

Reactie op ‘Kroniek Overheidsaansprakelijkheid’, NTB 2016/10

NTB 2016/18

In de Kroniek Overheidsaansprakelijkheid (NTB 2016, nr. 3, p. 90) staan Franssen, Roozendaal en Van de Sande stil bij het preadvies *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht* dat wij schreven voor de Vereniging voor Bouwrecht. Het doet ons deugd dat zij een aantal van onze aanbevelingen steunen en wij juichen het ook toe dat zij op een ander punt, namelijk de wijze waarop het normaal maatschappelijk risico moet worden verdisconteerd, het debat met ons aangaan. Onze opvattingen over dit laatste punt worden echter summier weergegeven en in het bijzonder de stelling dat wij voor een van onze aanbevelingen geen ‘draagkrachtige motivering’ zouden aandragen willen wij niet onweersproken laten.

In ons preadvies hebben wij een uitvoerige analyse gemaakt van de rechtspraak over het normaal maatschappelijk risico en bespreken wij vervolgens wat onze bevindingen zouden kunnen betekenen voor de afweging die de wetgever moet maken ten aanzien van de wijze waarop hij het normaal maatschappelijk risico bij indirecte planschade moet vormgeven. Onze ‘voorkeursvariant’ is dat de wetgever het minimumforfait van 2% naar 3% zou moeten verhogen en dat een standaarddrempel van 5% in de wet zou moeten worden opgenomen. Daarbij zou het aan de benadeelde zijn om te beargumenteren dat een lager percentage dan 5% geboden is – welk percentage dan tussen 3 en 5% zou schommelen – maar zou een percentage van 3% van de waarde van de onroerende zaak dus sowieso voor rekening van de benadeelde zijn.

Het is jammer dat in de kroniek niet een belangrijke doelstelling wordt vermeld van dit deel van ons preadvies, namelijk het verhogen van de voorspelbaarheid, consistentie en rechtszekerheid van tegemoetkomingen in planschade. Die is nu, zoals wij hopen te hebben aangetoond, ver te zoeken. Bestuursorganen blijken, daartoe vaak aangespoord door deskundigen, het minimumforfait als een uitputtende toets aan het normaal maatschappelijk risico te zien, wat niet in overeenstemming is met de wil van de wetgever. Ook is het de vraag of deze wat zuinige invulling van het normaal maatschappelijk risico in lijn is met de hoge drempel voor nadeelcompensatie, die naar ons idee voortvloeit uit het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*.

Franssen, Roozendaal en Van de Sande zijn kritisch over ons voorstel ten aanzien van zowel de boven- als de ondergrens. De ophoging van het forfait naar 3% zou een ‘draagkrachtige motivering’ ontberen. Deze kritiek komt ons bekend voor, nu zij op de jaarvergadering van de VBR ook al had geklonken uit de mond van Bruno van Ravels, naar wiens interventie de auteurs overigens niet verwijzen.¹ Hun bezwaar tegen

een standaarddrempel van 5% is ‘dat de Afdeling nog onvoldoende gelegenheid heeft gehad om de daadwerkelijke contouren van het normaal maatschappelijk risico in beeld te brengen’. Om op dit laatste punt in te gaan: het is de vraag of het voor de keuze die de wetgever ten aanzien van het forfait zou moeten maken – en dat is de vraag die in hoofdstuk 4 van ons preadvies centraal staat – van belang is om de ontwikkelingen in de jurisprudentie af te wachten. De bepaling van de hoogte van het forfait is immers vooral een politiek vraagstuk. Van belang is onzes inziens wel dat de wetgever aan de rechter de ruimte laat om tot genuanceerde resultaten te komen, maar die ruimte blijft er in ons voorstel ook. Juist om die reden zijn wij tegen een ander alternatief, namelijk de standaarddrempel op 5% vaststellen *zonder* de mogelijkheid om deze in bijzondere gevallen bij te stellen. Wij wijzen op de pagina’s 107 en verder van ons preadvies, waar wij de voor- en nadelen van de belangrijkste varianten op een rij zetten. Vermoedelijk doelen de auteurs op deze passage wanneer zij stellen van de noodzaak tot codificatie van een 5%-standaarddrempel niet overtuigd te zijn ‘hoewel Van den Broek en Tjepkema hierbij in hun preadvies wel uitgebreid hebben stilgestaan’.

Tot slot nog over de ophoging van het minimumforfait van 2% naar 3%. Ook hier gaat het uiteindelijk om een politieke keuze, zodat de vraag of de uitspraak *Heiloo* van 28 maart 2013 (ECLI:N:RVS:2013:875) daar nu wel of geen steun voor biedt niet doorslaggevend is.² Wij hebben deze keuze gemotiveerd in het licht van het streven naar meer voorspelbaarheid, rechtszekerheid en consistentie. Vanuit dit perspectief kan met een ophoging van het minimumforfait van 2% naar 3% winst worden geboekt. Onze redenering is dat zo de bandbreedte waarbinnen het forfait kan worden toegepast wordt verkleind en dat in beginsel alleen nog percentages van 3, 4 of 5% kunnen gelden – behoudens uitzonderlijke situaties waarin het forfait hoger dan 5% zou kunnen zijn. Op pagina 96/97 stellen wij in dit verband dat gevalsvergelijking aanmerkelijk wordt vergemakkelijkt wanneer het normaal maatschappelijk risico wordt verdisconteerd aan de hand van de *binnen beperkte procentuele grenzen toepasbare drempelmethode*. Ons pleidooi om het minimumforfait met één procent te verhogen moet in dat licht worden gezien, nu dit de bandbreedte van het normaal maatschappelijk risico verder verkleint. Dat vergemakkelijkt het voor de rechter om tot categorisering te komen: min of meer omliggende situaties waaraan bepaalde standaardpercentages kunnen worden gekoppeld. Zover zijn we nog niet, maar het is in elk geval hoopgevend dat de Afdeling in een recente uitspraak stelt dat ‘een waardevermindering tot vijf procent van de

¹ Zie voor de tekst van diens interventie het verslag van de jaarvergadering door D. Sietses, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2016, 3, p. 213.

² Ten overvloede: andere jurisprudentie illustreert dat de Afdeling ook percentages van ruim 3% als ‘relatief gering’ beschouwt. Zie ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2614 en ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3870, op welke uitspraken we op de jaarvergadering ook hebben gewezen.

waarde van de onroerende zaak *in deze categorie gevallen* in beginsel tot het normale maatschappelijke risico van de aanvrager behoort'.³ De koppeling van bepaalde categorieën van gevallen aan een bepaald forfait: zo zijn we – in onze visie althans – precies waar we wezen moeten. Wij wachten de nadere jurisprudentie op dit punt, zorgvuldig becommentarieerd in mooie Kronieken Overheidsaansprakelijkheid, geduldig af.

³ ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:530 (onze cursivering).