerd om te bepalen of de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. Zo heeft de wetgever aan de planschadepraktijk enig houvast willen bieden, door in art. 6.2, tweede lid, Wro een minimum-forfait op te nemen. De forfaitregeling komt erop neer, dat in ieder geval een deel van de schade, gelijk aan 2% van de waarde of het inkomen, onmiddellijk voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuwe planologische regime, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Om voor een tegemoetkoming in aanmerking te komen, moet de schade uitstijgen boven de drempel. Wanneer het schadebedrag onder de 2% drempel blijft, moet de aanvraag worden afgewezen. De Afdeling heeft bepaald dat het bestuursorgaan niet de vrijheid heeft om de binnen het wettelijke minimum-forfait vallende schade toch te vergoeden.[31]

Zoals gezegd, hanteren sommige bestuursorganen een vaste drempel voor de toepassing van het normaal maatschappelijk risico. De Afdeling bestuursrechtspraak acht dit zowel voor planschade- als nadeelcompensatiezaken in beginsel aanvaardbaar, met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele tegemoetkoming in schade.[32] In planschadezaken gaat het dan om de toepassing van een verhoogde drempel, in gevallen waarin de schade uitstijgt boven het wettelijke minimum-forfait dat is opgenomen in art. 6.2 lid 2 Wro.[33] De toepassing van een verhoogde drempel is in planschadezaken toegestaan, maar moet goed worden gemotiveerd aan de hand van de zogenoemde 'Heiloo-criteria'. Deze 'Heiloo-criteria' zijn afkomstig uit de hiervoor reeds vermelde *Heiloo*-uitspraak van 5 september 2012, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak bepaalde dat art. 6.2, eerste lid, Wro een zelfstandige betekenis heeft en waarin zij enkele criteria gaf aan de hand waarvan een bestuursorgaan de omvang van het normaal maatschappelijk risico dient te beoordelen.[34] Inmiddels zijn de Heiloo-criteria als standaardoverweging terug te vinden in vrijwel iedere planschade-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak die betrekking heeft op de omvang van het normaal maatschappelijk risico.[35]

De Afdeling stelt twee voorwaarden aan het hanteren van een vaste (verhoogde) drempel: ten eerste worden er zwaardere eisen aan de motivering gesteld naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als ondergrens hanteert en ten tweede moet een bestuursorgaan bij de toepassing van een vaste drempel of korting beoordelen of deze ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het concrete geval.[36]

Het is toe te juichen, dat de Afdeling bestuursrechtspraak de jurisprudentie inzake het hanteren van een vaste drempel en/of korting voor de toepassing van het normaal maatschappelijk risico heeft geüniformeerd en in planschade- en nadeelcompensatiezaken dezelfde standaardoverwegingen hanteert.[37]

28 B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid*, Deventer 2005, p. 25-32.

29 ABRvS 29 februari 2012, *JB* 2012/90, *Gst.* 2012/162, *TBR* 2012/90. Zie ook mijn annotatie bij ABRvS 11 januari 2012, *AB* 2012/271.

30 ABRvS 5 september 2012 (*Heiloo*), *AB* 2013/79, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

31 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9537. ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4421; ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:518.

32 Zie ABRvS 1 juli 2015 (*Mook en Middelaar*) ECLI:NL:RVS:2015:2071 en ABRvS 5 december 2012 (*Wouwse Tol*), ECLI:NL:RVS:2012:BY5105. ABRvS 01 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071.

33 Een uitgebreide beschrijving van de jurisprudentie inzake art. 6.2 Wro is te vinden in G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, hfdst. 3.

34 ABRvS 5 september 2012 (*Heiloo*), *AB* 2013/79, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

35 ABRvS 8 juni 2016, *OGR* 2016-0122, m.nt. G.M. van den Broek.

36 ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926. ABRvS 5 december 2012 (*Wouwse Tol*), ECLI:NL:RVS:2012:BY5105.

37 ABRvS 2 maart 2016, *AB* 2016/215, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema; ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650, (*Eindhoven/nadeelcompensatie*); *OGR* 2016-0135, m.nt. Van den Broek.

3.2 *Waardedrempel van 5%*

In sommige gevallen waarin een aanvraag om nadeelcompensatie betrekking heeft op schade in de vorm van waardevermindering van woningen als gevolg van een aantasting van het woongenot, is in de jurisprudentie een – in verhouding tot het wettelijke forfait van 2% in art. 6.2 lid 2 Wro – relatief hoge drempel van 5% van de waarde van de onroerende zaak aanvaard.[38] De schadeveroorzakende maatregelen werden in deze zaken gekwalificeerd als normale maatschappelijke ontwikkelingen, die bovendien plaatsvonden binnen een gebied waar reeds een verhoogde kans bestond op (nadelige) ontwikkelingen, zoals de omgeving van de luchthaven Schiphol en het kustgebied. De hantering van de relatief hoge 5%-drempel moet overigens wel goed worden gemotiveerd.

In de uitspraken van 1 juli 2015 (*Mook en Middelaar*) en 2 maart 2016 (*Rijsbergen*) heeft de Afdeling de hantering van de 5% waardedrempel ook in planschadezaken aanvaard.[39] Zoals hiervoor reeds bleek, kan een bestuursorgaan in planschadezaken op grond van art. 6.2 Wro een hogere drempel hanteren dan het wettelijke minimum-forfait van 2%, mits dit goed wordt gemotiveerd aan de hand van de Heiloo-criteria.[40] Deze Heiloo-criteria werden in de uitspraak *Rijsbergen* van 2 maart 2016 verder verfijnd. De Afdeling geeft in laatstgenoemde uitspraak een soort stappenplan, aan de hand waarvan de omvang van het normaal maatschappelijk risico moet worden bepaald:

"1. Is er sprake van een normale maatschappelijke ontwikkeling die bovendien
2. in de lijn der verwachtingen lag, omdat
   a. de ontwikkeling naar haar aard en omvang past binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving van het plangebied (waarvoor niet de feitelijke situatie maar het ter plaatse toepasselijke planologische regime leidend is). De bebouwing past in het karakter van de buurt en sluit aan op de plaatselijke situatie.
   b. de ontwikkeling past binnen het gemeentelijk en provinciaal beleid.
3. Dat sprak is van een normale maatschappelijke ontwikkeling die in de lijn der verwachtingen lag, betekent op zichzelf nog niet dat de gevolgen van de ontwikkeling geheel onder het normale maatschappelijke risico vallen. In dit verband komt betekenis toe aan het antwoord op de vraag of de schade onevenredig is in verhouding tot de waarde van de onroerende zaak."[41]

De toepassing van deze criteria kan er, zoals gezegd, toe leiden dat een verhoogd forfait wordt toegepast. Het is bovendien interessant dat de Afdeling in de uitspraak *Rijsbergen* benadrukt dat een waardevermindering tot 5% van de waarde van de onroerende zaak in een specifieke categorie van gevallen tot het normaal maatschappelijk risico van een woningeigenaar behoort. Het gaat om gevallen waarin sprake is van waardevermindering van woningen door aantasting van woongenot, veroorzaakt door een normale maatschappelijke ontwikkeling – zoals inbreiding – die in de lijn der verwachtingen ligt gelet op de structuur van het gebied en het beleid van de overheid.[42]

De hoge 5% drempel is echter niet de nieuwe standaard in het planschaderecht, zo blijkt uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 juni 2016 (*Bodegraven*).[43] De Afdeling stemde in deze uitspraak in met een verhoogd forfait van (slechts) 3% in plaats van 5%. In de uitspraak zijn de elementen van het hiervoor weergegeven stappenplan te herkennen. De bouw van een nieuwe woonwijk betrof een normale maatschappelijke ontwikkeling die in het gemeentelijke beleid van Boskoop paste en aansloot bij de plaatselijke situatie (stap 1 en 2 van het stappenplan). De reden dat de hoge 5% drempel niet werd toegepast, is gelegen in de omstandigheden die worden meegewogen bij de derde stap. Dat sprake is van een normale maatschappelijke ontwikkeling die in de lijn der verwachtingen lag, betekent op zichzelf nog niet dat de gevolgen van de ontwikkeling geheel onder het normale maatschappelijke risico vallen. De Afdeling kent immers gewicht toe aan het antwoord op de vraag of de schade onevenredig is in verhouding tot de waarde van de onroerende zaak. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat het hier gaat om verschillende aspecten, die bij de beoordeling van het normale maatschappelijke risico worden betrokken en elkaar niet uitsluiten.[44] In de uitspraak Boskoop ging het om een waardvermindering van 7,9% die door de deskundige werd gekwalificeerd als 'ernstig'. De realisatie van een woongebied met in totaal 390 woningen is van een zodanig ingrijpende aard dat een drempel van 3% redelijk en aanvaardbaar werd geacht.

Hoewel de Afdeling in recente jurisprudentie inzichtelijk tracht te maken welke elementen van belang zijn bij de vaststelling van de omvang van het te hanteren forfait, is het in de praktijk nog steeds niet eenvoudig om op voorhand aan te geven welk percentage aanvaardbaar wordt geacht. Dit leidt niet tot de gewenste voorspelbaarheid van het nadeelcompensatierecht.

3.3 *Omzetdrempel van 15% of 8%?*

In het verleden accepteerde de Afdeling bestuursrechtspraak de toepassing van een drempel van 15% van de omzet op jaarbasis om te bepalen of tijdelijke inkomensschade als gevolg van reguliere infrastructurele maatregelen of werk-

38 ABRvS 19 februari 2014, *AB* 2015/183, m.nt. Tjepkema (*Schiphol*) en ABRvS 9 april 2014, *AB* 2015/184, m.nt. Tjepkema (*Kustversterking Noordwijk*).

39 ABRvS 1 juli 2015, *AB* 2016/214 en ABRvS 2 maart 2016, *AB* 2016/215, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema.

40 Een uitgebreid overzicht van de jurisprudentie is te vinden in G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, hfdst. 3.

41 Dit stappenplan is afkomstig uit de annotatie van G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema bij ABRvS 2 maart 2016, *AB* 2016/215.

42 ABRvS 2 maart 2016, *AB* 2016/215, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema.

43 ABRvS 8 juni 2016, *OGR* 2016-0122, m.nt. Van den Broek.

44 ABRvS 4 juni 2014 (*Bodegraven-Reeuwijk*), ECLI:NL:RVS:2014:2009.

zaamheden boven het normaal maatschappelijk risico uit komt.[45]

In de *Wouwse Tol*-uitspraak van 5 december 2012 oordeelde de Afdeling echter dat deze 15% omzetdrempel niet klakkeloos mag worden toegepast. Het bestuursorgaan moet in ieder concreet geval motiveren of de vaste drempel of korting toegepast kan worden.[46] De *Wouwse Tol*-uitspraak gaf aanleiding tot discussie over de diverse methodes en (combinaties van) drempel- of kortingsperecentages die in de praktijk worden gehanteerd om het normaal maatschappelijk risico te bepalen bij schade door tijdelijke omzetdalingen, die worden veroorzaakt door (normale) infrastructurele werkzaamheden. Diverse gemeenten (Amsterdam, Groningen en Rotterdam) hebben in hun nadeelcompensatieverordeningen lagere omzetdrempels opgenomen van 8% van de gemiddelde jaaromzet.[47]

Deze omzetdrempel van 8% is recentelijk in het geval van de uitspraak *Cassandraplein Eindhoven* van 15 juni 2106 door de Afdeling aanvaard.[48] De uitspraak *Cassandraplein Eindhoven* bevat belangrijke uitgangspunten voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade door infrastructurele werkzaamheden. Ten eerste onderbouwt de Afdeling zeer uitvoerig waarom de infrastructurele werkzaamheden kunnen worden aangemerkt als een normale maatschappelijke ontwikkeling. De schade die ondernemers hierdoor lijden behoort – conform vaste jurisprudentie – in beginsel tot het normale ondernemersrisico en komt niet voor vergoeding in aanmerking. Schadevergoeding is pas aan de orde indien sprake is van onevenredige, buiten het normale ondernemersrisico vallende schade.[49] Naar het oordeel van de Afdeling sluit het hanteren van een drempel voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade als gevolg van die maatregelen aan de infrastructuur, reconstructiewerkzaamheden en onderhoud, hierbij aan. Ten tweede maakt de Afdeling duidelijk dat in een concreet geval sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden die in de weg kunnen staan aan de toepassing van een omzetdrempel.[50] In de onderhavige zaak acht de Afdeling dergelijke bijzondere omstandigheden niet aanwezig. De infrastructurele werkzaamheden kunnen als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd waarmee benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. Bij deze categorie van reguliere infrastructurele werkzaamheden kan een drempel van 8% worden toegepast. Er geldt naar het oordeel van de Afdeling geen verhoogde motiveringsplicht.

De uitspraak *Cassandraplein Eindhoven* roept de vraag op, of de toepassing van een omzetdrempel van 15% nog wel aanvaardbaar is. Naar mijn mening kan uit de uitspraak *Cassandraplein Eindhoven* niet worden afgeleid dat de omzetdrempel van 15% in het geheel niet meer aanvaardbaar is. Dit blijkt ook uit de uitspraak *Supermarkt Haarlem* van dezelfde datum (15 juni 2016), waarin de Afdeling bestuursrechtspraak nog steeds ruimte lijkt te bieden voor de toepassing van de 15%-drempelmethode.[51] De sleutel voor het antwoord op de vraag welke drempel aanvaardbaar is in een concreet geval ligt naar mijn mening in de motiveringsplicht. Uitgangspunt is immers dat het in eerste instantie aan het bestuursorgaan is om een vast drempelpercentage vast te stellen en dit naar behoren te motiveren (zie verder § 3.4). Voor de toepassing van een omzetdrempel van 8% geldt geen verhoogde motiveringsplicht terwijl de toepassing van een omzetdrempel van 15% goed zal moeten worden gemotiveerd. Het is aannemelijk dat zware eisen worden gesteld aan de motivering voor de toepassing van een dergelijke hoge drempel.

3.4 *Volle toetsing van het normaal maatschappelijk risico door de bestuursrechter*

In een reeks van uitspraken maakt de Afdeling duidelijk, dat de motivering van de hoogte van het normale maatschappelijke risico door het bestuursorgaan niet marginaal, maar eerder indringend wordt getoetst. Aangezien het begrip 'normaal maatschappelijk risico' een vaag begrip is, heeft het bestuursorgaan in eerste instantie beoordelingsruimte bij de vaststelling van de hoogte van het normale maatschappelijke risico wanneer het een besluit moet nemen op een aanvraag om nadeelcompensatie.[52]

Zoals bleek in § 3.2 en § 3.3, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de jurisprudentie een aantal criteria gegeven, aan de hand waarvan bestuursorganen de omvang van het normaal maatschappelijk risico moeten motiveren. Het is de taak van de bestuursrechter om, wanneer de beroepsgronden daartoe aanleiding geven, deze motivering te toetsen. Wanneer deze motivering niet volstaat, kan hij de omvang van het normaal maatschappelijk risico vaststellen door in een concreet geval zelf te bepalen welke drempel of korting redelijk is. Dit is inmiddels een van de standaardoverwegingen in de jurisprudentie wanneer de omvang van het normaal maatschappelijk risico in geschil is.[53]

Uit meerdere recente uitspraken kan worden afgeleid, dat de Afdeling bestuursrechtspraak de motivering van de omvang van het normaal maatschappelijk risico niet slechts marginaal toetst. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt daarmee tegemoet te komen aan de kritiek op een al te marginale

45 ABRvS 5 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD3527, (*Verordening nadeelcompensatie Den Haag*); ABRvS 19 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC0536, (*nadeelcompensatie HOV-baan Utrecht*).

46 ABRvS 5 december 2012 (*Wouwse Tol*), ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, *AB* 2013/222, m.nt. M.K.G. Tjepkema) en ABRvS 28 mei 2014 (einduitspraak *Wouwse Tol*), ECLI:NL:RVS:2014:1868, *AB* 2014/361, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

47 Zie nader M.A.E. Planken en M.K.G. Tjepkema, 'Drempels en kortingen bij nadeelcompensatie na De Wouwse Tol', *O&A* 2015/2.

48 ABRvS 15 juni 2016, (*Eindhoven Cassandraplein*), ECLI:NL:RVS:2016:1650, *O&A* 2016/55, m.nt. O.M. te Rijdt.

49 ABRvS 14 november 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA8955, (*verkeersmaatregel Enschede*); ABRvS 26 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AP4965, (*verkeersmaatregel Nunspeet*); ABRvS 29 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR291, (*kinderopvang Enschede*); ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926.

50 Vgl. ABRvS 5 juni 2013, (*Hollandse Brug*), ECLI:NL:RVS:2013:CA2052, *AB* 2013/222, m.nt. M.K.G. Tjepkema en ABRvS 15 juni 2016, (*Eindhoven Cassandraplein*), *AB* 2016/363, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

51 ABRvS 15 juni 2016 (*Supermarkt Haarlem*), *AB* 2016/365, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

52 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4668.

53 ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:530; ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2502; ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, *AB* 2016/399, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema.

toetsing door de bestuursrechter.[54] Ook in de literatuur kan een indringende toets van het normaal maatschappelijk risico op steeds meer steun rekenen.[55] In recente planschadejurisprudentie toont de Afdeling zich bereid en in staat om de hoogte van de waardedrempel vol te toetsen en zonodig zelf in de zaak te voorzien door haar eigen oordeel over de juiste hoogte van drempel in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuursorgaan.[56]
De Afdeling is zelfs bereid om naar aanleiding van het hoger beroep van een (draagplichtige) derde een eerder toegekende schadevergoeding te herroepen en het verzoek om planschadevergoeding af te wijzen, omdat de schade naar haar oordeel volledig en niet slechts gedeeltelijk onder het normaal maatschappelijk risico valt.[57]

4. Slotopmerkingen

Uit de in deze kroniek beschreven ontwikkelingen blijkt dat de erkenning van het ongeschreven égalitébeginsel als rechtsgrondslag voor overheidsaansprakelijkheid in de jurisprudentie van de civiele rechter en de bestuursrechter een krachtige impuls gaf aan de ontwikkeling van het leerstuk van de nadeelcompensatie.
Sinds de codificatie van het normaal maatschappelijk risico in de planschaderegeling van afdeling 6.1 Wro heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake de toepassing en de toetsing van de omvang van het normaal maatschappelijk risico gestandaardiseerd en geüniformeerd.
De elementen die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico nemen in de jurisprudentie van de Afdeling steeds vastere vormen aan. Desondanks is het op voorhand in een concreet geval nog niet (altijd) te voorspellen wat de omvang van het normaal maatschappelijk risico zal zijn. Dit komt de rechtszekerheid natuurlijk niet ten goede.
Gelet op het voornemen van de regering om een aparte nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet op te nemen, is het nog maar de vraag of deze trend tot uniformering ook ten volle wordt doorgezet door middel van de inwerkingtreding van een algemene regeling van nadeelcompensatie in de Awb.

54 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-reeks 154, Den Haag: BJU 2015, p. 7 t/m 58.
55 G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Instituut voor Bouwrecht, 2015, § 3.6.
56 ABRvS 21 september 2016, *AB* 2016/440, m.nt. M.K.G Tjepkema.
57 ABRvS 28 september 2016, *OGR* 2016-0175, m.nt. Van den Broek.