

Minister van Infrastructuur en Milieu  
Mw. drs. M.H. Schultz van Haegen  
Postbus 20901  
2500 EX DEN HAAG

Apeldoorn

**Arnhem**

Zwolle

Betreft : Reactie consultatie Invoering Omgevingswet:  
onderwerp schade  
Behandeld door : mr. B.S. ten Kate, advocaat  
Telefoon : +31 (0)26 357 57 19  
Fax : +31 (0)26 357 57 87  
E-mail : bas.tenkate@nysingh.nl

Datum: 30 januari 2017                      Onze referentie: BSK/dvde                      Uw referentie:

Velperweg 10  
6824 BH Arnhem

Postbus 9220  
6800 KA Arnhem

tel. 026 - 3 575 757  
fax 026 - 4 424 942

info@nysingh.nl  
www.nysingh.nl

Excellentie,

Graag maak ik gebruik van de door u geboden gelegenheid om een reactie te geven op het voorstel Invoering Omgevingswet. Ik beperk mij daarbij tot hoofdstuk 15 (Schade). In mijn praktijk kom ik veelvuldig met dit onderwerp in aanraking, niet alleen als advocaat/gemachtigde maar ook als voorzitter van verschillende onafhankelijk adviescommissies nadeelcompensatie.

Geen planvergelijking bij indirecte planschade; vaststelling schade (art. 15.4)

Op dit moment dient schade als gevolg van een planologische maatregel vastgesteld te worden op basis van een vergelijking tussen het oude en het nieuwe planologische regime, waarbij telkens moet worden uitgegaan van een maximale benutting van de planologische mogelijkheden. De feitelijke situatie is in beginsel niet van belang. Bij indirecte planschade kan dit tot ongewenste uitkomsten leiden. Zo komt het regelmatig voor dat schade die wel degelijk wordt ondervonden buiten vergoeding blijft (bijvoorbeeld in het geval rekening wordt gehouden met in het oude regime bestaande bouwmogelijkheden op een buurperceel die vanwege hun geringe kans op uitvoering geen of weinig negatieve invloed op de waarde hadden). Ook wordt regelmatig schade vergoed die niet wordt ondervonden (bijvoorbeeld wanneer nieuwe bouwmogelijkheden op een buurperceel uiteindelijk niet benut worden). Dat in het voorstel afscheid wordt genomen van de planvergelijking bij indirecte planschade valt daarom zeer toe te juichen.

De planvergelijking wordt bij indirecte planschade vervangen door een vergelijking van het inkomen of de omzet van de aanvrager of van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor en na de bekendmaking van de omgevingsvergunning of het projectbesluit of, wanneer geen omgevingsvergunning is vereist, door een vergelijking van het inkomen of de omzet van de aanvrager of van de waarde van de onroerende zaak nadat de activiteit is of zal zijn verricht (art.

aangesloten bij:  
TAGLaw

De Stichting Derdengelden Nysingh advocaten voert het beheer over de gelden die cliënten aan het advocatenkantoor hebben toevertrouwd.

bankrelatie van de Stichting:  
ABN Amro 48 82 55 953

BTW NL8124.01.207.B01  
IBAN: NL66ABNA0488255953  
BIC: ABNANL2A

*Nysingh advocaten-notarissen N.V. is gevestigd in Apeldoorn en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 08118371. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht krachtens een overeenkomst van opdracht, waarop van toepassing zijn de algemene voorwaarden gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Apeldoorn. In deze voorwaarden is onder meer onze aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag waarop de beroepsaansprakelijkheidsverzekering in het desbetreffende geval aanspraak op uitkering geeft. Deze voorwaarden liggen ter inzage en worden op verzoek kosteloos toegezonden en kunnen worden geraadpleegd op onze website [www.nysingh.nl](http://www.nysingh.nl).*

15.4<sup>1</sup>). Zolang de activiteit niet heeft plaatsgevonden en/of geen omgevingsvergunning is verleend, kan niet met succes aanspraak op een vergoeding worden gemaakt (art. 15.1 lid 2 en 15.2).

Ik meen dat ten onrechte niet bepaald is dat bij de bepaling van de waarde die de onroerende zaak had onmiddellijk voor de bekendmaking van de omgevingsvergunning of het verrichten van de activiteit de algemene regel bedoeld in artikel 15.1 lid 1 a t/m d dient te worden geëlimineerd. Een voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken:

Een nieuw omgevingsplan maakt het mogelijk dat op een perceel naast een woonhuis, dat tot dan toe tot 'groen' bestemd was, een bedrijfsgebouw wordt opgericht. Enige tijd nadat dit plan in werking is getreden wordt de omgevingsvergunning voor de bouw van het bedrijfsgebouw bekend gemaakt. Op dat moment verzoekt de eigenaar van het woonhuis om nadeelcompensatie. Conform artikel 15.4 van het voorstel dient zijn schade te worden bepaald door een vergelijking tussen de waarde van het woonhuis onmiddellijk voor en na de bekendmaking van de omgevingsvergunning. Onmiddellijk voor de bekendmaking van de omgevingsvergunning gold echter al het nieuwe omgevingsplan, waarin het buurperceel geen groen- maar een bedrijfsbestemming heeft. Als gevolg van deze nieuwe bestemming zal de waarde van de woning afgenomen zijn. Door deze nieuwe bestemming bij de waardering te betrekken blijft de schade als gevolg van het in werking treden van het nieuwe plan ten onrechte buiten beschouwing.

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat een deel van het nadeel geleden wordt op het moment dat de nieuwe algemene regel in werking treedt en in de meeste gevallen deels nog eerder, namelijk op het moment dat bekend wordt dat een nieuwe regel in voorbereiding is. Door uit te gaan van de waardevermindering van de onroerende zaak op het moment dat de schadeveroorzakende activiteit wordt vergund of uitgevoerd blijft dat deel ten onrechte buiten vergoeding. Dit zou naar mijn mening ondervangen kunnen worden door aan artikel 15.4 een derde lid toe te voegen met de volgende inhoud:

*Bij de bepaling van de omvang van de schade wordt geen rekening gehouden met voordelen of nadelen, teweeggebracht door regels bedoeld in artikel 15.1 lid 1 sub a t/m d<sup>2</sup>.*

#### Aanvaard risico (art.15.5 lid 1)

Hiervoor kwam al aan de orde dat in het voorstel in geval van schade als gevolg van een activiteit niet langer de algemene regel die de activiteit mogelijk heeft gemaakt maar de activiteit zelf als oorzaak van de schade wordt aangemerkt (art. 15.1 lid 2 en 3, art. 15.2). Daarom wordt in het voorstel tevens bepaald dat bij een aankoop na vaststelling van het omgevingsplan maar in beperkte mate sprake kan zijn van aanvaard risico (art. 15.5 lid 1).

Opvallend zijn allereerst de voorwaarden die aan deze beperking van het aanvaard risico gesteld worden. Zo dient het te gaan om de koop "van een tot woning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan". In de toelichting is niet terug te vinden waarom het artikel niet ook toepassing zou kunnen vinden in geval van de aankoop van een bedrijfsobject. Voorts dient sprake te zijn van een activiteit die mogelijk is gemaakt op basis van een regel uit het omgevingsplan. Ook die beperking laat zich niet onmiddellijk begrijpen. Waarom geldt een zelfde beperking van het aanvaard risico niet ook in het geval van een activiteit die mogelijk is gemaakt op basis van een regel bedoeld in artikel 15.1 lid 1 sub b t/m d?

Wellicht een nog belangrijker punt van kritiek is dat de bepaling in de praktijk vermoedelijk op weinig begrip zal kunnen rekenen. Waarom wordt degene die direct voorafgaande aan de vaststelling van het omgevingsplan een woning koopt wel tegengeworpen dat hij het risico van schade heeft aanvaard en degenen die koopt na vaststelling van het nieuwe omgevingsplan niet?

---

<sup>1</sup> Artikel 15.4 lid 2 lijkt niet helemaal correct geformuleerd. Bedoeld zal zijn (het cursieve deel is gewijzigd):  
In een geval als bedoeld in artikel 15.2 wordt de omvang van de schade bepaald aan de hand van een vergelijking van het inkomen of de omzet van de aanvrager of van de waarde van de onroerende zaak *onmiddellijk voorafgaande en na verrichting van de activiteit.*

<sup>2</sup> Vgl. de formulering van artikel 40 c Ontheffingswet.

De inzichtelijkheid van de wet wordt door deze bepaling allerminst vergroot, terwijl dit toch één van de doelstellingen van de Omgevingswet is (o.m. toelichting p.16).

Ik meen dat ook om andere redenen het aanvaard risico veel meer zou moeten worden ingeperkt dan in het wetsvoorstel gebeurt. Dat zou enigszins tegemoet komen aan het probleem van de schaduwshade.

Op p.20 van de toelichting wordt ingegaan op het begrip schaduwshade: schade die veroorzaakt wordt door het negatieve effect van de voorbereiding van een besluit of activiteit op de waarde van een onroerende zaak. De huidige toepassing van het leerstuk van het aanvaard risico heeft tot gevolg dat een eigenaar zijn woning na het bekend worden van die besluitvoorbereiding niet meer zal kunnen vervreemden zonder zijn recht op nadeelcompensatie prijs te geven. De eigenaar die verkoopt komt immers niet voor een planschadevergoeding in aanmerking, omdat hij op het moment dat het plan in werking treedt (de peildatum) geen eigenaar meer is en daarom als gevolg van het in werking treden van het plan geen schade lijdt. De nieuwe eigenaar kan evenmin aanspraak maken op een vergoeding, omdat voor hem geldt dat hij het risico op het intreden van de schade heeft aanvaardt. De rechtvaardiging van deze toepassing is dat degene die heeft aangekocht de kans op het ontstaan van schade in de koop prijs heeft kunnen verdisconteren. Die situatie doet zich echter ook voor na vaststelling van het Omgevingsplan, zodat daarin geen argument kan worden gevonden om na vaststelling niet langer het aanvaard risico tegen te werpen.

Het is van belang om te signaleren dat door de koop en verkoop van een onroerende zaak het nadeel dat door het schadeveroorzakend besluit wordt toegebracht niet toeneemt. Dat nadeel verschuift slechts van verkoper naar koper; mogelijk hebben koper en verkoper het nadeel in het kader van hun transactie verdeeld. De vraag is daarom gerechtvaardigd of er in een dergelijk geval eigenlijk wel een redelijke grond bestaat op basis waarvan de overheid kan weigeren om nadeelcompensatie uit te keren. De rechtspraak van de Raad van State leidt immers tot het onbevredigende resultaat dat de overheid de lachende derde is. De verkoper krijgt zijn schade niet vergoed omdat hij te vroeg verkocht heeft en de koper kan geen planschade claimen omdat hij bij het kopen kon voorzien dat het bestemmingsplan zou worden gewijzigd<sup>3</sup>. In een eerdere bijdrage<sup>4</sup> heb ik daarom voorgesteld toepassing van het leerstuk van het aanvaard risico te beperken door alleen dan schade als eigen risico voor rekening van een benadeelde te laten indien en voor zover, bezien vanuit het perspectief van de overheid, de schade als gevolg van het handelen van de benadeelde is toegenomen.

In de toelichting wordt opgemerkt dat een ruime reikwijdte voor verzoeken om nadeelcompensatie er toe kan leiden dat overheden zich belemmerd voelen om beleidsvoornemens kenbaar te maken, omdat zij vrezen dat dit tot nadeelcompensatie kan leiden. Nadeelcompensatie kan dan een transparant en interactief besluitvormingsproces belemmeren, terwijl het nu juist één van de doelstellingen van de Omgevingswet is om de burger in een vroeg stadium bij nieuwe ontwikkelingen te betrekken (toelichting p.19). Bij de huidige toepassing van het leerstuk van het aanvaard risico is het probleem echter spiegelbeeldig: door vroegtijdig ruime beleidsvoornemens kenbaar te maken zal in meer gevallen sprake zijn van aanvaard risico waardoor meer burgers schade voor eigen rekening moeten nemen, zonder dat daarvoor een redelijke grond bestaat.

In dit verband acht ik van belang dat in het voorstel het wettelijk minimum voor de omvang van het maatschappelijk risico wordt verhoogd van 2 naar 5% van de waarde van de onroerende zaak (artikel 15.6 lid 1). Volgens de terminologie van SAOZ gaat het dan om schade die tenminste als "zwaar" kan worden gekenmerkt (toelichting p.126). De omstandigheid dat pas van vergoeding sprake kan zijn wanneer het gaat om dergelijke forse schade vormt een extra argument om het toekennen van een tegemoetkoming niet achterwege te laten vanwege het enkele feit dat de onroerende zaak is overgedragen in een periode dat die schade voorzienbaar was.

Ik merk in dit verband ook op dat het probleem van de schaduwshade in de toelichting ten onrechte wordt gebagatelliseerd. Zo wordt opgemerkt dat de afgelopen jaren gebleken zou zijn dat

---

<sup>3</sup> Aldus ook C.J. Van Zeben, Van plan naar schade, BR 1999, p. 561.

<sup>4</sup> Co & co, Liber Amicorum, aangeboden aan J.W. van Zundert, Kluwer 2013, p.103 e.v.

schrijnende gevallen in de praktijk vrijwel altijd worden opgelost (p.20). Deze boude stelling wordt niet onderbouwd. Uit mijn praktijk ken ik voldoende schrijnende gevallen waarin geen oplossing gevonden is. Bovendien zou een zekere periode van onzekerheid, die hoort bij elke besluitvormingsprocedure, tot het normaal maatschappelijk risico behoren. Uit de eigen praktijk maar ook uit de rechtspraak zijn gevallen bekend waarin deze 'zekere periode' tientallen jaren besloeg<sup>5</sup>.

Al in 1999 heeft de Afdeling burgers die geconfronteerd werden met schaduw schade verwezen naar de wetgever<sup>6</sup>. De invoering van de Omgevingswet is een goed moment om aan dit probleem iets te doen. Een verdergaande beperking van de toepassing van het aanvaard risico neemt de problemen rond de schaduw schade niet weg maar verkleint die wel.

#### Maatschappelijk risico (art.15.6 lid 1)

Hiervoor kwam al aan de orde dat het wettelijk minimum voor de omvang van het maatschappelijk risico wordt verhoogd van 2 naar 5% van de waarde van de onroerende zaak<sup>7</sup>. Deze verhoging is vooral een politieke keuze, die er naar verwachting toe zal leiden dat de bestuurslast afneemt, terwijl burgers meer nadelen voor lief zullen moeten nemen dan voorheen.

Een verandering is echter ook dat het minimum forfait niet langer beperkt is tot indirecte planschade. Volgens artikel 6.2 lid 2 sub b Wro geldt het forfait niet wanneer de bestemming van het eigendom van de benadeelde wijzigt (directe planschade). In het voorstel is die beperking niet opgenomen. De toelichting zwijgt over deze wijziging, zodat niet duidelijk is of zij is beoogd. Wanneer zij is beoogd, zal toch ten minste aandacht besteed moeten worden aan de verhouding van een dergelijke drempel bij directe planschade tot artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag van de Rechten van de mens (EVRM). Bij de invoering van de huidige drempel is overwogen dat een wettelijke drempel bij directe planschade met dit artikel in strijd zou kunnen zijn<sup>8</sup>.

#### Omvang schadevergoeding bij gedoogplichten (artikelen 15.12 en 15.13).

Het voorstel maakt naar mijn mening terecht onderscheid tussen gedoogplichten van rechtswege en gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd. Bij laatstbedoelde gedoogplichten gaat het voorstel uit van een volledige schadeloosstelling (art. 15.13). Bij eerstbedoelde gedoogplichten wordt uitgegaan van een vergoeding "naar redelijkheid" (art. 15.12). Uit de toelichting wordt niet duidelijk hetgeen met dit laatste precies bedoeld wordt. Zo valt op p. 15 te lezen (de onderstreping is toegevoegd):

*Dat betekent dat afdeling 15.1 niet van toepassing is op schadevergoeding als gevolg van gedoogplichten die op grond van hoofdstuk 10 zijn opgelegd. Voor schadevergoeding als gevolg van gedoogplichten geldt bijvoorbeeld geen aftrek op grond van het normale maatschappelijke risico en geen wettelijk forfait dat in artikel 15.6 van dit voorstel is opgenomen. Dat past bij de inbreuken die sommige gedoogplichten maken op de eigendom, zoals het dulden van hoogspanningslijnen of windturbines.*

Maar op p.28:

*Bij de wettelijke gedoogplichten hangt de gedoogplicht vaak samen met de specifieke functie van de grond of nabijgelegen grond van de rechthebbende (bijvoorbeeld een luchthaven waar meetapparatuur moet worden geduld of gronden bij water waar onderhoud door het waterschap moet worden geduld). Dat van die gronden soms gebruik moet worden gemaakt, bijvoorbeeld ter bescherming of tot onderhoud van de specifieke*

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld Afdeling Bestuursrechtspraak 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012: LJM BX3256.

<sup>6</sup> ABRvS 22 april 1999, BR 2000, p. 56, LJM AP6025: Voor zover appellanten van mening zijn dat het niet vergoeden van de hier aan de orde zijnde zogenoemde schaduw schade tot onbillijkheden leidt, wordt overwogen dat het aan de wetgever is om desnodig te overwegen en te beslissen of hierin door wetswijziging verandering moet worden gebracht.

<sup>7</sup> Artikel 6.1 Wro spreekt over 2% van de waarde van de onroerende zaak *onmiddellijk voorafgaande aan het ontstaan van de schade*. Er van uitgaande dat geen wijziging wordt beoogd, verdient het aanbeveling deze toevoeging in de Omgevingswet op te nemen.

<sup>8</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 916, nr. 3, p.114.

*functie van die grond is daarmee redelijk voorzienbaar. Bovendien kennen huidige lokale verordeningen soms ook gedoogplichten, zoals de plicht om verkeers- of straatnaamborden aan een woning te dulden. Deze gedoogplichten die wat de mate van ingreep betreft vergelijkbaar kunnen zijn met de wettelijke gedoogplichten in hoofdstuk 10 gaan onder de Omgevingswet op in het omgevingsplan (dat onder de reikwijdte van afdeling 15.1 Nadeelcompensatie valt). Er is daarom aanleiding om voor die vergelijkbare groep gedoogplichten een vergelijkbare wijze van schadevergoeding te regelen.*

Onduidelijk is daarom of de vergoeding naar redelijkheid bij gedoogplichten van rechtswege bepaald moet worden naar de maatstaven van afdeling 15.1 of juist niet en, zo dit laatste het geval is, wat dan wel de maatstaf is.

Slot

Ik hoop dat u het voorgaande zult willen betrekken bij de verdere behandeling en uitwerking van het voorstel. Tot een nadere toelichting ben ik graag bereid.

Hoogachtend,



B.S. ten Kate