

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

Rotterdam, 3 februari 2017  
Dossier:  
Behandeld door: de heer mr. drs. C.M.L. van der Lee KRMT  
Telefoon: 010-4693804  
E-mail: k.v.d.lee@saoz.nl  
Onderwerp: reactie consultatieversie Omgevingswet hoofdstuk 15

Excellentie,

Hierbij maken wij graag van de gelegenheid gebruik om te reageren op de gepubliceerde consultatieversie van de Omgevingswet (concept wetteksten en toelichting). Deze brief mag wat ons betreft openbaar bekend worden gemaakt.

Wij concentreren ons op de regeling en toelichting van hoofdstuk 15, meer in het bijzonder afdeling 15.1 (nadeelcompensatie). Wij zullen hierna puntsgewijs aandacht besteden aan de volgende onderwerpen:

1. De wijze van vergelijken van opeenvolgende situaties;
2. De problematiek rondom schaduwshade;
3. De gedachte wijzigingen met betrekking tot de actieve risicoaanvaarding;
4. De gedachte aanpassingen met betrekking tot de passieve risicoaanvaarding;
5. Schadebestanddelen;
6. De taxatie van schade;
7. Het normaal maatschappelijk risico.

#### Ad 1: de wijze van vergelijken van opeenvolgende situaties

Op basis van het huidige planschaderecht is maatgevend hetgeen “maximaal mogelijk” is op basis van de opeenvolgende planologische regimes. Deze “maximale invulling” is in de loop der jaren al beperkt door wetgeving en jurisprudentie, in die zin dat bijvoorbeeld uit te werken bestemmingen, afwijkingsbevoegdheden, wijzigingsbevoegdheden en

overgangsrechtelijke situaties nadrukkelijk buiten de planvergelijking moeten worden gelaten. Een en ander doet er echter niet aan af, dat het planschaderecht door de abstracte wijze van vergelijken in beginsel mogelijkheden biedt voor vergoeding van schade die feitelijk (nog) niet is geleden. Anderzijds kan de abstracte wijze van planvergelijking in de weg staan aan vergoeding van feitelijk geleden schade, namelijk in de gevallen dat de mogelijkheden van het oude planologische regime nooit zijn benut.

Blijkens de tekst en toelichting van de consultatieversie wordt gedacht aan vervanging van de huidige systematiek van planvergelijken in een meer op de feitelijke situatie geënte wijze van vergelijken. Niet het omgevingsplan, maar de daarop gebaseerde omgevingsvergunning wordt in de nieuwe situatie in dit verband als maatgevend gezien. De toelichting op artikel 15.4 bevat op dit punt de volgende passage:

*“Bij het vaststellen van de omvang van de schade die wordt veroorzaakt door een omgevingsvergunning of een projectbesluit, wordt de feitelijke situatie voor dat besluit vergeleken met de mogelijkheden die de omgevingsvergunning biedt. Voor de oude situatie is dus de feitelijke situatie en niet de juridische situatie op grond van het omgevingsplan voor het nemen van het besluit bepalend.”*

Op zichzelf beschouwd is deze lijn helder. De systematiek houdt echter nadrukkelijk geen rekening met eventueel waardedrukkende effecten die een omgevingsplan op een object kan hebben waardoor de vraag opgeworpen kan worden, of de aan de hand van louter de feitelijke situatie bepaalde waarde daadwerkelijk de “werkelijke waarde” is.

Anderzijds rijst de vraag, hoe omgegaan zal moeten worden met feitelijk bestaande legale situaties die strijdig zijn met het omgevingsplan (overgangsrechtelijk aanwezige bebouwing en/of gebruiksvormen). Horen deze ook tot de oude feitelijke situatie, of moet daarvan worden geabstraheerd? Wij geven u in overweging om hierover in de toelichting een passage op te nemen, die hierover duidelijkheid schept.

#### Ad 2: de problematiek rondom “schaduw schade”

Uit de consultatieversie, alsmede uit eerder verschenen stukken (zoals uw “kamerbrief” van 19 mei 2016, kenmerk IENM/BSK-2016/99390) blijkt dat de Omgevingswet geen oplossing zal bieden voor de problematiek van de schaduw schade. Door het verschuiven van de datum van het kunnen indienen van een aanvraag om schadevergoeding (omgevingsvergunning in plaats van omgevingsplan) wordt de problematiek zelfs groter. Dit klemt temeer, nu sprake is van schade die daadwerkelijk geleden wordt, maar in veel gevallen door geen van de betrokkenen zal kunnen worden geclaimd: de verkoper “verkoopt te vroeg” en is op de peildatum geen gerechtigde meer, de koper “koopt voorzienbaar”. De voorgestelde aanpassingen op het gebied van de actieve risicoaanvaarding (waarover later meer) zullen misschien enige dempende invloed

kunnen hebben, doch zullen zeker niet kunnen voorkomen dat de problematiek blijft bestaan en groter wordt.

Het “niet regelen” van de schaduwshade betreft blijkens de stukken een politieke keuze aangezien als motivering daarvoor wordt gegeven dat “een generieke regeling een vlotlopend en open planproces in de weg staat en een aanzuigende werking op schadeverzoeken kan hebben”. Los van de vraag of de problematiek rondom schaduwshade werkelijk een dergelijke nadelige invloed op het planproces heeft, zijn wij er beducht voor dat een vergroting van de schaduwshadeproblematiek in samenhang met de voorgestane regeling van het normaal maatschappelijk risico (waarover later meer) juist een verlamdend effect kan hebben op het planproces, in plaats van de beoogde versnelling daarvan. Eigenaren van vastgoed zullen namelijk hun belangen tijdens het planproces moeten verdedigen, waarbij het risico op het ontstaan van “schade die niet vergoed wordt” een belangrijke sfeer- c.q. toonbepalende factor zal zijn.

### Ad 3: de gedachte wijzigingen met betrekking tot de actieve risicoaanvaarding

Artikel 15.5, eerste lid van de concept wettekst luidt:

*“De aanvrager heeft het risico van het ontstaan van de schade, bedoeld in artikel 4:126, tweede lid, onder a, van de Algemene wet bestuursrecht, in ieder geval niet aanvaard als:*

*a. de aanvrager overeenkomstig artikel 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek tot koop is overgegaan van een tot woning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan na de vaststelling van het omgevingsplan,*

*b. op de aanvraag om schadevergoeding artikel 15.1, tweede lid, of 15.2, van toepassing is, en c. de schade bestaat uit waardevermindering van de onroerende zaak”.*

Een eerste vraag die rijst, is of bewust gekozen is voor een beperking van de regeling voor woningen. Indien dit geen bewuste keuze is, geven wij u in overweging de passage “tot woning bestemde” uit de wettekst te verwijderen. Zou een en ander berusten op een bewuste keuze, dan verdient het aanbeveling om in de toelichting deze keuze te verklaren, aangezien wij in de toelichting geen verklaring hebben aangetroffen. Ons schiet overigens niet ogenblikkelijk een legitimatie voor een onderscheid tussen woningen en ander vastgoed te binnen.

Onduidelijk is voorts de “reikwijdte” van de regeling van artikel 15.5, eerste lid. Dient deze “in enge zin” te worden uitgelegd, in die zin dat alleen het risico op schade die op grond van het omgevingsplan voorzienbaar werd, niet is aanvaard? Dient, anders gesteld, wèl acht te worden geslagen op openbaar bekend gemaakte beleidsvoornemens die aan het omgevingsplan zijn vooraf gegaan? In dat geval zal de regeling van artikel 15.5 weinig tot geen soelaas bieden voor de schaduwshadeproblematiek.

Indien uit wordt gegaan van een “ruime interpretatie” (“na vaststelling van het omgevingsplan is geen sprake meer van voorzienbaarheid, óók niet op basis van eerder openbaar bekend gemaakte beleidsvoornemens”) rijst de vraag, waarom onderscheid

gemaakt wordt in kopers die net vóór, dan wel net na vaststelling van het omgevingsplan hebben gekocht. Voordeel van de “ruime interpretatie” is wel, dat deze een (grotere) bijdrage kan bieden aan het beperken van schaduwshade.

Een nadere toelichting op dit onderwerp kan voor de rechtspraak duidelijk bieden; wij geven u in overweging de toelichting op dit punt aan te vullen.

#### Ad 4: de gedachte aanpassingen met betrekking tot de passieve risicoaanvaarding

Artikel 15.5, tweede lid van de concept wettekst luidt:

*“De aanvrager heeft het risico van het ontstaan van de schade, bedoeld in artikel 4:126, tweede lid, onder a, van de Algemene wet bestuursrecht, aanvaard als:*

- a. een functie die aan een locatie is toegedeeld of een andere met het oog daarop gestelde regel wordt gewijzigd in een omgevingsplan of een omgevingsverordening,*
- b. gedurende een periode van drie jaar van de mogelijkheden die de functie biedt, geen gebruik is gemaakt, en*
- c. na het verstrijken van de periode, genoemd onder b, ten minste een jaar voor de bekendmaking van het in onder a bedoelde besluit, gegevens over het voornemen tot wijziging van de regel beschikbaar zijn gesteld in de landelijke voorziening, bedoeld in artikel 20.22.”*

Op het eerste gezicht zou tot de conclusie kunnen worden gekomen, dat de voorgestane regeling van het leerstuk van de passieve risicoaanvaarding geen sterke wijziging oplevert ten opzichte van de huidige lijn in de jurisprudentie op dit punt. De concept wettekst gaat uit van een “benuttingsperiode” van 1 jaar nadat de planwijziging voorzienbaar is geworden en is daarmee in lijn met de jurisprudentie omtrent de lengte van een benuttingsperiode. In de toelichting op de concept wettekst is het volgende opgenomen:

*“Het kan de benadeelde pas worden verweten dat hij de oude functie niet heeft benut, als hij voldoende tijd en gelegenheid heeft gehad om de functie ook daadwerkelijk te benutten.*

*(...)*

*Met het voorstel wordt geborgd dat de benadeelde ten minste één jaar bekend is met het voornemen tot wijziging van de functie, voordat het definitieve besluit daartoe bekend wordt gemaakt. Binnen deze periode mag van de benadeelde worden verwacht dat hij concrete pogingen onderneemt om de bestaande functie te benutten. Conform de huidige jurisprudentie bestaat een concrete poging, waar het gaat om het vervallen van bouwmogelijkheden, in het indienen van een bouwplan dat zover is uitgewerkt dat het in beginsel past binnen de bestaande mogelijkheden van het planologische regime. Een concrete poging hoeft niet te bestaan uit een formele vergunningaanvraag. Ook een ingediende beginselaanvraag kan worden aangemerkt als een concrete poging.”*

In de jurisprudentie op het gebied van de “passieve risicoaanvaarding” is naast de drie “klassieke” beoordelingscriteria (“voldoende concreet signaal”, “voldoende lange benuttingsperiode” en “voldoende concreet initiatief”) betrekkelijk recentelijk nog een vierde beoordelingscriterium ontwikkeld, luidend: “kon van de eigenaar worden gevergd dat deze een benuttingspoging ondernam”? Belemmeringen voor een verplichting tot het

ondernemen van een benuttingspoging zijn in de jurisprudentie aangenomen in de navolgende gevallen:

- De eigenaar kon niet “vrijelijk over het object beschikken” (zie o.a. ABRS 13 augustus 2014, Pijnacker Nootdorp, ECLI:NL:RVS:2014:3005 en ABRS 16 maart 2011, Enschede, ECLI:NL:RVS:2011:BP7753);
- Van de eigenaar/exploitant van een bedrijfsopstal kan niet worden gevergd, dat deze de exploitatie in zijn eigen bedrijfspand staakt om de meer profijtelijke aanwendungsmogelijkheden te realiseren (ABRS 26 maart 2014, Texel, ECLI:NL:RVS:2014:1037).

Uit de consultatieversie van de toelichting kunnen wij niet afleiden, of ook het “vierde beoordelingscriterium” gerespecteerd c.q. gehandhaafd wordt, dan wel dat na afloop van de benuttingsperiode de schade “in ieder geval” voor rekening van de eigenaar blijft, óók indien deze juridisch niet in staat was de mogelijkheden te benutten (bijvoorbeeld omdat het object verhuurd of verpacht was), dan wel dat het een eigenaar/exploitant betreft. In het laatste geval betekent de wetswijziging een aanmerkelijke verslechtering voor eigenaren van (met name) bedrijfsmatig vastgoed. Wij geven u in overweging, hierover in de toelichting duidelijkheid te verschaffen.

#### Ad 5: schadebestanddelen

In artikel 15.3, eerste lid van de consultatieversie van de wetteksten wordt het schadebegrip als volgt gedefinieerd:

*“Voor de toepassing van deze afdeling bestaat schade als bedoeld in artikel 4:126 van de Algemene wet bestuursrecht alleen uit inkomens- of omzetzerving of waardevermindering van een onroerende zaak.”*

De term “inkomens- of omzetzerving” is ietwat onzuiver in die zin, dat omzetzerving in het huidige schadevergoedingsrecht doorgaans niet als schadefactor wordt gezien, maar brutowinstzerving. Tegenover een lagere omzet staat doorgaans namelijk een lagere inkoop. Dat de berekening van de brutowinstzerving in hoge mate bepaald wordt door de omzetzerving, doet daaraan niet af. Wellicht ware het te overwegen om in de wetteksten te volstaan met de term “inkomenszerving” en in de toelichting aan te geven, wat daaronder kan worden verstaan: (bruto)winstzerving en/of schade als gevolg van hogere kosten, zoals omrijdschade.

De toelichting op het begrip “waardevermindering van een onroerende zaak” is helder en in lijn met de huidige jurisprudentie. Wellicht zou in de toelichting aandacht besteed kunnen worden aan de recentelijk (met name door de meest recente wijziging van het Bor) weer actueel geworden vraag, of waardevermindering van een onroerende zaak ook van tijdelijke aard kan zijn.

## Ad 6: de taxatie van schade

Bij het lezen van de consultatieversie van de toelichting viel ons oog op de volgende passage:

*“Ten opzichte van de Wro en het Besluit ruimtelijke ordening geldt niet meer de verplichting dat elke beslissing op een aanvraag om nadeelcompensatie van een deskundigenadvies moet zijn voorzien. Als de schade bestaat uit waardedaling van een onroerende zaak, kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van de vaststelling van de WOZ-waarden door de gemeenten, als deze op het moment van beoordeling van een verzoek om nadeelcompensatie voor de toepasselijke peildata beschikbaar zijn.”*

Bezien vanuit een puur objectief gezichtspunt wekt deze passage naar onze mening de gevaarlijke suggestie, dat het beoordelen van de omvang van waardedaling louter op basis van opeenvolgende WOZ-taxaties zou kunnen plaatsvinden. Naar onze mening is dit niet goed denkbaar. WOZ-taxaties worden namelijk niet vastgesteld voor het doel, waarvoor ze in uw visie zouden kunnen worden gebruikt. Een WOZ-taxatie wordt modelmatig vastgesteld, onder meer aan de hand van referentietransacties van objecten die buiten de invloedssfeer van de ontwikkeling liggen (en mogelijk door heel andere ontwikkelingen positief of negatief beïnvloed kunnen zijn). Voorts wordt in het kader van de WOZ-taxatie het betrokken object doorgaan niet inwendig opgenomen. Na een in pandige inspectie kan blijken dat het te taxeren object, door investeringen door de eigenaar, of juist door nalatig onderhoud, aanzienlijk afwijkt van de referenties. Een correctie is dan nodig. Daarbij wijkt ook de peildatum van de oude en nieuwe WOZ-waarde in beginsel af van de schadepeildatum.

Bij de WOZ-waardebepaling gelden twee waarderingsvoorschriften. Zij komen op het volgende neer: Getaxeerd wordt de prijs die naar verwachting betaald wordt, als:

- het volle en onbezwaarde eigendom van het pand wordt overgedragen (overdrachtsfictie)
- de verkrijger kan het pand in de staat waarin deze zich bevindt onmiddellijk en in volle omvang in gebruik nemen (verkrijgingsfictie).

Door deze waarderingsvoorschriften bij de taxatie van de WOZ-waarde wordt er dus op voorhand vanuit gegaan dat alle rechten in één hand zijn en dat een pand niet verhuurd is. Op dezelfde wijze wordt bij de WOZ-waardering bijvoorbeeld geen onderscheid gemaakt tussen grond die in erfpacht is uitgegeven en grond die in eigendom is. Er dient ook nog te worden opgemerkt dat ook de objectafbakening een rol kan spelen. Dit houdt in dat het niet vanzelfsprekend is dat een bepaalde transactie geheel overeenkomt met een WOZ-object.

Bij bedrijfsmatig vastgoed is voorts de ‘werktuigenvrijstelling’, een zeer belangrijke waarde bepalende factor voor de WOZ waarde.

Tenslotte is van essentiële betekenis, dat in de – meer recente – referentietransacties van al “schaduwshade” van de voorgenomen ontwikkeling zou kunnen doorklinken. Op deze

wijze zou het onverkort hanteren van de WOZ-taxatie dus de problematiek van de schaduwsschade in de taxatie betrekken, waardoor deze taxatie “onzuiver” wordt.

Alhoewel wij voor de WOZ-waardering, nu deze op feitelijke grondslag geschiedt, op zichzelf beschouwd wel een iets grotere rol weggelegd zien bij het bepalen van de waarde in de oude feitelijke situatie (namelijk als “controlemiddel”), zien wij voor de WOZ-taxatie niet de rol weggelegd die daaraan in consultatieversie van de toelichting wordt toegekend. Het bepalen van de waarde in de oude en nieuwe feitelijke situatie, hetgeen voor de aanvrager van essentieel belang is, dient met de grootst mogelijke mate van zorgvuldigheid plaats te vinden. Daarom blijft naar onze mening een gerichte, door een deskundige op het gebied van plan- c.q. “omgevingsschade” verrichte taxatie, onontbeerlijk.

#### Ad 7: het normaal maatschappelijk risico

In de consultatieversie van de toelichting zijn de volgende passages opgenomen:

*“De criteria voor de aftrek worden in de rechtspraak consequent toegepast en zijn op zich duidelijk, maar de uitkomsten bij toepassing hiervan in het concrete geval zijn niet voorspelbaar omdat de criteria interpretatieruimte bevatten. Een forfait houdt in dat in alle gevallen een aftrek op de schadevergoeding wordt toegepast. Het forfait draagt bij aan de voorspelbaarheid over de uitkomsten van een nadeelcompensatieprocedure, aan de rechtszekerheid en aan een gelijke toepassing van het normale maatschappelijke risico. Daarmee is vooraf duidelijk welk deel van de schade in ieder geval niet voor vergoeding in aanmerking komt. De hoogte van het forfait (5%) wordt toegelicht in het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting. Een wettelijk forfait zorgt ervoor dat in alle gevallen een aftrek wordt toegepast. Een forfait van 5% in alle gevallen is substantieel, maar past bij het uitgangspunt dat alleen een abnormale en speciale last voor schadevergoeding in aanmerking komt. Burgers dragen daarmee in gelijke mate de lasten van nieuwe ontwikkelingen.*

*(...)*

*In het voorstel is gekozen voor een forfait van 5% van de waarde van de onroerende zaak. Het forfait is op 5% vastgesteld omdat dit percentage de grens van matige schade vormt.*

*(...)*

*Bovendien wordt met dit percentage aangesloten bij de rechtsontwikkeling op het gebied van het normale maatschappelijke risico. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is een tendens zichtbaar dat in het geval de schade bestaat uit waardevermindering van de onroerende zaak, een aftrek van 5% op de schadevergoeding redelijk is voor normale ontwikkelingen die in de lijn van de verwachtingen liggen.”*

Los van de vraag naar de legitimatie voor de hoogte van een forfait van 5% (waarover later meer) constateren wij, dat met de regeling van het forfait kennelijk mede beoogd wordt om vooraf duidelijkheid en eenheid te bewerkstelligen bij de toepassing van het normaal maatschappelijk risico. De sterke suggestie wordt gewekt dat het om een “vast”

forfait gaat, zonder interpretatieruimte aangezien dat in uw visie niet bijdraagt aan “de voorspelbaarheid over de uitkomsten van een nadeelcompensatieprocedure, aan de rechtszekerheid en aan een gelijke toepassing van het normale maatschappelijke risico”.

Op zichzelf beschouwd onderkennen wij dat het vaststellen van een vast forfait de rechtszekerheid ten goede komt. Wij vinden dit echter in het geheel niet terug in de concept wettekst van artikel 15.6, waarin nadrukkelijk gestipuleerd wordt dat het normaal maatschappelijk risico “in ieder geval een deel ter grootte van vijf procent van de waarde van de onroerende zaak” bedraagt. Deze redactie laat de mogelijkheid van een hogere aftrek dan 5% zeer nadrukkelijk open, getuige ook de ervaringen die zijn opgedaan met de toepassing van artikel 6.2, lid 2 Wro, dat een vergelijkbare redactie heeft.

Dit constaterende zijn wij van mening, dat de door u voorgestelde wetsredactie niet bijdraagt aan de rechtszekerheid en de gelijke toepassing van het normaal maatschappelijk risico, integendeel: de onzekerheid blijft, en wordt zelfs groter omdat in ieder geval de aftrek hoger wordt dan thans het geval is. De kans op het verkrijgen van een redelijke tegemoetkoming voor ondervonden nadeel neemt sterk af. Samen met de voorgestane regeling van de “schaduwshade” (lees: het niet regelen daarvan) voorzien wij als gevolg daarvan het wegvallen van maatschappelijk draagvlak voor nieuwe ontwikkelingen, een verharding c.q. polarisatie in besluitvormingsprocedures rondom zowel omgevingsplannen als daarop volgende omgevingsvergunningen, langlopende c.q. “stroperige” procedures en daarmee dus een belemmering voor nieuwe ontwikkelingen.

Naar onze mening vormt de huidige stand van het planschaderecht geen wezenlijke belemmering voor gebiedsontwikkeling. De wetgeving en rechtspraak rondom artikel 6.1 Wro hebben in de afgelopen periode reeds een aanmerkelijke reductie van zowel planschade-aanvragen als uit te keren tegemoetkomingen bewerkstelligd. De mogelijkheid van c.q. het vooruitzicht op een redelijke tegemoetkoming vormt in veel gevallen zelfs de “smeerolie” van ruimtelijke ontwikkelingen, niet alleen in de relatie tussen vastgoedeigenaren en bestuursorganen, maar zeker ook in de relatie tussen initiatiefnemers/marktpartijen en de omgeving.

Wij geven u daarom in overweging, om in de wettekst te kiezen voor een vast dan wel duidelijk begreemd forfait, waarbij wij u tevens in overweging geven nog eens kritisch te kijken naar de hoogte daarvan. Een regeling in de trant van “in ieder geval 2% en ten hoogste 5%”, hetgeen de huidige lijn in de jurisprudentie weerspiegelt, bakent het normaal maatschappelijk risico naar onze mening goed af en geeft daarbij ruimte voor nuancering c.q. een weging van factoren in individuele gevallen.

Los van voorgaande overwegingen missen wij in de consultatieversie van de toelichting een motivering waarom het normaal maatschappelijk risico in alle gevallen zou moeten worden toegepast. Met name de betekenis van het bijvoeglijk naamwoord “maatschappelijk” blijft onderbelicht in die zin, dat het forfait óók van toepassing is op schade in de gevallen, dat met de ontwikkeling in overwegende (of zelfs nagenoeg



volledige) mate een particulier belang wordt gediend, waarvoor een ander particulier belang (namelijk dat van de omgeving) moet wijken. Verhoging van het forfait leidt daarmee in deze gevallen tot een verdere scheefgroei van de verdeling van lusten en lasten: degene die de schade veroorzaakt en daarvan de “lusten” heeft, kan de door hem veroorzaakte schade c.q. de “lasten” gelegitimeerd bij de omgeving laten, en daarmee het toch al genoten voordeel van de planwijziging zelfs vergroten. Ook om deze reden menen wij, dat de regeling van het normaal maatschappelijk risico ruimte zou moeten bieden voor weging van factoren in individuele gevallen.

Wij hopen hiermee een bijdrage geleverd te hebben aan de verdere uitwerking van de voorgestane regeling. Indien u dit wenst, zijn wij graag bereid tot het geven van een nadere toelichting.

Hoogachtend,

Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken,



Mr. drs. C.M.L. van der Lee KRMT,  
Directeur