

# Schadeoorzaken en schaduw schade in de nieuwe Omgevingswet

Mr. I.P.A. van Heijst, datum 05-09-2017

Net als de Wro gaat ook de Omgevingswet uit van een limitatieve lijst van schadeoorzaken. De Omgevingswet gaat, anders dan de Wro, echter uit van een geheel nieuwe wijze van schadevaststelling doordat het moment dat een aanspraak voor een planschadevergoeding kan worden gevraagd wordt 'doorgeschoven'. In deze bijdrage wordt aan de hand van een casus stilgestaan bij de veronderstelling van de minister dat het 'doorschuiven' betekent dat onder de Omgevingswet 'theoretische schade' niet langer wordt vergoed. Ook wordt een belangrijk effect van het doorschuiven besproken, namelijk de vergroting van het probleem van schaduw schade.

## 1. Inleiding

Op 5 januari jl. heeft de Minister van Infrastructuur & Milieu haar 'consultatie'-voorstel voor een wettelijke regeling voor de vergoeding van planschade en nadeelcompensatie in het nieuwe omgevingsrecht gepubliceerd.<sup>[1]</sup> Deze regeling zal een plaats krijgen in afdeling 15.1 van de nieuwe Omgevingswet.

Deze nieuwe wettelijke regeling zal niet alleen de huidige wettelijke regeling voor planschade (afdeling 6.1 Wro) vervangen, maar ook alle schaderegelingen uit de wetten die met de Wro opgaan in de nieuwe Omgevingswet<sup>[2]</sup> en vele van de bestaande buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen. Aldus zal afdeling 15.1 een algemene regeling bieden voor de vergoeding van schade ('nadeelcompensatie') als gevolg van – rechtmatige – besluiten van de overheid in het omgevingsrecht.<sup>[3]</sup> De nieuwe wettelijke nadeelcompensatieregeling in afdeling 15.1 Omgevingswet zal gaan gelden als een bijzondere regeling ten opzichte van de algemene regeling voor nadeelcompensatie in titel 4.5 Awb.

De nieuwe wettelijke nadeelcompensatieregeling is er volgens de minister op gericht *"om de overheid, initiatiefnemer en benadeelde vooraf meer duidelijkheid te bieden over de vraag in welke gevallen om schadevergoeding kan worden verzocht, wanneer daarom kan worden verzocht, welk orgaan het verzoek afwikkelt, wie de schadevergoeding uiteindelijk betaalt en wat de omvang van de schadevergoeding zal zijn. Deze duidelijkheid vooraf maakt een integrale en waar nodig flexibele aanpak van de fysieke leefomgeving beter mogelijk."*<sup>[4]</sup>

Tijdens de consultatieperiode hebben veel maatschappelijke organisaties een reactie op de voorgestelde nieuwe nadeelcompensatieregeling gegeven. Deze reacties varieerden van sterk positief (vooral vanuit de hoek van projectontwikkelaars en gemeenten) tot sterk negatief (Vereniging Eigen Huis); de betreffende reacties leken vooral te zijn ingegeven door het belang bij wel of niet een beperking van het huidige recht op vergoeding van planschade en nadeelcompensatie. Ook vanuit de wetenschap en praktijk zijn inmiddels vele commentaren bij het wetsvoorstel verschenen.<sup>[5]</sup> Deze commentaren waren bijna zonder uitzondering uiterst kritisch: betwijfeld werd of de door de minister beoogde doelen wel zouden worden bereikt, terwijl gewaarschuwd werd voor onder meer het verschuiven van discussies over schades naar omgevingsplanprocedures en een sterke toename van de bestuurslasten die gemoeid zullen zijn met de behandeling van meer aanvragen om schadevergoeding (per activiteit); algemeen werd geconcludeerd dat het wetsvoorstel zal leiden tot een vergaande beperking van de mogelijkheden voor burgers en bedrijven om geleden schade in het omgevingsrecht nog daadwerkelijk vergoed te krijgen.

De minister heeft de consultatiereacties inmiddels verwerkt in een gewijzigd conceptwetsvoorstel,<sup>[6]</sup> met eveneens een gewijzigde Memorie van Toelichting; dit conceptwetsvoorstel is inmiddels voor advies aan de Raad van State gezonden. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de minister aangegeven dat haar inzet erop gericht is om het definitieve wetsvoorstel 'in 2018' aan de Tweede Kamer aan te bieden.<sup>[7]</sup>

Op verzoek van de redactie zal in dit artikel ingezoomd worden op twee specifieke onderwerpen van het meest recente conceptwetsvoorstel, te weten (a) de reikwijdte van deze nieuwe wettelijke nadeelcompensatieregeling; en (b) de schaduw schade. Aan de hand van een concrete casuspositie zal met name nagegaan worden wat de gevolgen van de voorgestelde regeling van deze twee onderwerpen zullen zijn voor de mogelijkheden voor burgers en bedrijven om schade die zij door maatregelen in het nieuwe omgevingsrecht lijden nog vergoed te krijgen.

## 2. Reikwijdte nieuwe nadeelcompensatieregeling

### 2.1 Inleiding

In ons recht wordt algemeen aanvaard dat een burger of bedrijf aanspraak kan maken op schadevergoeding

(nadeelcompensatie) indien hij of zij door op zichzelf rechtmatig handelen van de overheid onevenredig nadeel ondervindt: het zogenaamde égalitébeginsel. Dit rechtsbeginsel is in de loop van de afgelopen decennia in de rechtspraak steeds meer ingevuld, en heeft uiteindelijk in 2013 geleid tot een algemene wettelijke regeling van nadeelcompensatie in titel 4.5 van de Awb. Deze regeling is echter nog altijd niet in werking getreden uit vrees voor een te ruime werking van deze regeling op met name het terrein van het omgevingsrecht. Met het wetsvoorstel voor een specifieke nadeelcompensatieregeling voor het omgevingsrecht beoogt de minister een al te ruime toepassing van het recht op nadeelcompensatie in het omgevingsrecht te voorkomen.

## 2.2 Limitering van schadeoorzaken

In de memorie van toelichting geeft de minister aan dat het conceptwetsvoorstel de algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb 'tot uitgangspunt neemt'<sup>[9]</sup> en dat daarom de grondslagen en procedurele bepalingen van Titel IV.5 Awb ook van toepassing zullen zijn op de toekenning van nadeelcompensatie op grond van de Omgevingswet. Volgens de minister kan echter in het omgevingsrecht een beperking van de schadeoorzaken die tot nadeelcompensatie kunnen leiden niet worden gemist. Onverkorte toepassing van de Awb zou volgens de minister immers betekenen dat op elk moment in het besluitvormingsproces een aanspraak op nadeelcompensatie zou kunnen ontstaan, en daarmee dus ook al voordat integrale besluitvorming over een nieuwe ontwikkeling heeft plaatsgevonden. Dit zou er volgens de minister toe kunnen leiden dat overheden zich belemmerd zullen gaan voelen om beleidsvoornemens kenbaar te maken omdat zij vrezen dat dit tot nadeelcompensatie moet leiden. Bovendien acht de minister het niet uitgesloten dat een ruime reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling in het omgevingsrecht tot een aanzuigende werking van verzoeken om nadeelcompensatie gaat leiden, waardoor de bestuurslasten onaanvaardbaar zullen toenemen.<sup>[10]</sup>

Om deze redenen kiest de minister in haar voorstel voor een beperking van de reikwijdte van het recht op nadeelcompensatie in het omgevingsrecht door op vergelijkbare wijze als in de huidige wettelijke planschaderegeling in artikel 15.1 Omgevingswet, een limitatieve opsomming van schadeoorzaken op te nemen; uitsluitend deze schadeoorzaken kunnen in het omgevingsrecht aanspraak geven op nadeelcompensatie.

## 2.3 De nieuwe schadeoorzaken

In artikel 15.1 Omgevingswet is een limitatieve lijst opgenomen van de maatregelen die tot een aanspraak op schadevergoeding kunnen leiden. Dit betreft dan allereerst de nieuwe instrumenten in het omgevingsrecht, te weten (de besluiten tot vaststelling of wijziging van) een omgevingsplan, omgevingsverordening, omgevingsvergunning en projectbesluit.<sup>[11]</sup> Daarnaast zijn afzonderlijk als schadeoorzaken opgenomen: regels in een waterschapsverordening of algemene maatregelen van bestuur ex artikel 4.3 Omgevingswet met betrekking tot de fysieke leefomgeving, maatwerkvoorschriften, besluiten ex artikel 4.7 Omgevingswet inzake gelijkwaardige maatregelen, peilbesluiten, beschrijvingen van toegestane activiteiten in een programma<sup>[12]</sup> en bijzondere maatregelen in geval van calamiteiten (ex artikelen 19.4, 19.5 of 19.15 Omgevingswet).

Al deze schadeoorzaken zijn besluiten, die rechtstreeks rechten en verplichtingen voor burgers en bedrijven scheppen. Daarmee zijn – evenals in het huidige planschaderecht – als schadeoorzaken uitgesloten meer beleidsmatige stukken van overheden op het gebied van omgevingsrecht (bijvoorbeeld een omgevingsvisie). Dergelijke beleidsstukken kunnen dus ook in de toekomst worden voorbereid en vastgesteld zonder dat de betreffende overheid bang hoeft te zijn voor schadeclaims.

## 2.4 'Doorschuiven' van een aanspraak op schadevergoeding

In de nieuwe Omgevingswet zal het omgevingsplan een veel ruimere strekking krijgen dan het huidige bestemmingsplan. De minister heeft willen voorkomen dat deze verruimde reikwijdte van het omgevingsplan – en evenzo bepalingen van verordeningen of algemene maatregelen van bestuur – reeds tot een aanspraak op (plan)schadevergoeding zouden kunnen leiden. Daartoe heeft de minister in de voorgestelde regeling de aanspraak op schadevergoeding bij deze instrumenten 'doorgeschoven' naar het moment van het verlenen van een omgevingsvergunning voor een concrete activiteit of een projectbesluit (artikel 15.1 lid 2 en 3 Omgevingswet), of – als voor een activiteit geen omgevingsvergunning vereist is – het moment van melding of feitelijke uitvoering van de betreffende activiteit (artikel 15.3 lid 1 Omgevingswet).

Wanneer onder het huidige recht een plan voor de aanleg van een nieuw bedrijventerrein vanuit bijvoorbeeld een omgevingsvisie planologisch wordt geregeld in een bestemmingsplan, kan de eigenaar van een tegenover liggende woning zodra dat bestemmingsplan onherroepelijk is geworden op grond van dat bestemmingsplan aanspraak maken op vergoeding van de schade, die hij lijdt als gevolg van de op grond van dat bestemmingsplan mogelijke realisering van dat bedrijventerrein (onafhankelijk van de vraag of, wanneer en hoe dit bedrijventerrein gerealiseerd zal worden).

Onder de nieuwe Omgevingswet zal het plan voor de aanleg van een nieuw bedrijventerrein vanuit een omgevingsvisie planologisch worden geregeld in een omgevingsplan. Die regeling zal – naar keuze van de gemeente – nog heel globaal kunnen zijn, of juist al heel concreet. Om te voorkomen dat een gemeente enkel uit angst voor planschadeclaims haar omgevingsplan minder globaal of flexibel zou maken dan zij zou wensen, wordt in de nieuwe nadeelcompensatieregeling

voorgesteld om de aanspraak op vergoeding van planschade 'door te schuiven' naar het moment waarop op basis van het omgevingsplan een omgevingsvergunning wordt verleend voor een concrete activiteit, bijvoorbeeld de bouw van een bedrijfspand op het nieuwe bedrijventerrein. Dan pas zal de eigenaar van een tegenover liggende woning aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Maar die aanspraak geldt dan niet voor de schade als gevolg van de aanleg van het hele bedrijventerrein, maar alleen voor de schade die hij lijdt als gevolg van de bouw van het bedrijfspand, waarvoor de betreffende omgevingsvergunning is verleend. Wanneer het voorheen vrije uitzicht van die woning verloren gaat doordat er in vijf jaar tijd uiteindelijk twee nieuwe bedrijfspanden naast elkaar tegenover deze woning worden gebouwd, zal de eigenaar volgens de nieuwe regeling tweemaal een aanvraag om schadevergoeding moeten indienen (steeds nadat een omgevingsvergunning voor een van die panden is verleend). <sup>[13]</sup>

Volgens de minister sluit op deze wijze de mogelijke schadevergoeding aan op wat in werkelijkheid wordt gebouwd en wordt daarmee voorkomen 'dat planschade wordt vergoed voor ontwikkelingen die zich in de werkelijkheid niet voordoen', ook wel geduid als "theoretische schade". <sup>[14]</sup> Deze schade zou dan volgens de toelichting bij het voorstel – als indirecte planschade – moeten worden vastgesteld aan de hand van een vergelijking van de marktwaarde die de onroerende zaak heeft in de feitelijke situatie voor en na de besluitvorming door de overheid (in het voorbeeld: voor en na het verlenen van de omgevingsvergunning voor de bouw van het betreffende bedrijfspand). Daarmee zou 'de vaststelling van de schade zich, veel meer dan nu het geval is, richten op de feitelijke situatie'. <sup>[15]</sup>

Mijns inziens getuigen deze gedachten van een onjuist beeld van het begrip '(markt-)waarde van een onroerende zaak' en de wijze waarop deze waarde wordt bepaald, en volgens de regels van taxatieleer ook móet worden bepaald. <sup>[16]</sup> De marktwaarde van een woning wordt niet alleen bepaald door de feitelijke situatie op het moment van taxeren, maar zeker ook door de verwachtingen ten aanzien van de toekomstige situatie in de directe omgeving: het is evident dat een woning minder waard is als er op het moment van taxeren al een plan is dat voorziet in bijvoorbeeld de aanleg van een bedrijventerrein tegenover deze woning dan wanneer dat plan er niet is. Hoe groot de invloed van dat plan op de waarde van deze woning zal zijn zal sterk afhangen van het stadium waarin de planvorming verkeert (nog relatief weinig invloed in het begin van de plancycclus tot relatief veel invloed zodra het plan is vastgesteld en onherroepelijk is geworden) en hoe concreet het plan is (bij een nog weinig concreet plan zal bij de taxatie rekening – moeten – worden gehouden met veel nadelige gevolgen, terwijl bij een concreet plan uitsluitend rekening zal worden gehouden met de nadelige gevolgen van dat plan).

In onderstaand schema wordt duidelijker waar de benadering van het wetsvoorstel toe leidt:

| huidige planschaderegeling (afdeling 6.1 Wro) | x € 1000                                                                                                                                                     | voorstel nieuwe nadeelcompensatieregeling | x € 1000                                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A                                             | waarde woning in oude planologische situatie (tegenover open gebied/vrij uitzicht)                                                                           | 400                                       | waarde woning in oude planologische situatie (tegenover open gebied/vrij uitzicht)                                                                                           | 400 |
| B.1                                           | waarde woning na publicatie beleidsvisie met plan voor bedrijventerrein tegenover woning                                                                     | 390                                       | waarde woning na publicatie beleidsvisie met plan voor bedrijventerrein tegenover woning                                                                                     | 390 |
| B.2                                           | waarde woning na terinzagelegging ontwerpbestemmingsplan met planologische regeling voor bedrijventerrein tegenover woning                                   | 360                                       | waarde woning na terinzagelegging ontwerpomgevingsplan met planologische regeling voor bedrijventerrein tegenover woning                                                     | 360 |
| B.3                                           | waarde woning in nieuwe planologische situatie (met onherroepelijk bestemmingsplan voor bedrijventerrein tegenover woning, maar feitelijk nog vrij uitzicht) | 340                                       | waarde woning in nieuwe planologische situatie (met vaststelling en inwerkingtreding omgevingsplan voor bedrijventerrein tegenover woning, maar feitelijk nog vrij uitzicht) | 350 |

|                                                                 |            |                                                                                                                                                                                            |                                                                                                      |     |
|-----------------------------------------------------------------|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B.4                                                             | -          | -                                                                                                                                                                                          | waarde woning na verlenen omgevingsvergunning voor bouw 1 <sup>e</sup> bedrijfspand tegenover woning | 345 |
| B.5                                                             | -          | -                                                                                                                                                                                          | waarde woning na verlenen omgevingsvergunning voor bouw 2 <sup>e</sup> bedrijfspand tegenover woning | 340 |
| planschade: A – B3 =<br>400 – 340 =                             | 60         | nadeelcompensatie in verband met bouw 1 <sup>e</sup> bedrijfspand B3-B4 = 350 - 345 =<br>nadeelcompensatie in verband met bouw 2 <sup>e</sup> bedrijfspand (B4-B5) = 345 - 340 =<br>totaal | 5<br><u>5</u><br>10                                                                                  |     |
| korting normaal maatschappelijk risico 2% (of bij 5%)           | 8<br>(20)  | korting normaal maatschappelijk risico 5% – bij vergunning 1 <sup>e</sup> bedrijfspand<br>– eventueel bij vergunning 2 <sup>e</sup> bedrijfspand                                           | 20<br><u>20</u>                                                                                      |     |
| planschadevergoeding (of bij 5% normaal maatschappelijk risico) | 52<br>(40) | nadeelcompensatie 1 <sup>e</sup> bedrijfspand<br>nadeelcompensatie 2 <sup>e</sup> bedrijfspand<br>totaal                                                                                   | nihil<br><u>nihil</u><br>nihil                                                                       |     |

Hoewel dit uit de toelichting bij het wetsvoorstel niet helder blijkt, zou de minister verondersteld kunnen hebben dat met het vaststellen van de waarde van de woning in de 'oude' feitelijke situatie (= zonder bedrijfspand tegenover de woning) feitelijk de waarde wordt vastgesteld van de woning in de oude planologische situatie (= waarde sub A). Die veronderstelling is dan echter onjuist: wanneer per het moment van verlenen van de omgevingsvergunning voor het 1<sup>e</sup> bedrijfspand de waarde van de woning moet worden bepaald, zal de markt op basis van het omgevingsplan allang de komst van het bedrijventerrein inclusief de mogelijke bouw van een of meer bedrijfspanden in de waarde van de tegenover dit toekomstige nieuwe bedrijventerrein liggende woningen hebben verdisconteerd.

De waarde van zo'n woning wordt dan ook op dat moment niet alleen bepaald door de feitelijke situatie (– nog – geen bedrijfsbebouwing tegenover deze woning), maar óók door de nieuwe planologische situatie ter plaatse (met een onherroepelijk omgevingsplan dat al enige tijd onder meer de aanleg van een bedrijventerrein inclusief bebouwing tegenover de woning mogelijk maakt).

Dit taxatieprobleem zou opgelost kunnen worden door uitdrukkelijk in de wet op te nemen dat bij de waardering van de woning in de oude feitelijke situatie per datum verlening omgevingsvergunning de invloed van de 'nieuwe planologie' (= invloed omgevingsplan) moet worden weggedacht. Deze wijze van taxeren is op zichzelf niet nieuw: in het onteigeningsrecht is in sommige gevallen ook voorgeschreven dat bij het taxeren van de waarde van het onteigende bepaalde planologische besluiten moeten worden weggedacht.<sup>[17]</sup> Nadeel van deze wijze van taxeren is wel dat 'de waarde in de oude feitelijke situatie' dan niet meer aansluit bij de marktwaarde, en dus ook niet rechtstreeks uit de beschikbare marktgegevens (WOZ-waarden en/of recente verkoopprijzen) kan worden afgeleid.

In de praktijk wordt een planschade/waardedaling van een woning van 10% beschouwd als een 'ernstige schade'. Uit bovenstaand voorbeeld blijkt dat het 'doorschuiven' van de aanspraak op schadevergoeding naar het moment van verlenen van de omgevingsvergunning – in combinatie met het in alle gevallen toepassen van een korting normaal maatschappelijk risico van 5% – in de praktijk ertoe zal leiden dat een eigenaar zelfs bij zo'n ernstige schade niet of nauwelijks meer voor een vergoeding in aanmerking komt. Als dit de achterliggende bedoeling van het wetsvoorstel is, zou het de minister

hebben gesierd om ook dit als doelstelling in de toelichting op te nemen. Ik vrees echter dat dit effect veeleer het gevolg is van een onjuiste perceptie van de in het wetsvoorstel gehanteerde begrippen 'waarde' en 'werkelijk geleden schade'. Door het nieuwe wettelijke systeem te baseren op deze onjuiste perceptie zal de beoogde duidelijkheid over de aard en omvang van de te vergoeden schade voor alle betrokken partijen in elk geval niet toenemen!

### 3. Schaduwschade

Eén van de knelpunten van de huidige planschaderegeling betreft het ontbreken van een wettelijke regeling voor vergoeding van zogenaamde schaduwschade. Een gevolg van het limiteren van schadeoorzaken die aanleiding kunnen geven voor planschade is dat schade, die al wordt geleden voordat de betreffende schadeoorzaak zich heeft voorgedaan, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit levert in de praktijk met enige regelmaat schrijnende situaties op.<sup>[18]</sup>

Volgens de minister is echter ook in de nieuwe regeling een aparte grondslag voor de vergoeding van deze schaduwschade niet nodig. Volgens de minister worden 'schrijnende gevallen in de praktijk vrijwel altijd opgelost',<sup>[19]</sup> zodat een generieke regeling niet nodig zou zijn. En overigens acht de minister een generieke regeling van schaduwschade ook niet gewenst omdat zo'n regeling 'een aanzuigende werking op schadeverzoeken kan hebben', 'een zekere periode van onzekerheid tot het normaal maatschappelijk risico behoort', de bestuurslasten zouden toenemen en 'het doorschuiven van de aanspraak op schadevergoeding naar het moment van de activiteit geen zin meer zou hebben'.

Deze argumenten overtuigen geenszins. De discussie over de vergoeding van schaduwschade blijft voortdurend terugkomen juist omdat zich in de praktijk steeds weer schrijnende gevallen voordoen die niet worden opgelost. Bij de huidige wetgeving en jurisprudentie heeft iemand die schaduwschade lijdt echter 'geen poot om op te staan' en is hij geheel afhankelijk van de adhoc-bereidheid van een betrokken overheid om aan zijn schade tegemoet te komen. In de praktijk gebeurt dit alleen wanneer de betreffende overheid op enig moment een eigen belang krijgt bij een oplossing, bijvoorbeeld doordat zij dan relatief goedkoop en snel de betreffende woning kan verwerven voor haar toekomstige project.

Het ontbreken van een adequate regeling voor de vergoeding van schaduwschade klemmt in het wetsvoorstel te meer omdat het aantal gevallen van schaduwschade door dit wetsvoorstel sterk zal toenemen. De discussie over een regeling voor de vergoeding van schaduwschade ging tot nu toe steeds over de vergoeding van de schade die al ontstaat in de fase vóór het onherroepelijk worden van een bestemmingsplan of tracébesluit. Het betreft dus de schade, die in het hierboven opgenomen schema op de regels B1 en B2 is aangeduid.

In het huidige planschaderecht heeft een eigenaar pas recht op planschadevergoeding vanaf het onherroepelijk worden van één van de in de Wro limitatief genoemde schadeoorzaken. Als de eigenaar op dat moment nog eigenaar is zal hij op basis van een vergelijking tussen de oude en nieuwe planologische situatie de schaduwschade alsnog vergoed krijgen. Het probleem doet zich in de huidige regeling met name voor bij de eigenaren die met de verkoop van hun woning niet kunnen wachten op het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan of tracébesluit: zij blijven met de schaduwschade zitten of kunnen hun woning helemaal niet verkocht krijgen.

In de nieuwe wettelijke regeling zal de periode waarin sprake is van schaduwschade veel langer worden door het opschuiven van de aanspraak op schadevergoeding naar het moment van verlenen van de omgevingsvergunning. Bovendien zal de lengte van die periode niet alleen meer afhankelijk zijn van de tijd die de overheid zelf nodig heeft om tot een onherroepelijke schadeoorzaak te komen, maar evenzeer van de tijd die de initiatiefnemer gebruikt om te komen tot een concrete omgevingsvergunning. Voor deze nieuwe vorm van schaduwschade stelt het wetsvoorstel als oplossing voor (in artikel 15.4 Omgevingswet) dat een koper, die in de periode tussen het vaststellen van een omgevingsplan en het verlenen van een omgevingsvergunning een woning koopt, na het verlenen van de omgevingsvergunning aanspraak op nadeelcompensatie kan maken en dan geen voorzienbaarheid krijgt tegengeworpen. Dit zal volgens de minister tot gevolg hebben dat 'een mogelijk waardedrukkend effect van nog niet benutte mogelijkheden van een omgevingsplan ten minste in enige mate worden beperkt'.<sup>[20]</sup> Mijns inziens gaat deze veronderstelling al niet op omdat zij voorbij gaat aan het feit dat een koper als gevolg van de verplichte toepassing van een korting normaal maatschappelijk risico van 5% nimmer een volledige vergoeding van zijn schade zal krijgen. Maar ook los daarvan zal een koper in de periode tussen omgevingsplan en omgevingsvergunning bij het bepalen van zijn koopprijs rekening houden met de mogelijk nadelige gevolgen van het omgevingsplan, en geenszins die nadelige gevolgen willen 'wegdenken' vanwege een onzeker vooruitzicht op mogelijk enige nadeelcompensatie ergens in de toekomst.

### 4. Alternatief?

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het voorstel voor de nieuwe nadeelcompensatieregeling in het omgevingsrecht sterk is ingegeven door de angst dat zonder limitering van de schadeoorzaken het aantal verzoeken om schadevergoeding sterk zal toenemen. Zoals zo vaak is angst echter een slechte raadgever. Juist bij het vormgeven van



een wettelijke regeling voor de vergoeding van onevenredige schade past het niet om bepaalde schadeoorzaken of vormen van schade bij voorbaat uit te sluiten van de mogelijkheid om de onevenredigheid van daadwerkelijk geleden schade te (laten) toetsen. Feitelijk draait het bij deze toets om de vraag welke schade wegens normaal maatschappelijk risico redelijkerwijs voor rekening van de burger moet blijven. Het ligt dan ook veel meer voor de hand om de oplossing niet te zoeken in het bij voorbaat uitsluiten of gekunsteld doorschuiven van aanspraken op schadevergoeding met alle complicaties voor het bepalen van de omvang van de schade van dien, maar om vooraf duidelijkheid te verschaffen over het deel van de schade dat wegens normaal maatschappelijk risico voor rekening van de aanvrager zal blijven. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door bij de verschillende instrumenten reeds vooraf in een algemene maatregel van bestuur<sup>[21]</sup> een duidelijke drempel/forfait op te nemen, bijvoorbeeld 20% bij nadeel als gevolg van louter beleidsvisies, 5% bij nadeel als gevolg van omgevingsplannen en 2% bij nadeel als gevolg van afwijking van een omgevingsplan ten behoeve van een concrete activiteit.

## 5. Nog enkele 'losse' opmerkingen

Over de gekozen reikwijdte voor de nadeelcompensatieregeling in het omgevingsrecht en de wijze waarop deze in het wetsvoorstel is vormgegeven valt nog veel meer op te merken. Daarvoor is binnen de mij gegeven ruimte voor deze bijdrage geen plaats. Ik volsta met nog een paar korte 'losse' opmerkingen vanuit de praktijk:

- In artikel 15 lid 1 Omgevingswet is de voorrang van de bijzondere regeling voor nadeelcompensatie in de Omgevingswet ten opzichte van de algemene nadeelcompensatieregeling in titel 4.5 Awb moeizaam (lees: voor burgers nauwelijks begrijpelijk) geregeld. Waarom niet in dit artikel 'gewoon' opnemen dat als een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening etc. op grond van de Omgevingswet schade veroorzaakt 'alleen aanspraak op vergoeding van schade als bedoeld in artikel 4:126, eerste lid Awb bestaat indien die schade is veroorzaakt door ... etc.' (en dat op die aanspraak titel 4.5 Awb van toepassing is voor zover daarvan in afdeling 15.1 Omgevingswet niet wordt afgeweken)?
- In het conceptwetsvoorstel is niet opgenomen wanneer de aanspraak op nadeelcompensatie ontstaat (vergelijk in het huidige recht: met en per de datum van onherroepelijk worden van het betreffende besluit).
- In het conceptwetsvoorstel is overigens evenmin opgenomen per welke datum de omvang van het nadeel moet worden bepaald dat wordt veroorzaakt door een besluit (vergelijk in het huidige recht: per de datum van inwerkingtreding van het betreffende besluit).<sup>[22]</sup>
- Voor de gevallen waarin de aanspraak op schadevergoeding op grond van een omgevingsplan niet kan worden doorgeschoven naar een moment van verlenen van een omgevingsvergunning omdat voor de betreffende activiteit geen omgevingsvergunning is vereist, is in artikel 15.3 lid 1 Omgevingswet enkel opgenomen dat een aanvraag om schadevergoeding 'kan worden ingediend' op het moment van melding of start feitelijke uitvoering van die activiteit. Daarmee is ook in die gevallen niet duidelijk geregeld wanneer de aanspraak op schadevergoeding ontstaat en per welke datum de omvang van het nadeel moet worden bepaald.
- In het conceptwetsvoorstel is alleen geregeld hoe de waardevermindering van een onroerende zaak moet worden bepaald indien geen omgevingsvergunning is vereist (artikel 15.3 lid 2), en daarmee niet hoe de waardevermindering (of inkomensschade) moet worden bepaald wanneer wél een omgevingsvergunning (of projectbesluit) is vereist.<sup>[23]</sup>
- Voor de praktijk (onder meer bij de uitvoering van grote projecten door Rijkswaterstaat, ProRail, provincies, waterschappen en gemeenten) is een duidelijke regeling van uitvoeringsschade van groot belang. Uit het wetsvoorstel blijkt niet duidelijk of bij het aanwijzen van het besluit tot het verlenen van een omgevingsvergunning of het nemen van een projectbesluit voor zo'n groot project als schadeoorzaak (artikel 15.1 lid 1i of j) ook de feitelijke uitvoering van die vergunning of dat projectbesluit omvat.<sup>[24]</sup> Of geldt de feitelijke uitvoering in die gevallen als afzonderlijke schadeoorzaak, waarop artikel 15.3 lid 1 van toepassing is? En zo ja, betekent dat dan ook dat twee keer een korting normaal maatschappelijk risico wordt/moet worden toegepast?
- In het conceptwetsvoorstel is (nog) geen regeling opgenomen voor het geval sprake is van meerdere schadeoorzaken, die deels behoren tot de limitatief in artikel 15.1 opgesomde schadeoorzaken en deels niet. Zo komt het in de praktijk regelmatig voor dat uitvoeringsschade wordt geleden die deels veroorzaakt wordt door de feitelijke uitvoering van aanleg- of bouwwerkzaamheden en deels door verkeersbesluiten (bijvoorbeeld de tijdelijke geslotenverklaring van een weg of brug).
- Tot slot: in het conceptwetsvoorstel is 'opeens' de vergoeding van immateriële schade – bijvoorbeeld derving van woongenot – alsnog uitgesloten (artikel 15.2 Omgevingswet). De tekst van deze bepaling is al even moeizaam/voor burgers onbegrijpelijk als het eerste deel van artikel 15.1 Omgevingswet. Ergerlijker is dat uit de MvT niet af te leiden is waarom immateriële schade niet meer voor vergoeding in aanmerking zou moeten kunnen komen. Verwezen wordt enkel naar het feit dat dergelijke schade ook in de huidige wettelijke regeling voor planschade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is weliswaar juist, maar gaat er aan voorbij dat dergelijke schade naar huidig recht wel als nadeelcompensatie voor vergoeding in aanmerking komt. Juist de

uitvoering van grote overheidsprojecten kan voor direct omwonenden leiden tot onevenredig nadeel in de vorm van extreme, langdurige geluid- en stofoverlast. In de huidige praktijk wordt aanvaard dat dit nadeel bij een onevenredige lange duur of omvang van het nadeel op grond van het égalitébeginsel voor enige financiële compensatie in aanmerking komt.<sup>[25]</sup> Een dergelijke compensatie doet bij uitstek recht aan het égalitébeginsel, en biedt overigens overheden ook enige steun bij hun contacten met burgers tijdens de uitvoering van grote projecten.

## 6. Tot slot

De nieuwe instrumenten van het omgevingsrecht (en met name het omgevingsplan) hebben onmiskenbare voordelen als het gaat om een integrale en flexibele regulering van de leefomgeving. Maar zoals wijlen onze nationale voetbalphilosoof al zei: 'elk voordeel heb z'n nadeel'. In de nieuwe Omgevingswet staat tegenover het voordeel van de grotere flexibiliteit voor met name initiatiefnemers en overheden het nadeel voor belanghebbenden van een grotere onzekerheid over (het tijdstip en de wijze van) de concrete uitvoering van deze instrumenten. Die onzekerheid heeft in het omgevingsrecht een directe relatie met de waarde van onroerende zaken. Door enerzijds plannen (van globale beleidsvisies tot onherroepelijke omgevingsplannen) lang boven de markt te hangen en anderszins het moment waarop aanspraak gemaakt kan worden op schadevergoeding door te schuiven naar het moment waarop een initiatiefnemer daadwerkelijk een activiteit verricht, betaalt de individuele burger die 'toevallig' in of bij het plangebied woont de prijs voor de grotere flexibiliteit van het nieuwe omgevingsrecht. Wanneer dan tegelijkertijd de minimumkorting normaal maatschappelijk risico in alle gevallen wordt verhoogd tot 5% zal het gevolg van al het doorschuiven zijn dat een burger per saldo met zijn schade zal blijven zitten. Als de werkelijke zorg van de minister ligt bij het voorkomen van teveel onterechte verzoeken om schadevergoeding in het omgevingsrecht is het categorisch uitsluiten ('limiteren') van schadeoorzaken of vormen van schade (bijvoorbeeld schaduwshade) in een wettelijke regeling die juist beoogt een basis te bieden voor de vergoeding van onevenredige schade een paardenmiddel. Een heldere regeling voor het normaal maatschappelijk risico dat bij de toepassing van de verschillende instrumenten van het nieuwe omgevingsrecht in aanmerking wordt genomen zou veel meer recht doen aan het égalitébeginsel en tegelijkertijd alle betrokken partijen in staat stellen om vooraf te bepalen of een aanvraag enige reële kans van slagen zal hebben.

### Voetnoten

[1]

Mr. I.P.A. (Ivo) van Heijst is advocaat bij 't Regthuys te Rozendaal (Gld.), gespecialiseerd in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Behalve als advocaat treedt hij regelmatig op als voorzitter van schadecommissies in planschade- en nadeelcompensatiezaken, als rechtbankdeskundige in onteigeningsprocedures en als arbiter of bindend adviseur in vastgoed- en overheidsaansprakelijkheidskwesties.

[2]

Consultatieversie van voorstel voor Invoeringswet Omgevingswet d.d. 5 januari 2017.

[3]

Te weten de schaderegelingen in artikel 26-28 Omgevingswet, artikel 17 Spoedwet wegverbreding, artikel 22 Tracéwet, artikel 7.14 en 7.18 Waterwet, artikel 4.2 en 4.3 Wabo, artikel 6.1-6.7 Wro, artikel 40 lid 11 Mijnbouwwet, artikel 22-29 en 58 Monumentenwet, Wet luchtvaart en artikel 15.20-15.23 Wet milieubeheer.

[4]

In afdeling 15.2 Omgevingswet is vervolgens voorzien in een specifieke regeling voor schade bij gedoogplichten en in afdeling 15.3 Omgevingswet in een nieuwe regeling voor schade bij onteigening.

[5]

MvT consultatieversie pagina 17-18.

[6]

Zie onder meer G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, 'De nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet: geen aantrekkelijk alternatief voor het huidige planschadestelsel', *TO* februari 2017, 1; T. ten Have en J.J. Thoonen, 'Nadeelcompensatie binnen de verbeterdoelen van de Omgevingswet', *BR* 2017/28; M.A.E. Planken en R.J.R. Hazen, 'De planschadevergoeding in de Omgevingswet: oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5; H.P. Wiersema en C.M.L. van der Lee, 'Nadeelcompensatie in de Omgevingswet', *TBR* 2017/95.

[7]

Voorstel voor Invoeringswet Omgevingswet, d.d. juni 2017.

[8]

Brief aan Tweede Kamer inzake 'Voortgang stelsel Omgevingswetgeving' d.d. 5 juli 2017, [Kamerstukken I 2016/17, 33118](#), AC.

[9]

MvT p. 22.

[10]

MvT par. 2.1.3.4.

[11]

Zie respectievelijk artikel 15.1 lid 1 sub c, e, i en j Omgevingswet.

[12]

Bedoeld zijn hiermee programma's, die een rechtstreekse titel geven voor het verrichten van activiteiten, zoals een beheerplan voor Natura-2000 gebieden in de Wet natuurbescherming, dat als verplicht programma terugkomt in de Omgevingswet (MvT pagina 187).

[13]

MvT p. 28. In het meest recente wetsvoorstel is weliswaar alsnog voorzien in de mogelijkheid om aanvragen – binnen de verjaringstermijn van 5 jaar – te bundelen (MvT p. 30), maar dit veronderstelt dat voor een aanvrager bij het verlenen van de eerste omgevingsvergunning ook al kenbaar is wanneer de tweede en eventueel volgende omgevingsvergunningen verleend zullen gaan worden.

[14]

MvT p. 185.

[15]

MvT p. 186.

[16]

Vergelijk onder meer P.C. van Arnhem e.a., 'Taxatieleer vastgoed 1' (par. 4.6).

[17]

Vergelijk onder meer artikel 40c Ontheeningswet. Zie hierover onder meer J.A.M.A. Sluysmans e.a., 'Ontheeningsrecht' (par. 6.5).

[18]

Zie uitvoerig over schaduw schade onder de huidige planschaderegeling ook G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, 'De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht', publicatie Vereniging voor Bouwrecht nr. 43 (2015).

[19]

MvT p. 27.

[20]

MvT p. 23.

[21]

In het conceptwetsvoorstel is in artikel 15.6 (normaal maatschappelijk risico) in lid 4 Omgevingswet alsnog voorzien in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur 'gevallen' aan te wijzen waarin schade geacht wordt niet of slechts gedeeltelijk uit te gaan boven het normaal maatschappelijk risico.

[22]

Enkel in de MvT p. 185 is opgenomen dat het moment waarop de omgevingsvergunning is verleend 'bepalend' is voor het vaststellen van de schade.

[23]

In de consultatieversie van het wetsvoorstel was hiervoor wel nog een regeling opgenomen (in artikel 15.4 Omgevingswet).

[24]

Terwijl juist vormen van uitvoeringsschade in de MvT als voorbeelden van schade die door de overheid wordt veroorzaakt worden genoemd: MvT, p. 21.

[25]

Daarbij geldt in de praktijk een 'hoge' drempel ter zake van het normaal maatschappelijk risico: financiële compensatie pleegt pas aan de orde te zijn bij ernstige hinder gedurende meer dan 1 jaar, waarbij dan voor de hinder gedurende het eerste jaar geen compensatie wordt toegekend. Vergelijk onder meer ABRvS 6 juni 2007, AB 2008/44 (*NZ-lijn Amsterdam*) en Rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2017 ECLI:NL:RBOBR:2017:2820 (*A73 Roermond*).