

Artikel

Een algemene nadeelcompensatieregeling, ook in het omgevingsrecht

Mr. H.J.M. (Hans) Besselink en mr. J.S. (Jelmer) Procee*

1 Inleiding

76 Op 31 januari 2013 is de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (hierna: de Wet nadeelcompensatie) in het Staatsblad gepubliceerd.¹ De wet bevat een aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) met bepalingen over nadeelcompensatie en onrechtmatige overheidsdaad. De bepalingen omtrent de onrechtmatige overheidsdaad zijn inmiddels in werking getreden;² de bepaling omtrent nadeelcompensatie nog niet. Het wachten is, nog steeds, op een invoeringswet waarmee noodzakelijke aanpassingen aan andere wetgeving worden doorgevoerd.

Het fenomeen invoeringswet is niet onbekend. Wat wel bijzonder is, is dat de invoeringswet er nog steeds niet is, terwijl publicatie van de Wet nadeelcompensatie in het Staatsblad al meer dan twee jaar achter ons ligt. Dit komt waarschijnlijk doordat de wetgever de moeilijke keuze moet maken of allerlei bijzondere wettelijke bepalingen omtrent nadeelcompensatie, die vaak al tientallen jaren bestaan, moeten worden gehandhaafd of niet.

Vooralsnog lijkt het erop dat die keuze zal worden gemaakt gelijktijdig met de nieuwe Omgevingswet,³ meer in het bijzonder door invulling van het hoofdstuk 15, getiteld 'Schade'. In dit hoofdstuk moeten, onder

meer,⁴ bepalingen landen over de tegemoetkoming in de geleden schade bij rechtmatige overheidsdaad, kort gezegd: nadeelcompensatie, voor zover dergelijke bepalingen thans zijn opgenomen in de wetten die opgaan in de Omgevingswet. Dan dringt zich echter wel de vraag op welke bepalingen uit de in de Omgevingswet opgaande formele wetten moeten terugkomen in het hoofdstuk 'Schade' en welke bepalingen kunnen worden gemist.

Daarover gaat deze bijdrage. Eerst bespreken wij kort de Wet nadeelcompensatie en haar doelstelling. Daarna bespreken wij de opbouw en het doel van de Omgevingswet, om vervolgens aan de hand van een aantal thema's na te gaan welke bepalingen kunnen vervallen en welke bepalingen niet.

2 De Wet nadeelcompensatie

Thans heeft de wet- en regelgeving over nadeelcompensatie een nogal gefragmenteerd karakter. Zo zijn de mogelijke theoretische grondslagen op grond waarvan een recht op schadevergoeding bestaat bij rechtmatige overheidsdaad legio. Het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' voert de boventoon,⁵ maar ook het evenredigheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel,

* Mr. H.J.M. (Hans) Besselink is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag. Mr. J.S. (Jelmer) Procee is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag.

1. Stb. 2013, 50.

2. Stb. 2013, 162.

3. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 2.

4. Dit hoofdstuk zal ook, zo wordt opgemerkt in de MvT, bepalingen incorporeren uit bijv. de huidige Onteigeningswet, de Wet voorkeursrecht gemeenten en de Wet inrichting landelijk gebied. Dit artikel staat hier verder niet bij stil.

5. ABRvS 18 februari 1997, BR 1997, p. 432-445 m.nt. Van Ravels, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229 m.nt. PvB (Van Vlodrop), ABRvS 12 november 2003, JB 2004/12 m.nt. R.J.N. Schlössels, AB 2004/95 m.nt. ARN en ABRvS 8 november 2006, JB 2007/8 m.nt. R.J.N. Schlössels. Ook in de civiele rechtspraak is het égalité-beginsel erkend: HR 30 maart 2001, AB 2001/412 m.nt. ThGD, JB 2001/107 m.nt. R.J.N.S., NJ 2003/615 m.nt. MS (Staat/Lavrijsen).

gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel worden genoemd.⁶

Ook de bevoegdheid voor bestuursorganen om nadeelcompensatie te vergoeden, is nogal verspreid geregeld. Deze is terug te vinden in diverse formele wetten,⁷ verordeningen van lagere overheden,⁸ beleidsregels, al dan niet gekoppeld aan specifieke (infrastructurele) projecten,⁹ of in de hierboven genoemde buitenwettelijke beginselen.¹⁰ De bestuursrechter biedt rechtsbescherming tegen besluiten op grond van wetten, verordeningen of beleidsregels.¹¹ Vindt vergoeding plaats op basis van een buitenwettelijk beginsel, dan is de bestuursrechter alleen bevoegd indien tegen het schadeveroorzakende handelen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond. Anders is de burgerlijke rechter bevoegd.¹²

Doel van de Wet nadeelcompensatie is onder meer een eind te maken aan dit gefragmenteerde karakter.¹³ In art. 4:126 Awb is gekozen voor codificatie van het 'égalité-beginsel' als leidende grondslag voor de vergoeding van nadeelcompensatie.¹⁴ In deze bepaling komt ook tot uiting dat alleen recht bestaat op vergoeding indien de benadeelde in verhouding tot anderen in het bijzonder wordt geraakt en zijn schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Verder codificeert de wetgever uit de jurisprudentie bekende beperkingen op de vergoedingsplicht, zoals de actieve en passieve risicoaanvaarding, het anderszins verzekerd zijn van de schade, de schadebeperkingsplicht en de eigen schuld.¹⁵ Ten slotte bevat de Wet nadeelcompensatie procedurebepalingen,

de mogelijkheid leges te heffen van de aanvrager, een verjaringsbepaling en de bevoegdheid schade in natura te vergoeden.¹⁶

De Wet nadeelcompensatie bevat niet alleen codificatie van de bestaande praktijk. Het wordt pas echt spannend bij de rechtsmachtverdeling. Het oorspronkelijke voorstel van de commissie-Scheltema,¹⁷ waarop de Wet nadeelcompensatie is gebaseerd, concentreerde de rechtsbescherming volledig bij de bestuursrechter. Het wetsvoorstel week hiervan af, in die zin dat de bestuursrechter bevoegd was te oordelen over schadebesluiten waarbij de schade was veroorzaakt door appellabele besluiten dan wel door niet-appellabele handelingen die voortvloeiden uit die besluiten. Voor het overige zou de burgerlijke rechter blijven fungeren als restrechter.¹⁸ Over deze verdeling is een fel debat gevoerd in de literatuur¹⁹ en uiteindelijk is via het amendement Taverne c.s.²⁰ de rechtsmacht toch volledig bij de bestuursrechter geconcentreerd.²¹ Of de in de literatuur en wetsgeschiedenis genoemde vrees voor een toename van het aantal kansloze verzoeken en juridificering van beleid waarheid zal worden, is afwachten.²²

Belangrijk uitgangspunt van de Wet nadeelcompensatie is ook de integratie van allerlei bestaande nadeelcompensatieregelingen, waarin procedurele en materiële regels worden gegeven over vergoeding van schade jegens rechtmatig overheidshandelen. Het doel van de Wet nadeelcompensatie is een exclusief kader geven voor toekenning van nadeelcompensatie, waarbij volgens de wetgever ook gewenst is de regeling van planschade in lijn te brengen met de nieuwe Awb-bepalingen. Voorwaarden voor toekenning van planschade vallen immers in belangrijke mate samen met de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding op grond van het égalité-beginsel. De memorie van toelichting bij de Wet nadeelcompensatie geeft dan ook uitdrukkelijk aan dat, nu in een algemene grondslag voor schadevergoeding ter zake van rechtmatig overheidsoptreden wordt voorzien, het gewenst is dat ook de regeling van de planschade in lijn wordt gebracht met de nieuwe bepalingen in de

6. Zie o.m. B.J. Schueler, Goede besluiten met slechte gevolgen, in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*. Preadviezen (VAR-reeks 128), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 126-129, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen*, O&A 2010, afl. 4, p. 167, R.J.N. Schlössels, *Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten*, Gst. (2007) 7281, p. 505, E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 494 en M.K.G. Tjepkema, *Het normaal maatschappelijk risico: de allesreiniger van het nadeelcompensatierecht*, in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak, opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 115-133.
7. Bijv. dus een aantal van de wetten die zullen opgaan in de Omgevingswet, zoals de Wet ruimtelijke ordening, de Ontgrondingenwet of de Waterwet.
8. Zie bijv. de Algemene Nadeelcompensatie Verordening Amsterdam, de Algemene Nadeelcompensatie Verordening Rotterdam, de Regeling nadeelcompensatie provincie Limburg of de Verordening Nadeelcompensatie Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier 2010.
9. Zie bijv. de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014, de Regeling nadeelcompensatie Betuweroute of de Regeling nadeelcompensatie Maasvlakte.
10. Bijv. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).
11. Zie ABRvS 14 mei 1986, AB 1986/568 (Metroschade Rotterdam) voor de bevoegdheid bij besluiten gebaseerd op beleidsregels.
12. En dat gaat niet altijd goed. Dat blijkt uit HR 6 december 2002, AB 2004/17 m.nt. PvB, JB 2003/3 m.nt. R.J.N.S., NJ 2000/616 m.nt. MS (Eetcafé-Pannenkoekhuis De Kabouter) en HR 28 maart 2008, JB 2008/105, NJB 2008/865 (Asha Horeca B.V./Amersfoort).
13. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 11-12.
14. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 12-14. Wat overigens niet wil zeggen dat andere beginselen hun nut verliezen. Zie Handelingen I 2012/13, nr. 15, item 6, p. 53.
15. Art. 4:126 lid 2 Awb.

16. Art. 4:126 lid 4 en 4:131 Awb.
17. Zie hierover in de parlementaire geschiedenis: Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 4-5.
18. Zie het oorspronkelijke art. 8:2a Awb en Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 15-16.
19. Zie bijv. J.R.C. Tieman, *Regeling van nadeelcompensatie in de Awb: zwart-wit of full colour*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 419-434, J.R.C. Tieman & H.H.L. Krans, *Nogmaals nadeelcompensatie: het Voorontwerp nadeelcompensatie bezien vanuit overheids perspectief*, NTB 2010, afl. 4, p. 77-84, B.J. van Ettehoven, B.P.M. van Ravels & M.K.G. Tjepkema, *Waarom makkelijk als het moeilijk kan? Het vereiste van de processuele connexiteit in het voorstel voor een Wet nadeelcompensatie*, O&A 2011/36, p. 58-68 en G.M. van den Broek, *Wetsvoorstel nadeelcompensatie in de Awb. Geen all-in-one oplossing voor nadeelcompensatie bij bouw- en infrastructuurprojecten*, TBR 2011/177, p. 984-994.
20. Kamerstukken II 2011/12, 32 621, nr. 11.
21. De burgerlijke rechter is thans alleen bevoegd als de Wet nadeelcompensatie niet van toepassing is, bijv. bij schade veroorzaakt door rechtmatig strafvorderlijk handelen of formele wetgeving.
22. In het bijzonder Tieman & Krans 2010 en Tieman 2012.

Awb. Dat betekent volgens de memorie van toelichting ook dat het verschil dat de Wet ruimtelijke ordening (Wro) maakt tussen schadeoorzaken die wel onder de planschaderegeling vallen – wel tegemoetkoming in de schade – en gevallen die daarbuiten vallen – geen tegemoetkoming – behoort te verdwijnen. De algemene grondslag betekent immers dat er steeds indien het égalité-beginsel daartoe noopt aanspraak bestaat op vergoeding van schade, ongeacht de oorzaak van de schade. In het verlengde daarvan behoort ook de hoogte van de vergoeding niet af te hangen van de oorzaak van de schade. Wel zou het volgens de memorie van toelichting van belang kunnen zijn om, indien er sprake is van een groot aantal op elkaar gelijkende gevallen, concretiserende regels over normaal maatschappelijk risico op te stellen. Dat zou kunnen gebeuren in aanpassingswetgeving.²³

In die aanpassingswetgeving zou volgens de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet nadeelcompensatie als leidend beginsel gelden dat bepalingen in bijzondere wetten waarin de Wet nadeelcompensatie reeds voorziet, zullen kunnen vervallen. Hooguit zou, voor bepalingen in bijzondere wetten die een nadere invulling geven aan de wettelijke uitgangspunten (bijvoorbeeld over de berekening van de hoogte van de vergoeding of over de inschakeling van een externe adviescommissie), nader kunnen worden bezien of die kunnen blijven bestaan, al dan niet in de vorm van wettelijke voorschriften of beleidsregels.²⁴

3 De Omgevingswet

In juni 2014 is het wetsvoorstel voor de nieuwe Omgevingswet bij de Tweede Kamer ingediend. De nieuwe Omgevingswet beoogt wetten en regels op het gebied van de leefomgeving te vereenvoudigen en te bundelen om daarmee procedures eenvoudiger, efficiënter en beter te maken. Het is de bedoeling dat een aantal wetten volledig wordt vervangen door de Omgevingswet, zoals de Wro, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), de Ontgrondingenwet en de Tracéwet. Verder vervangt het wetsvoorstel grote delen van de Waterwet, de Wet milieubeheer, de Woningwet en de Monumentenwet 1988 en zullen op termijn nog meer wetten, zoals de Onteigeningswet, de Wet natuurbescherming en de Wet geluidhinder, volledig opgaan in de Omgevingswet.

Een van de uitgangspunten van de Omgevingswet is dat decentrale overheden al hun regels over de leefomgeving bijeenbrengen in één gebiedsdekkende regeling. Voor de gemeente is dit het omgevingsplan, voor de waterschappen de waterschapsverordening en voor de provincies de omgevingsverordening. Daarnaast is voorzien in omgevingsvisies en -programma's, algemene rijksregels voor

activiteiten en integrale omgevingsvergunningen en projectbesluiten.

Daarnaast bevat het wetsvoorstel algemene regels over gedoogplichten (hoofdstuk 10) en grondexploitatie (hoofdstuk 12) en is beoogd om een algemeen hoofdstuk over schade op te nemen (hoofdstuk 15). Dat hoofdstuk is thans nog niet gevuld. De memorie van toelichting geeft aan dat in dit hoofdstuk, in aanvulling op de algemene regeling in de Wet nadeelcompensatie, 'enkele bijzondere bepalingen' over dit onderwerp in de Omgevingswet zullen worden opgenomen, zoals bepalingen over schade als gevolg van gedoogplichten en schade door grondwateronttrekkingen en ontgrondingen.

4 Omgevingswet versus Wet nadeelcompensatie

Als gezegd, is het uitgangspunt van de wetgever bij de Wet nadeelcompensatie dat alle bepalingen omtrent nadeelcompensatie uit bijzondere wetten, lagere regelgeving of beleid kunnen vervallen,²⁵ behalve dat wellicht bijzondere bepalingen over de invulling van wettelijke uitgangspunten (berekening van de hoogte van de vergoeding, normaal maatschappelijk risico) of procedurele bepalingen kunnen blijven bestaan.²⁶

De in de Omgevingswet op te nemen wetten bevatten vele bepalingen omtrent nadeelcompensatie. Gezien het uitgangspunt van de wetgever is de vraag welke bepalingen kunnen worden geschrapt en wat (echt) moet blijven. Onderstaand gaan wij hier nader op in, aan de hand van een aantal thema's. Ons uitgangspunt daarbij is gelijk dat van de wetgever: schrappen wat kan en alleen behouden wat echt moet.

5 Limitatieve stelsels

Veel omgevingsrechtelijke wetten kennen op dit moment een limitatief stelsel van schadeoorzaken. Genoemd kunnen worden de Wabo, de Natuurbeschermingswet 1998 en de Tracéwet. Soms worden categorieën van schadeoorzaken genoemd ('besluiten krachtens hoofdstuk III'), soms gaat het om een heel gedetailleerde opsomming. De in afdeling 6.1 van de Wro opgenomen planschaderegeling is het bekendste voorbeeld daarvan. Alleen schade ten gevolge van een van de in art. 6.1 lid 2 Wro genoemde oorzaken komt voor een tegemoetkoming in aanmerking.

De lijst in de Wro is sinds de totstandkoming van de planschaderegeling in 1962 steeds verder uitgebreid, maar het algemene uitgangspunt – een beperking tot met name genoemde, concrete beslissingen met direct

23. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 17-18.

24. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 6, p. 16.

25. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 7 en 17-18.

26. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 6, p. 16.

rechtsgevolg – is tot op heden niet verlaten. Op grond van de Wro kunnen echter veel meer beslissingen worden genomen die ook in meer of minder concrete mate tot schade kunnen leiden. Voorbereidingsbesluiten met gebruiks- of aanlegverboden zijn heel concreet, en kunnen ook leiden tot concrete schade, maar zijn toch niet aangemerkt als schadeoorzaak. Ook zijn vrijwel alle bepalingen van provinciale verordeningen en algemene maatregelen van bestuur, alsmede structuurvisies uitgezonderd. Die laatste uitzondering kan worden gerechtvaardigd vanwege de omstandigheid dat in structuurvisies – conform de wettelijke opdracht – slechts de hoofdzaken van het te voeren ruimtelijk beleid worden vastgelegd, maar in de praktijk kunnen structuurvisies soms heel specifieke beleidsvoornemens voor precies aangeduide locaties bevatten, die tot waardedaling van nabijgelegen woningen zouden kunnen leiden. Het is de vraag of dat soort schade – in feite schaduwshade van het later op basis van de structuurvisie tot stand te brengen bestemmingsplan – voor een tegemoetkoming in aanmerking zou moeten komen, maar dat is een inhoudelijke vraag, die op basis van het materiële toetsingskader voor schadeverzoeken moet worden beoordeeld. Schadeclaims vanwege dat soort beslissingen zouden wat ons betreft niet langer categorisch van de nadeelcompensatieregeling moeten worden uitgesloten. Sinds de geleidelijke verschuiving van het planschaderecht in de richting van het *égalité*-beginsel is er steeds minder reden voor een afzonderlijk planschaderecht,²⁷ en hoeft er ook minder dan voorheen te worden gevreesd voor omvangrijke budgettaire gevolgen van het laten vervallen van een lijst van limitatieve schadeoorzaken. Als er al concrete schade wordt geleden, zal deze, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, vaak binnen het normaal maatschappelijk risico vallen, en daarom niet voor vergoeding in aanmerking komen.

Het bij inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie laten vallen van het limitatieve stelsel in de Wro zal ongetwijfeld leiden tot lastige vragen, die in de praktijk aanvankelijk niet altijd juist zullen worden beantwoord, en pas na enige tijd zullen in de rechtspraak lijnen kunnen worden uitgezet. Toch trekken wij daaruit niet, zoals Van Ravels,²⁸ de conclusie dat de limitatieve opsomming voorlopig maar moet worden gehandhaafd.

Niet alleen zijn dit soort problemen inherent aan wetswijzigingen, zeker in het omgevingsrecht, maar bovendien is er wat ons betreft geen goede reden om specifiek voor het ruimtelijke-orderingsrecht een uitzondering te maken op het algemene uitgangspunt van art. 4:126 Awb. Ook in andere rechtsgebieden zal immers de vraag kunnen rijzen of een onderdeel van een beleidsnota, of welke andere uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheid of taak ook, voldoende concreet is en daadwerkelijk leidt tot schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico, en de betrokkene in het bijzon-

der treft. De bedoeling van de Wet nadeelcompensatie was nu juist het bevorderen van de rechtseenheid, en daar horen overgangsproblemen bij. De bedoeling van de wetgever om een uniform nadeelcompensatiestelsel te creëren, zou ook geweld worden aangedaan als direct voor het qua omvang grootste rechtsgebied – het ruimtelijke-orderingsrecht – een bijzondere regeling zou worden getroffen.

Overigens is het de vraag of er daadwerkelijk een grote aanzuigende werking zal uitgaan van het laten vervallen van het limitatieve stelsel van de planschaderegeling in de Wro, en meer in het algemeen van de limitatieve stelsels in de wetten die in de Omgevingswet zullen opgaan. De praktijk van de Waterwet geeft in ieder geval geen aanleiding voor die vrees. In art. 7.14 van die wet is thans in algemene zin bepaald dat 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, op zijn verzoek door het betrokken bestuursorgaan een vergoeding wordt toegekend, voor zover de schade redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd. Voorheen bevatten de vervallen schadevergoedingsbepalingen in de Wet op de waterhuishouding, de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Waterstaatswet 1900 en de Grondwaterwet alleen specifieke schadeoorzaken (vrijwel alleen vergunningen en peilbesluiten), waarvoor een vergoeding kon worden toegekend. Bij de totstandkoming van de Waterwet is er bewust voor gekozen om die limitatieve opsommingen te laten vervallen omdat continuering niet zou passen bij de beoogde algemene regeling, en bovendien slechts tot gevolg zou hebben dat benadeelden genoodzaakt zouden worden andere wegen te bewandelen om hun schade vergoed te krijgen.²⁹

De praktijk sinds de inwerkingtreding van de Waterwet in 2009 laat echter geen substantiële toename in het aantal schadeclaims zien. Ons zijn geen voorbeelden bekend van nadeelcompensatieclaims ter zake van meer beleidsmatige beslissingen van waterschappen. Claims blijven in de praktijk vooral beperkt tot (de uitvoering van) peilbesluiten en projectplannen voor dijkverbetering. Overigens laat ook de praktijk van toepassing van de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 niet zien dat er veel nadeelcompensatieclaims zijn over structuurvisies of voorkeursbeslissingen van de minister, terwijl ook die beleidsregel geen limitatieve opsomming van schadeoorzaken kent. Ook daar gaat het in algemene zin om de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak.

De kans op een aanzuigende werking van het laten vervallen van het limitatieve stelsel in de Wro lijkt dus klein. Tegen die achtergrond ligt het naar onze mening niet voor de hand om voor die qua omvang geringe categorie van gevallen een uitzondering te maken op de (uiteindelijk) bedoeling van de wetgever bij de Wet nadeel-

27. Zie ook B.J. van Ettehoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie*, Amsterdam: Vossiuspers 2010, p. 17.

28. B.P.M. van Ravels, *De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade*, O&A 2013/2, p. 16.

29. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 132.

compensatie: concentratie van rechtsmacht bij de bestuursrechter. Bij dat uitgangspunt past niet om specifieke beslissingen van de nadeelcompensatieregeling uit te sluiten, en daarmee het risico te lopen dat belanghebbenden zich met nadeelcompensatieclaims tot de civiele rechter wenden.

6 Procedurele bepalingen

Veel van de omgevingsrechtelijke wetten kennen thans ook specifieke voorschriften ten aanzien van de procedure van afhandeling van claims. Ook hier kent de Wro de meest gedetailleerde regeling. Art. 6.1 Wro bepaalt dat de aanvraag een motivering bevat, alsmede een onderbouwing van de hoogte van de gevraagde tegemoetkoming. Ook is voorzien in een harde verjaringstermijn van vijf jaar. In art. 6.4 Wro is bepaald dat een recht van maximaal € 500 wordt geheven van de aanvrager, die dat weer terugkrijgt als op de aanvraag positief wordt beslist. Art. 6.5 Wro bepaalt dat, als er een tegemoetkoming wordt toegekend, tevens de redelijkerwijs gemaakte kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand, alsmede wettelijke rente worden vergoed. Afdeling 6.1 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) voegt daar nog allerlei gedetailleerde bepalingen over de afhandeling van aanvragen aan toe, waaronder de verplichte inschakeling van een adviseur, tenzij de aanvraag buiten behandeling wordt gelaten of kennelijk ongegrond is. Andere wetten, waaronder de Wabo, kennen een meer globale regeling, waarin de inschakeling van een deskundige facultatief is.

De Wet nadeelcompensatie kent globaal dezelfde regeling als de Wro en het Bro, maar minder gedetailleerd. Het grootste verschil is dat er niet de verplichte inschakeling van een deskundige hoeft plaats te vinden. Naar onze mening zou dat ook voor de Wro volstaan. Er zijn immers situaties denkbaar waarbij een inhoudelijke beoordeling ook door het bestuursorgaan zelf kan plaatsvinden, bijvoorbeeld in situaties waarin geen taxatie nodig is maar een aanvraag al kan worden afgewezen omdat er geen schade is, of deze volledig onder het normaal maatschappelijk risico valt. Dat kan ook de spoedige afdoening van verzoeken bevorderen.

Ook de regeling die in de Awb wordt opgenomen voor de toegang tot de rechter met betrekking tot besluiten op nadeelcompensatieclaims, kan zonder problemen op het omgevingsrecht van toepassing worden geacht, behalve dan het nieuwe art. 8:6 lid 2 Awb, dat als onlogische consequentie heeft dat beroep tegen besluiten op 'planologische' nadeelcompensatieclaims soms bij de rechtbank en soms in eerste en enige aanleg bij de Afdeling bestuursrechtspraak moet worden ingediend. De koppeling, die in art. 8:6 lid 2 Awb wordt gelegd met de bevoegde rechter voor het besluit waardoor de schade is veroorzaakt, brengt met zich dat voor planschadeclaims vanwege bepalingen van bestemmingsplannen (wat betreft aantal de grootste categorie planschadeclaims)

alleen rechtstreeks beroep openstaat bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Wat ons betreft een onnodige en ongewenste breuk met de huidige praktijk.³⁰

7 Gedoogplichten

Hoofdstuk 10 van de Omgevingswet gaat over gedoogplichten. Afdeling 10.2 regelt de rechtstreeks uit de wet voortvloeiende gedoogplichten (ex lege), terwijl afdeling 10.3 bepalingen bevat over bij beschikking op te leggen gedoogplichten. Het gaat hier bijvoorbeeld om bekende(re) gedoogplichten uit de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Waterwet of de Ontgrondingenwet, maar ook om de wat minder bekende gedoogplichten zoals die uit de Wet lokaal spoor of de Uitvoeringswet Nederlands-Duits Grensverdrag.³¹ Ten aanzien van de vergoeding van eventuele geleden schade als gevolg van de gedoogplicht bepaalt art. 10.29 Omgevingswet dat het bestaan van de gedoogplicht het bestaan van een recht op schadevergoeding onverlet laat.³²

Hoe dit recht op schadevergoeding vorm gaat krijgen, moet volgens de wetgever in hoofdstuk 15 worden geregeld.³³ Gelijk het uitgangspunt van de wetgever kan echter de vraag worden gesteld of niet kan worden volstaan met de bepalingen van art. 4:126 Awb. Bij het opleggen van een gedoogplicht of bij het uitvoeren van feitelijke handelingen op basis van een gedoogplicht ex lege zal immers sprake zijn van een handeling van een bestuursorgaan ter uitvoering van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak als bedoeld in art. 4:126 Awb, zodat dit artikel, zonder een bepaling die anderszins bepaalt, van toepassing is op handelingen of besluiten overeenkomstig dit hoofdstuk.

Toch is dit te kort door de bocht. Allereerst kan de vraag worden gesteld of het opleggen van een gedoogplicht alleen moet leiden tot een tegemoetkoming in de geleden schade, zoals bij nadeelcompensatie gebruikelijk is.³⁴ Bij het opleggen van een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht heeft de rechthebbende thans immers recht op een volledige schadeloosstelling.³⁵ Ook bij andere gedoogplichten, bijvoorbeeld tot het dulden van onderzoek en metingen uit de Ontei-

30. Zie in vergelijkbare zin: Van Ravels 2013, p. 7.

31. Art. 10.8 (Wet lokaal spoor) en art. 10.15 (Uitvoeringswet).

32. Zie voor de passages in de MvT over gedoogplichten: Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 190-198 en Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 200.

33. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 196.

34. Bijzondere situatie daargelaten: ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222. Onder de vigeur van de oude Wet op de Ruimtelijke Ordening ging ook het planschaderecht de facto uit van een volledige vergoeding van de geleden schade. Met de invoering van art. 6.2 Wro is de wetgever hier echter definitief vanaf gestapt.

35. Zie bijv. HR 22 mei 1970, NJ 1970/368 en HR 2 februari 1979, BR 1979, p. 287. Ook de Afdeling lijkt uit te gaan van een recht op een volledige vergoeding. Zie ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:129. Zie hierover ook De Jongh 2012, p. 154-163.

geningswet³⁶ of Waterstaatswet 1900,³⁷ gaat de wet uit van een recht op volledige schadeloosstelling, althans niet van de gedachte dat bijvoorbeeld alleen schade het normaal maatschappelijk risico overstijgend voor vergoeding in aanmerking komt, hetgeen het uitgangspunt is van art. 4:126 Awb.

Genoemde wetten zijn evenwel alle van oudere datum. Meer recente wetten geven een diffuser beeld. Aan de ene kant stellen bijvoorbeeld art. 22 en 41 van de Wet inrichting landelijk gebied een benadeelde een ‘naar billijkheid’ te bepalen schadevergoeding in het vooruitzicht. In de parlementaire geschiedenis voegt de wetgever hier enigszins ominus aan toe dat beide bepalingen voorzien in een vergoeding van de schade die uit de toepassing van de gedoogplicht voortvloeit ‘voor zover deze niet ten laste van de betrokkene behoort te blijven’.³⁸ In verband met deze passage vroeg het Eerste Kamerlid Holdijk de toenmalige minister Veerman waarom schade überhaupt deels ten laste van de benadeelde zou moeten blijven. Hierop antwoordde de minister dat geen wijziging in bestaand beleid is beoogd en een schadevergoeding ‘te bepalen naar billijkheid’ in de praktijk een volledige schadevergoeding betekent.³⁹

Ook bij het opleggen van een gedoogplicht overeenkomstig art. 57 van de Monumentenwet 1988, tot het gedogen van gravingen en metingen, lijkt de benadeelde recht te hebben op een volledige vergoeding. Hoewel de wet bepaalt dat recht bestaat op een vergoeding ‘naar redelijkheid’, vermeldt de memorie van antwoord in de Eerste Kamer:

‘In artikel 58 gaat het om schade, waarvan niet valt in te zien waarom die (gedeeltelijk) ten laste zou moeten komen van de uitvoerder (artikel 56) dan wel de rechthebbende ten aanzien van een terrein (artikel 57). Er rust in de situatie van de artikelen 56 en 57 immers geen specifieke maatschappelijke verantwoordelijkheid op de partij die schade wordt berokkend, noch is er sprake van voorzienbaarheid of vermijdbaarheid van het nadeel.’⁴⁰

Ook redelijk recent nog werd het voorstel voor een ‘Wet tot gedogen van werken van algemeen belang’ vrijgegeven voor internetconsultatie, welk voorstel in art. 16 ook uitgaat van een recht op een volledige vergoeding van de schade bij het opleggen van een gedoogplicht.⁴¹

Aan de andere kant heeft de wetgever in de Waterwet bepaald dat gedoogplichten die van oudsher recht gaven op een volledige vergoeding, thans – in theorie – alleen recht geven op nadeelcompensatie overeenkomstig art. 7.14 Waterwet. Weliswaar wordt in de wetsgeschiedenis⁴² opgemerkt dat een vergoeding overeenkomstig art. 7.14 Waterwet ook volledig kan zijn, feit blijft dat art. 7.14 Waterwet is gebaseerd op het égalité-beginsel, hetgeen impliceert dat alleen onevenredige schade voor vergoeding in aanmerking komt.

De meningen over vergoeding via art. 7.14 Waterwet bij gedoogplichten zijn verdeeld. Zo meent De Jongh bijvoorbeeld dat uiteindelijk alle vormen van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad zijn gebaseerd op het égalité-beginsel, zoals neergelegd in art. 4:126 Awb, dus ook het opleggen van een gedoogplicht op grond van de Waterwet.⁴³ Bijvoorbeeld Van den Broek en Groothuijse,⁴⁴ Sluysmans⁴⁵ en Van Ravels⁴⁶ zijn bepaald een andere mening toegedaan. Zij menen, kort gezegd, dat de inbreuk die bepaalde gedoogplichten, bijvoorbeeld de plicht de aanleg van een waterstaatswerk te gedogen, op het eigendomsrecht maken een volledige vergoeding van de schade rechtvaardigt.

Welke visie verdient nu de voorkeur? Wat ons betreft valt voor het recht op een volledige vergoeding veel te zeggen. Het gaat bij de oplegging van gedoogplichten immers niet meer om regulering van eigendom, maar om een daadwerkelijke en fysieke aantasting van het eigendomsrecht. In dat opzicht ligt de gedoogplicht dicht tegen de onteigening aan.⁴⁷ Waar een eigenaar normaliter iedereen de toegang tot zijn eigendom kan ontzeggen, laat staan dat hij moet toestaan dat anderen werken op zijn eigendom uitvoeren of in stand houden, wordt de eigenaar met een gedoogplicht juist verplicht dat te accepteren en wordt in veel gevallen zijn eigendom ook fysiek aangetast. Dat rechtvaardigt een volledige schadeloosstelling.⁴⁸

Daarbij speelt ook nog de kwestie van de actieve risicoaanvaarding. Geschiedt vergoeding immers conform het égalité-beginsel en art. 4:126 Awb, dan is ook de regel van toepassing dat geen recht bestaat op vergoeding indien een redelijk handelend koper ten tijde van de aankoop rekening had gehouden met de kans op de schadeveroorzakende gebeurtenis.⁴⁹ Bijvoorbeeld bij de plicht om in een bergingsgebied overstromingen en

36. Art. 64b Onteigeningswet.

37. Art. 9 Waterstaatswet 1900. Zie hierover ook G.J.C. Schilthuis, *Waterschapsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1960, p. 413-414.

38. Kamerstukken II 2005/06, 30 509, nr. 3, p. 86.

39. Handelingen I 2006/07, nr. 12, p. 493.

40. Kamerstukken I 2005/06, 29 259, D, p. 21. Zeker ten aanzien van de voorzienbaarheid kunnen hier overigens vraagtekens bij worden geplaatst. Moet iemand die woont in een gebied met hoge archeologische waarden er immers geen rekening mee houden dat op een bepaald moment zijn land moet worden betreden voor het doen van onderzoeken? De vraag stellen is hem beantwoorden.

41. Het voorstel is te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/werkenvanalgemeenbelang.

42. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 63. Zie ook ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668.

43. De Jongh 2012, p. 495.

44. G.M. van den Broek & F.A.G. Groothuijse, *De schadevergoedingsregeling in de Waterwet*, O&A 2008/50.

45. J.A.M.A. Sluysmans & E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief*, O&A 2013/4.

46. B.P.M. van Ravels, *Bergingsgebieden, schadevergoeding en de Waterwet*, in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk (red.), *Weids water. Opstellen over waterrecht (Van Hall-bundel)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 207-253.

47. Zie hierover De Jongh 2012, p. 157-164. Zie ook J.A.M.A. Sluysmans, *Recht op onteigening (oratie Nijmegen)*, 4 juli 2013, p. 19-25.

48. Zie hierover uitgebreid de dissertatie van De Jongh 2012.

49. Zoals neergelegd in art. 4:126 lid 2 sub a Awb.

andere wateroverlast te dulden (art. 10.3 Omgevingswet), kan dit tot lastige discussies leiden. Heeft een eigenaar die de grond heeft gekocht nadat deze tot bergingsgebied is aangewezen, sowieso geen recht meer op een vergoeding bij wateroverlast? Bij vergoeding via art. 4:126 Awb, uitgaande van de huidige jurisprudentie, waarschijnlijk niet. Dit heeft echter de vervelende consequentie dat bij aanwijzing van een bergingsgebied de waardedaling veel groter zal zijn, omdat een koper dan weet dat hij nooit recht zal hebben op een vergoeding bij wateroverlast en dus een lagere prijs zal willen betalen.⁵⁰ Als de koper echter geen actieve risicoaanvaarding wordt tegengeworpen, dan zal de waardevermindering aanzienlijk lager zijn. Dit zou erin resulteren dat de schade door wateroverlast (grotendeels) pas hoeft te worden vergoed zodra de overlast zich daadwerkelijk voortdoet.

Wat ons betreft wordt dus gekozen voor een afwijkende schaderegeling voor gedoogplichten. De oplossing uit de Waterwet, een recht op nadeelcompensatie die vervolgens volledig kan zijn, lijkt ons in ieder geval niet te prefereren. Nadeelcompensatie kan wellicht wel een volledige vergoeding behelzen,⁵¹ het blijft dogmatisch toch onjuist om gevallen die standaard recht zouden moeten geven op een volledige vergoeding onder de noemer te brengen van het *égalité*-beginsel van art. 4:126 Awb, dat juist uitgaat van een tegemoetkoming. Als wordt gekozen voor een volledige vergoeding, dan zou de wetgever er beter aan doen om, voor de bij beschikking op te leggen gedoogplichten, aansluiting te zoeken bij het voorstel voor de ‘Wet tot gedogen van werken van algemeen belang’ in plaats van art. 4:126 Awb.

8 Afwenteling/adoptie bevoegdheid

Afdeling 4.5 van de Awb kent (vooralsnog) geen bepaling over de afwenteling van nadeelcompensatie, of de mogelijkheid voor een bestuursorgaan om de afwikkeling van nadeelcompensatieaanvragen naar zich toe te trekken.

In de bijzondere wetten die opgaan in de Omgevingswet, ontbreken afwentelingsbevoegdheden echter niet. Het gaat dan om:

- *art. 6.4a Wro*: dit artikel schept de bevoegdheid om een planschadevergoedingsovereenkomst te sluiten met de initiatiefnemer van een ruimtelijk project dat (mogelijk) planschade veroorzaakt. De bevoegdheid is in de wet opgenomen vanwege het arrest Nunspeet/Mulder,⁵² waarin de Hoge Raad oordeelde dat dergelijke overeenkomsten zonder wettelijke basis nietig

waren;⁵³

- *art. 29a lid 2 Ontgrondingenwet*: dit artikel bepaalt dat de schade veroorzaakt door het opleggen van een gedoogplicht wordt vergoed door degene die de gedoogplicht heeft aangevraagd;
- *art. 7.17 Waterwet*: via dit artikel kan het bestuursorgaan de schade bij beschikking in rekening brengen bij de aanvrager van het schadeveroorzakende besluit;
- *art. 8a.38 Wet luchtvaart*: luchtvaartmaatschappijen moeten op grond van dit artikel bijdragen in de te vergoeden schade als gevolg van een luchthavenindelingsbesluit of luchthavenverkeerbesluit.⁵⁴

Wij menen dat deze bepalingen niet zonder meer kunnen worden geschrapt. In de praktijk, zeker die van het ruimtelijke-ordeningsrecht waar schadeveroorzakende besluiten vaak worden genomen primair in het belang van een particuliere initiatiefnemer, bestaat immers een duidelijke behoefte om de schade te kunnen afwentelen op de initiatiefnemer. Zonder de genoemde bepalingen is het de vraag of die mogelijkheid in alle gevallen zou blijven bestaan, bijvoorbeeld bij beschikking of overeenkomst.⁵⁵ Weliswaar kan worden gewezen op een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin het verbinden van een financiële voorwaarde aan een beschikking is toegestaan,⁵⁶ maar in genoemde jurisprudentie zijn daaraan ook (strengere) voorwaarden verbonden.⁵⁷ Of dus zonder wettelijke bevoegdheid in alle gevallen afwenteling is toegestaan, blijft twijfelachtig.⁵⁸ Daarbij komt nog dat in de literatuur verdedigd is dat afwenteling zonder wettelijke basis in strijd zou zijn met het legaliteits- en specialiteitsbeginsel.⁵⁹

Wat ons betreft zou een algemene afwentelingsbepaling in de Wet nadeelcompensatie moeten worden opgeno-

50. Zie hierover verder F.A.G. Groothuijse, De aanwijzing, aanleg, regulering en ingebruikname van bergingsgebieden onder de Waterwet, TBR 2010/158.

51. Bijv. ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222.

52. HR 2 mei 2003, NJ 2003/485 (Nunspeet/Mulder).

53. Zie hierover verder bijv. C.N.J. Kortmann & S.L. Broersen, ‘Voldoende anderszins verzekerd’: het voorkomen, beperken en afwentelen van planschadekosten, Gst. 2013/46 en J. Hoekstra, De spoedwet (inzake) planschade, BR 2005/673.

54. Zie over deze afwentelingsbevoegdheden verder J.B. van Doorn, Naar een (Awb-)regeling voor afwenteling van nadeelcompensatie?, O&A 2013/5, p. 209-218.

55. F.A. Mulder & D. Elmhassani, Afwenteling van nadeelcompensatie, O&A 2008/33, p. 58-67.

56. Zie bijv. ARRvS 12 januari 1982, AB 1982/299, ARRvS 21 augustus 1984, AB 1994/542, ARRvS 9 juli 1986, AB 1987/360, ARRvS (vzr.) 29 oktober 1992, AB 1993/183, ABRvS 10 mei 1995, Rawb/72, ABRvS 8 januari 1998, JB 1998/34, HR 19 mei 2000, NJ 2000/639, ABRvS 21 oktober 2009, 200901067/1/H2 en ABRvS 4 juni 2014, 201308827/1/A2. Zie ook M.W. Scheltema & M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht; wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 247.

57. Zo moet de vergoeding van nadeelcompensatie ten goede komen aan de doelstelling van de wettelijke regeling, passen binnen het wettelijk kader en moet zij rechtstreeks gerelateerd zijn aan de extra kosten of derving van inkomsten van het betreffende bestuursorgaan. Zie expliciet ABRvS 21 oktober 2009, 200901067/1/H2 en ABRvS 4 juni 2014, 201308827/1/A2.

58. Zie ook Mulder & Elmhassani 2008 en Van Doorn 2013.

59. Zie bijv. R.M. van Male, Marionette. Over het afwentelen van nadeelcompensatie bij beschikkingsvoorschrift, in: T. Hoogenboom & L.J.A. Damen (red.), In de sfeer van administratief recht, Utrecht: Lemma 1994 en de noot van R.J.N. Schlössels bij de uitspraak van 8 januari 1998 in JB 1998/34.

men, idealiter in de Awb, zodat de bepaling niet alleen op de Omgevingswet van toepassing is.⁶⁰ Deze bepaling zou de bevoegdheid moeten scheppen om naar keuze nadeelcompensatie bij beschikking(svoorschrift) af te wentelen of via een overeenkomst. Op die manier kan aan de praktijk worden overgelaten in welke gevallen voor welk instrument wordt gekozen. Ook wordt aangesloten bij de huidige ruimtelijke praktijk, waarbij planschade via een overeenkomst of via een grondexploitatieplan wordt verhaald.⁶¹

Ten slotte nog de adoptiebepaling. Dit is een bepaling die een bestuursorgaan in staat stelt om de bevoegdheid te besluiten op schadeaanvragen naar zich toe te trekken (te adopteren). Zeker bij grote infrastructurele projecten kan het aantrekkelijk zijn om een bestuursorgaan verantwoordelijk te maken voor de afwikkeling van de schadeverzoeken, ook vanuit het perspectief van de burger.⁶² Een dergelijke bepaling ontbreekt in de wetten die in de Omgevingswet zullen opgaan.⁶³ Desalniettemin lijkt het ons, zoals Koopmans ook betoogt,⁶⁴ wenselijk een dergelijke bepaling in de invoeringswet op te nemen.

9 Afronding

In het licht van de komst van de nieuwe Omgevingswet zijn wij nagegaan of nadeelcompensatiebepalingen in de in de Omgevingswet op te nemen wetten gehandhaafd moeten blijven, of kunnen worden geschrapt bij de invoering van de Wet nadeelcompensatie. Alleen bij het opleggen van een gedoogplicht bestaan fundamentele bezwaren om zonder meer art. 4:126 Awb van toepassing te verklaren. Dergelijke bezwaren zien wij niet bij het schrappen van de bijzondere bepalingen omtrent planschade (en andere limitatieve vergoedingsstelsels). Wel zou in een aantal gevallen (bevoegde rechter, afwenteling en adoptie) een bijzondere regeling in aanvulling op de nieuwe afdeling 4.5 van de Awb wenselijk zijn.

60. Met uitzondering wellicht van art. 8a.38 Wet luchtvaart. Dit betreft immers een bijzondere afwenteling bij heffing, specifiek toegesneden op deze wet.
61. Eventueel verschuldigde planschade is immers een kostenpost die kan worden meegenomen bij het opstellen van een exploitatieplan (art. 6.13 lid 1 sub c onder 2o Wro en art. 6.2.4 aanhef en onder I Bro).
62. Het oprichten van een gemeenschappelijke regeling, zoals het Schadeschap Schiphol, is dan ook niet meer noodzakelijk (zie Stcrt. 1998, 223, p. 1).
63. Voor zover een bepaling dat andere schadevergoedingsregelingen niet van toepassing zijn, niet kwalificeert als 'adoptie'. Zie bijv. art. 22 lid 2 Tracéwet, art. 7.16 Waterwet of art. 8.31 lid 3 Wet luchtvaart.
64. E. Koopmans, de behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie bij grote overheidsprojecten, de problemen, de huidige juridische voorzieningen en een mogelijke nieuwe oplossing in de Awb, O&A 2009/24.