

Nadeelcompensatie in ontwikkeling – van besluit naar verzoekschrift?

mr. I.M. van der Heijden, mr. J.S. Procee en mr. K. Winterink¹

Het is alweer enige tijd geleden dat de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (hierna: Wns) in 2013 in het Staatsblad verscheen.² Het deel over onrechtmatige besluitvorming is inmiddels in werking getreden, in tegenstelling tot de nieuwe Titel 4.5 Awb over nadeelcompensatie. Inwerkingtreding van deze titel is voor zover nu bekend niet voorzien voor 2018.³ Sinds 2013 en zeker sinds de indiening van het wetsvoorstel voor de Wns in 2011⁴ heeft het nadeelcompensatierecht niet stil gestaan. De naar verluidt beduidend minder terughoudende toetsing van de bestuursrechter springt daarbij het meest in het oog.⁵ De wetgever heeft met deze ontwikkelingen geen rekening kunnen houden en het is interessant te bezien of Titel 4.5 Awb daarom nog aansluit bij de huidige stand van zaken.

Op het eerste gezicht lijkt dit het geval. Artikel 4:126 Awb codificeert immers alleen het égalité-beginsel. De wet noemt wel begrippen als normaal maatschappelijk risico, speciale last, risicoaanvaarding of voordeelsverrekening, maar laat de invulling daarvan aan het bestuursorgaan en de rechter.

Met de Titel 4.5 Awb heeft de wetgever, conform de bestaande praktijk, ook gekozen voor het besluitmodel in plaats van (bijvoorbeeld) het verzoekschriftmodel dat is geïntroduceerd voor onrechtmatige besluitvorming.

De bestuurlijke vrijheid bij de invulling van (bijvoorbeeld) het normaal maatschappelijk risico alsmede een aantal praktische argumenten was daaraan debet. Nu die bestuurlijke vrijheid lijkt te zijn ingeperkt, toetst dit artikel of de argumenten voor het besluitmodel nog valide zijn, of dat invoering van een verzoekschriftmodel zoals neergelegd in Titel 8.4 Awb het overwegen waard is.⁶

Daartoe bespreken wij eerst de argumenten van de wetgever voor het besluitmodel. (2) Daarna

3 Huidige stand van zaken is dat Titel 4.5 Awb wordt ingevoerd gelijktijdig met de nieuwe Omgevingswet. Over hoe beide wetten zich tot elkaar moeten gaan verhouden, bestaat inmiddels enig debat. Zie: 'Verslag VAR-studiemiddag Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013/9; H.J.M. Besselink & J.S. Procee, 'Een algemene nadeelcompensatieregeling, ook in het omgevingsrecht', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2015/2; G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht', Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 43, p. 28 e.v.

4 Kamerstukken II, 2010/11, 32 621, nr. 1-2. Overigens was dit voorstel grotendeels gebaseerd op het advies van de Commissie Scheltema uit 2007. Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 3-5.

5 Zie hierover bijvoorbeeld: B.P.M. van Ravels, 'Hoe groot is het normale maatschappelijke risico', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2014/2; M.A.E. Planken & M.K.G. Tjepkema, 'Drempels en kortingen bij nadeelcompensatie na De Wouwe Tol', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2015/2; J.W. van Zundert, 'Ontwikkelingen in planschade en nadeelcompensatie', *Bouwrecht* 2015/47.

1 Irene van der Heijden, Jelmer Procee en Katrien Winterink zijn allen advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn advocaten en notarissen te Den Haag. Deze bijdrage is afgesloten op 14 februari 2016.

2 *Stb.* 2013, 50.

komt de wijziging in de jurisprudentie aan de orde waarna wij toetsen of de eerder gehanteerde argumenten nog valide zijn en wat de voor- en nadelen zijn van het verzoekschriftmodel.

1. De keuze voor het besluitmodel

Met Titel 4.5 Awb heeft de wetgever gekozen voor het besluitmodel bij nadeelcompensatie. De benadeelde dient een aanvraag in en het bestuursorgaan besluit daarop. Dat besluit staat vervolgens centraal in de daaropvolgende bestuursrechtelijke procedures.⁷ Daarmee sluit de wetgever grotendeels aan bij de bestaande praktijk van afwikkeling van nadeelcompensatieverzoeken via (on)zuivere schadebesluiten, die vervolgens worden getoetst door de bestuursrechter. Alleen bij bevoegdheid van de civiele rechter wordt de aanspraak op nadeelcompensatie niet via een besluit afgewikkeld.⁸

Dat het besluitmodel goed aansluit bij de bestaande praktijk, noemt de wetgever ook als een van de belangrijkste redenen voor deze keuze. Daarnaast acht de wetgever het besluitmodel nuttig, omdat het bestuursorgaan door zijn betrokkenheid bij het schadeveroorzakende complex van besluiten of handelingen, het beste in staat zou zijn om een eerste beoordeling te maken van de gegrondheid van het verzoek.

Bovendien heeft het bestuursorgaan goed zicht op de gevolgen van het schadeveroorzakende besluit voor de verschillende aanvragers en kan het bestuursorgaan aanvragen in onderlinge samenhang beoordelen indien er in korte tijd veel aanvragen worden ingediend, aldus de Memorie van Toelichting op de Wns.⁹

De keuze voor het besluitmodel is niet onomstreden. Zo heeft de Raad van State de wetgever in overweging gegeven om ook de invoering van een verzoekschriftprocedure met betrekking tot nadeelcompensatie te bezien.¹⁰ Een benadeelde zou zich dan, al dan niet nadat het bestuursorgaan te kennen had gegeven de schade niet te willen vergoeden, rechtstreeks tot de bestuursrechter kunnen wenden met een verzoek om de schade te vergoeden. De wetgever acht het, onder verwijzing naar de hiervoor genoemde argumenten, echter ongewenst dat de rechter zich 'rauwelijks' over nadeelcompensatieclaims zou kunnen uitspreken.¹¹ De invulling van het normaal maatschappelijk risico en de zogenoemde speciale last door het bestuursorgaan lijkt bij die overweging een belangrijke rol te hebben gespeeld.

De wetgever acht het namelijk van belang dat het bestuursorgaan eerst zelf een oordeel geeft over mogelijke toekenning van nadeelcompensatie, waarbij het normaal maatschappelijk risico en het bestaan van de speciale last door het bestuursorgaan moeten worden beoordeeld, eventueel met inschakeling van deskun-

6 Daar waar wij spreken over het 'verzoekschriftmodel' of verzoekschriftprocedure bedoelen wij het model zoals neergelegd in Titel 8.4 Awb.

7 Strikt genomen staat de op het primaire besluit volgende beslissing op bezwaar centraal, tenzij ervoor is gekozen om het primaire besluit voor te bereiden met de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb.

8 Al wijst ook in die gevallen het bestuursorgaan vaak eerst het verzoek om schadevergoeding schriftelijk af, welke schriftelijke beslissing alle kenmerken van een besluit heeft. De civiele rechter is echter niet gebonden aan het besluit bij zijn beoordeling van het geschil.

9 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 3, p. 20.

10 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 4, p. 4-5. Volgens de Raad van State zou een dergelijke verzoekschriftprocedure nog hangende de procedure tegen een schadeveroorzakend besluit toepassing kunnen vinden, voor het geval geen vernietiging volgt, zodat de benadeelde zijn schadeclaim op een snelle en eenvoudige wijze beoordeeld kan krijgen.

11 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 4, p. 5.

digen.¹² Hier lijkt het er dus op dat de keuze voor het besluitmodel mede is bepaald door de (gewenste) bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Die gedachte komt ook terug in de reactie op de vraag of de invulling van het normaal maatschappelijk risico een discretionaire bevoegdheid is. In dat verband is opgemerkt dat de bepaling van de hoogte van de schade geen discretionaire bevoegdheid betreft, maar de vaststelling van de eigen aansprakelijkheid wel.¹³ Deze aansprakelijkheid is er bij nadeelcompensatie alleen als de schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Omdat bij schade als gevolg van onrechtmatige besluiten juist geen enkele bestuurlijke vrijheid bestaat bij het vaststellen van de eigen aansprakelijkheid van een bestuursorgaan, vindt de wetgever de verzoekschriftprocedure daarvoor juist wél passend.¹⁴

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de keuze voor het besluitmodel. Opvallend is daarbij dat de voorstanders dat niet zozeer zijn vanuit principiële overwegingen, zoals het bestaan van bestuurlijke (beleids- of beoordelings)vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico, maar eerder vanuit praktische overwegingen. Zo stelt Jurgens dat eerst maar eens ervaring met het verzoekschriftmodel voor onrechtmatige besluiten moet worden opgedaan.¹⁵ Ook de voorkeur van Van den Broek en Tjepkema voor het besluitmodel lijkt voort te komen uit pragmatiek, aangezien zij van mening zijn dat de voordelen van

het besluitmodel op termijn ook via een verzoekschriftprocedure kunnen worden bereikt.¹⁶ Schlössels, de belangrijkste tegenstander van het besluitmodel, vindt die praktische overwegingen juist niet doorslaggevend. Het bestuurlijk standpunt over de aansprakelijkheid en feiten kunnen volgens hem net zo goed in een processtuk worden vastgelegd als in een besluit. Zijn afwijzing van het besluitmodel lijkt niettemin vooral door principiële overwegingen ingegeven. Hij is namelijk van mening dat het bestuursorgaan geen vrijheid toekomt bij de vaststelling van de eigen aansprakelijkheid, ook niet waar het gaat om aansprakelijkheid voor rechtmatige besluiten, die mede afhangt van de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Bij gebrek aan bestuurlijke vrijheid bestaat er volgens Schlössels dus ook geen reden om het bestuursorgaan eerst via een besluit te laten oordelen over de eigen aansprakelijkheid.¹⁷

2. Ontwikkelingen in de jurisprudentie: invulling normaal maatschappelijk risico

Het valt dus op dat de bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico een belangrijke reden is geweest om te kiezen voor het besluitmodel. Ten tijde van het wetsvoorstel, en het daaraan voorafgaande voorstel van de Commissie Scheltema,¹⁸ sloot

12 *Kamerstukken I* 2010/11, 32 621, nr. C, p. 4.

13 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 6, p. 13.

14 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 40.

15 G.T.J.M. Jurgens, 'Schadevergoeding als pilot voor differentiatie in het bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2007/35. Waar het aankomt op de principiële discussie over bestuurlijke vrijheden, vraagt zij zich juist af of het bestuursorgaan wel enige vrijheid toekomt.

16 G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht', Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 43, p. 116-117.

17 R.J.N. Schlössels, 'Discretionair aansprakelijkheidsrecht? Overheidsaansprakelijkheid en trias, in het bijzonder bij rechtmatige overheidsdaad', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer 2012, p. 38-39. Zie ook de noot van Schlössels bij ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105 (*JB* 2013/11).

18 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 3-4.

de gedachte van bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico ook nog goed aan bij de jurisprudentie. Die kwam erop neer dat de invulling van (de omvang van) het normaal maatschappelijk risico aan het bestuursorgaan was voorbehouden en dat de bestuursrechter die beoordeling terughoudend toetste. De rechterlijke toets van de vaste omzetzijde van 15% bij tijdelijke inkomensschade als gevolg van infrastructuurele maatregelen, is daarvan een goede illustratie.¹⁹

Bij nadeelcompensatie lijkt die terughoudendheid plaats te hebben gemaakt voor een meer indringende rechterlijke toetsing van de invulling van het normaal maatschappelijk risico door het bestuursorgaan. De aanzet daartoe is gegeven met de uitspraken over de Wouwe Tol.²⁰ Hoewel de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) voorop stelt dat de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is en hem daarbij beoordelingsvrijheid toekomt, blijkt uit het vervolg van de uitspraak dat de rechter op dit punt hogere eisen dan voorheen stelt aan de

motivering.²¹ Wordt die motivering vervolgens onvoldoende bevonden, dan kan de rechter zelf (de omvang van) het normaal maatschappelijk risico bepalen, zo blijkt uit de einduitspraak.²²

Deze intensievere beoordeling van de motivering van het besluit komt ook terug in de uitspraken over de Hollandse Brug. Daarin oordeelt de Afdeling dat de minister ten onrechte een drempel hanteerde, nu de minister zelf had geconstateerd dat sprake was van een uitzonderlijke maatregel. Via een bestuurlijke lus wordt de minister opgedragen het normaal maatschappelijk risico in te vullen met toepassing van de kortingsmethode, waarbij de Afdeling voorschrijft dat de hoogte van de korting gelijk moet zijn aan de hinder die de benadeelde zou hebben ondervonden bij een reguliere infrastructuurele maatregel, in welk geval de schade in beginsel volledig onder het normaal maatschappelijk risico valt.²³

Het lijkt er dus op dat de rechter de invulling van het normaal maatschappelijk risico beduidend intensiever is gaan toetsen. Hiertegenover staat echter een aantal uitspraken die nog steeds blijf blijven geven van een terughoudende toets. Belangrijk voorbeeld hiervan is de uitspraak over de HOV-baan in Utrecht, waar de Afdeling zonder veel omhaal overweegt dat de toepassing van een 15% omzetzijde “op

19 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 5 september 2001, nr. 200004867/1, r.o. 2.1-2.2; ABRvS 19 november 2003, nr. 200206834/1, r.o. 2.2.1; ABRvS 21 juni 2006, nr. 200508280/1, r.o. 2.6.2; ABRvS 14 april 2004, nr. 200305154/1, r.o. 2.5.1 en ABRvS 18 mei 2011, nr. 201010173/1/H2, r.o. 2.5.1 (*Nieuwe Mark Breda*). Zie voor deze constatering ook: M.A.E. Planken & M.K.G. Tjepkema, 'Drempels en kortingen bij nadeelcompensatie na De Wouwe Tol', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2015/2 en G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht', Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 43, p. 87-89.

20 Zie ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, JB 2013/11 (*Wouwe Tol I*) en ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868, AB 2014/361, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Wouwe Tol II*).

21 Voorheen werd lange tijd aanvaard dat werd bestaan met een verwijzing naar de vaste omzetzijde van 15%. Zie bijv. ABRvS 14 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO7483 (*HOV-baan Utrecht*), ABRvS 21 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9047, BR 2006/183 (*Betuweroute*) en ABRvS 19 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC0536, BR 2008/43 (*HOV-baan Utrecht*).

22 ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868, AB 2014/361, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Wouwe Tol II*).

23 ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2317, JB 2014/24 (*Hollandse Brug I*) en ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2162 (*Hollandse Brug II*).

zichzelf niet in strijd is met de Verordening of met het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid voor openbare lasten” en het bestuursorgaan klaarblijkelijk nog steeds veel vrijheid laat bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Daarnaast blijkt uit diverse uitspraken dat, anders dan in de zaken over de Wouwse Tol, niet altijd een differentiatie naar branche en onderzoek naar de specifieke kenmerken van het bedrijf in kwestie is vereist, om op basis daarvan de hoogte van de omzetrempel te bepalen. Als de schade een laag percentage van de kosten, omzet of winst betreft en daarom als relatief beperkt wordt gekwalificeerd, dan wordt nog steeds met een summiere motivering volstaan. Er zijn dan ook diverse voorbeelden waarin vergeefs een beroep wordt gedaan op de uitspraken over de Wouwse Tol.²⁴ De stelplicht en bewijslast dat zich een vergelijkbare situatie voordoet, wordt in ieder geval gelegd bij degene die om nadeelcompensatie verzoekt.²⁵

Waar de jurisprudentie over tijdelijke schade als gevolg van infrastructurele maatregelen een wat wisselend beeld laat zien, is de tendens bij permanente schade, zoals waardevermindering of inkomensschade, uitgesprokener. Een goed voorbeeld is de uitspraak over de Kustversterking Noordwijk, waarin de rechter zelf het normaal maatschappelijk risico bepaalt op 5% van de waarde van de onroerende zaak.²⁶ In een recente zaak over inkomensschade van een supermarkt concludeert de rechter nog dat het normaal maatschappelijk risico in ieder geval het minimumforfait van 2% van het bedrijfsin-

komen bedraagt.²⁷ Ook bij de toepassing van kortingen door het bestuursorgaan zien wij een tendens naar een meer indringende rechterlijke toetsing van de motivering van het normaal maatschappelijk risico.²⁸

Deze tendens is wellicht nog duidelijker zichtbaar in de planschaderechtspraak.²⁹ Hier overweegt de Afdeling recent zelfs dat een bestuursorgaan slechts beoordelingsruimte toekomt en geen beoordelingsvrijheid zoals nog wordt overwogen in de uitspraken over de Wouwse Tol.³⁰ In een recente uitspraak van 1 juli 2015 wordt daaraan toegevoegd dat de rechter de bestuurlijke motivering toetst, maar het normaal maatschappelijk risico ook kan vaststellen door in een concreet geval zelf te bepalen welke drempel of korting redelijk is.³¹

27 ABRvS 11 februari 2015, TBR 2015/45, m.nt. Mulder & Linssen.

28 Zie bijv. ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1811 (veerstoepen Maas), waarin de Afdeling zelf een kortingspercentage van 30% in plaats van 40% vaststelde; ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW692, waarin de Afdeling hetzelfde deed op basis van een advies van de StAB en ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222 (JB 2013/217) waarin de rechter de korting zelf op nihil bepaalde.

29 Zie hierover recent uitgebreid: G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht', Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 43, hoofdstuk 3.

30 Zie ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4668 en ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071. Zie hierover ook uitgebreid: T.W. Franssen, B.J.P.G. Roozendaal & S.A.L. van de Sande, 'Kroniek Overheidsaansprakelijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2015/9, par. 2.2.2.5.

31 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071 en ABRvS 1 juli 2015, BR 2015/84, m.nt. Franssen. Zie ook: T.W. Franssen, B.J.P.G. Roozendaal & S.A.L. van de Sande, 'Kroniek Overheidsaansprakelijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2015/35, par. 2.2.2.5.

24 Zie ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:226; ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1217; ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2422; ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2865 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3378.

25 Zie ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2865 (AB 2014/362), m.nt. M.K.G. Tjepkema.

26 Zie ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198.

Hoewel een dergelijke overweging nog niet terugkomt bij nadeelcompensatie, wordt verwacht dat de Afdeling niet een principiële ander standpunt zal innemen.³²

3. De keuze voor het besluitmodel anno vandaag

Gezien deze ontwikkelingen is de conclusie wat ons betreft gerechtvaardigd dat de bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico sterk is ingeperkt ten opzichte van de situatie ten tijde van het wetsvoorstel en de publicatie van de Wns in het Staatsblad. Over de vraag of dit een positieve ontwikkeling is, kan worden getwist.³³ Feit is echter dat het belangrijkste principiële argument voor het besluitmodel, de bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico, thans aanzienlijk minder gewicht in de schaal legt dan ten tijde van het wetsvoorstel of publicatie van de Wns in het Staatsblad.

Dit roept de vraag op waarom bij rechtmatige daad het bestuur eigenlijk nog eerst zelf zou moeten oordelen over de (omvang van de) eigen aansprakelijkheid, welk oordeel de rechter toetst, maar de rechter bij onrechtmatige daad de (omvang van de) aansprakelijkheid zelf

vaststelt, zonder (formeel) bestuurlijk oordeel vooraf. Een belangrijke principiële legitimatie hiervoor was dat bij onrechtmatige overheidsdaad recht bestaat op een volledige vergoeding van de schade, terwijl bij rechtmatige daad alleen recht bestaat op een tegemoetkoming in de schade, namelijk voor zover die boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.³⁴ Als het bestuursorgaan daarbij vrijheid toekomt om te bepalen welk deel van de schade voor eigen rekening blijft, rechtvaardigt die vrijheid dat bij rechtmatige daad het besluitmodel wordt gehanteerd.

Vervalt die vrijheid echter, of wordt deze sterk ingeperkt, dan vervalt daarmee (grotendeels) de rationale voor het onderscheid, althans een sterk principiële argument voor het besluitmodel bij rechtmatige overheidsdaad. Op basis van de wetsgeschiedenis bij de Wns resteren dan nog louter praktische argumenten voor het besluitmodel. De wetgever noemt (1) aansluiting bij de huidige praktijk, (2) gebrek aan ervaring met het verzoekschriftmodel en (3) de goede positie van het bestuursorgaan bij de vaststelling van de feiten.

Dit zijn in meer en mindere mate valide argumenten. Zo is juist dat ook op dit moment nog maar weinig ervaring bestaat met de verzoekschriftprocedure op grond van Titel 8.4 Awb, die gezien het overgangsrechtelijke regime nu nog een beperkt toepassingsbereik heeft. Met Tjepkema en Van den Broek zijn wij dan ook van mening dat het goed is om dergelijke ervaring eerst op te doen, voordat ook bij nadeelcompensatie wordt overgegaan op een verzoek-

32 Aldus B.P.M. van Ravens in 'Hoe groot is het normaal maatschappelijk risico', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2014/2.

33 Discussie hierover gaat de scope van dit artikel te buiten. Wij constateren wel dat deze ontwikkeling op bijval kan rekenen in de literatuur. Zie: Van den Broek & Tjepkema 2015, p. 87–88 en de daar genoemde auteurs. Oudere literatuur pleit juist voor een terughoudende toetsing. Zie B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', preadviezen VAR 2002, VAR-geschrift 128, Den Haag 2002, p. 138–139 en N. Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2002/117, par. 4.6.

34 Zie hierover: R.J.N. Schlössels, 'Discretionair aansprakelijkheidsrecht? Overheidsaansprakelijkheid en trias, in het bijzonder bij rechtmatige overheidsdaad', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer 2012.

schriftprocedure.³⁵ Maar uiteindelijk is dit slechts een kwestie van tijd en niet een zwaarwegend principieel argument tegen een verzoekschriftmodel. Hetzelfde geldt voor de aansluiting bij de huidige praktijk, zeker nu het huidige besluitmodel ook niet perfect is. Zo is bekend dat de transactiekosten erg hoog kunnen zijn³⁶ en dat de procedure de neiging heeft zich lang voort te slepen.³⁷ Kan een benadeelde zich direct tot een rechter wenden, dan valt een snellere afwikkeling te verwachten.

Ook de goede positie van het bestuursorgaan bij de vaststelling van de feiten lijkt ons niet doorslaggevend. Zoals Schlössels immers terecht opmerkt, kan het bestuursorgaan deze feiten ook verwoorden in een verweerschrift of ander processtuk.³⁸ Ontbreekt het daarna nog aan relevante feiten, dan kan de bestuursrechter gebruik maken van zijn bestaande bevoegdheden om partijen opdracht te geven om stukken over te leggen, of om bewijsopdrachten te geven. Daarbij komt dat in de huidige praktijk het bestuursorgaan in de regel een of meer deskundigen inschakelt en de besluitvorming baseert op het deskundigenadvies. In een verzoekschriftprocedure kan de rechter evenzeer genoodzaakt zijn om (een) deskundige(n) in te schakelen, zeker waar het hem ontbreekt aan specifieke expertise. Het is dan aan deze deskundige(n) om de feiten te onderzoeken,

eventueel in relatie tot vergelijkbare zaken of de belangen van derden.

Dat advies zal naar verwachting een vergelijkbare rol gaan spelen in de procedure als het huidige deskundigenadvies, in die zin dat de rechter het deskundig oordeel terughoudend zal toetsen, mits het overtuigend is gemotiveerd en zorgvuldig tot stand is gekomen.³⁹ Wel verwachten wij dat het deskundigenadvies in de verzoekschriftprocedure doorgaans beperkter van aard kan zijn. In de huidige praktijk omvat het deskundigenadvies namelijk meer dan alleen een uitspraak over de omvang van de schade. Doorgaans beoordeelt de deskundige het gehele verzoek, dus bijvoorbeeld ook het causale verband, of de schade voor eigen rekening komt (risicoaanvaarding), de omvang van het normaal maatschappelijk risico en (bij planschade) de al dan niet aanwezige planologische verslechtering.⁴⁰ De rechter kan en dient dit zo nodig ook zelf te doen. Het gaat immers om zuivere rechtsvragen, zodat in veel gevallen een deskundigenadvies overbodig is.

Of dit laatste een breuk zou zijn met de huidige praktijk is de vraag. Ook nu toetst de rechter het deskundigenadvies en het daarop gebaseerde besluit 'vol', waar het gaat om juridische oordelen. Gewezen kan worden op de vraag of de benadeelde risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen,⁴¹ of sprake is van verjaring,⁴² en (bij planschade) of sprake is van een planologische verslechtering.⁴³ Inmiddels lijkt aan dit

35 Van den Broek & Tjepkema 2015, p. 116.

36 Zie: B.J. van Ettehoven, 'Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie', inaugurele rede uitgesproken op 3 december 2010, Vossiuspers UvA, p. 20.

37 Zie bijvoorbeeld de uitspraken omtrent de Wouwse Tol, waarbij de afsluiting in 2006 plaatsvond dateerde en de einduitspraak pas in 2014 werd gewezen (ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868, AB 2014/361, m.nt. M.K.G. Tjepkema). Zie ook recent: ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:222 voor een voorbeeld waarin de aanvraag in juni 2008 werd ingediend en de procedure bijna acht jaar later was afgerond.

38 Zie: Schlössels 2012, p. 38-39

39 Zie voor de huidige toetsing van het deskundigenadvies het artikel van B.P.M. Van Ravels, 'Deskundigenadviesering bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2015/88.

40 Het bestuursorgaan is bij planschade ook verplicht om hierover advies te vragen, zoals volgt uit art. 6.1.3.2 van het Bro. Zie hierover uitgebreid Van Ravels 2015.

41 Zie ABRvS 15 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2014:3715 en Van Ravels 2015, p. 161.

42 Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 oktober 2015, *TBR* 2016/13.

43 Van Ravels 2015, p. 161.

rijtje ook de invulling van het normaal maatschappelijk risico te kunnen worden toegevoegd, al lijkt de jurisprudentie op dit punt soms nog wat tegenstrijdig.⁴⁴ Gaat het echter om oordelen waarvoor specialistische kennis is vereist waaraan het de rechter (of het bestuursorgaan) ontbeert, dan volgt een terughoudende toets,⁴⁵ net zoals waarschijnlijk het geval zal zijn bij een verzoekschriftprocedure.

Wij zijn dus niet overtuigd van de door de wetgever genoemde argumenten voor aansluiting bij het besluitmodel, althans niet langer nu het principiële argument van de bestuurlijke vrijheid bij de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid niet meer lijkt aan te sluiten bij de huidige jurisprudentie. Dit geldt temeer nu ook goede argumenten bestaan voor het verzoekschriftmodel. De wetgever noemt die argumenten ook waar hij de keuze voor een verzoekschriftmodel voor schade als gevolg van onrechtmatige besluitvorming onderbouwt.

Zo zou invoering van de verzoekschriftprocedure de afwikkeling van schadevragen vereenvoudigen en de efficiëntie verbeteren.⁴⁶ De benadeelde kan zijn schadeclaim op een snelle en eenvoudige manier aanhangig maken, gevolgd door een relatief snel en definitief rechterlijk oordeel, zonder dat het bestuursorgaan zich eerst (meermaals) over de kwestie dient uit te laten. Naast dit voordeel leidt de verzoekschriftprocedure voor het bestuursorgaan tot een vermindering van bestuurlijke lasten.⁴⁷ Het nemen van een besluit in primo, het horen en het nemen van een beslissing op bezwaar is niet

langer noodzakelijk. Ook speelt het stelsel van vernietigen en opnieuw beslissen niet en bestaat geen discussie over wanneer de rechter wel en niet zelf in de zaak kan voorzien.⁴⁸

Deze voordelen gelden wat ons betreft ook voor nadeelcompensatie. Door een verzoekschriftprocedure zo vorm te geven dat de rechter op basis van het verzoek en het verweer eerst oordeelt of er juridische redenen bestaan het verzoek af te wijzen, en pas daarna besluit een deskundige in te schakelen om bijvoorbeeld de waardevermindering te taxeren, kan veel tijdswinst worden bereikt ten opzichte van de huidige procedure. Door een deskundige alleen in te zetten voor zijn niet-juridische expertise, worden ook kosten bespaard.⁴⁹ Ook kan een verzoekschriftprocedure een oplossing vormen voor het recent door Polak gesignaleerde competentieprobleem⁵⁰ in gevallen waarin de schade zowel een rechtmatige als een onrechtmatige oorzaak kan hebben. Juist deze voordelen maken dat een verzoekschriftprocedure in potentie valt te prefereren boven een besluitmodel, waarbij het bestuursorgaan eerst moet oordelen over de eigen aansprakelijkheid, waarna de rechter vervolgens zijn eigen oordeel in de plaats stelt van die van het bestuursorgaan.

Toch blijft bij ons twijfel overheersen over de vraag of bij nadeelcompensatie zou moeten worden aangesloten bij Titel 8.4 Awb. Allereerst blijft lastig dat ook de huidige Titel 8.4 Awb slechts een beperkt bereik heeft en de burgerlijke rechter nog in veel gevallen bevoegd is bij

44 Zie hierover Van den Broek & Tjepkema 2015, p. 89 en 90 en Van Ravels 2015, p. 161.

45 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:50 en ABRvS 28 januari 2015 in zaak nr. 201403349/1/A.2.

46 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 32.

47 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 41.

48 Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 februari 2011, AB 2011/65, m.nt. Ortlep.

49 Deze voordelen bestaan niet als de rechter bijvoorbeeld zelf in de zaak voorziet of vaker gaat voorzien dan nu.

50 J.E.M. Polak, 'De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten als begin van een tweede weg in het bestuursprocesrecht,' in: Op het grensvlak: opstellen aangeboden aan prof. mr.dr.s. B.P.M. van Ravels. Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 167-177.

onrechtmatige overheidsdaad. Zolang dat zo blijft, lost een verzoekschriftprocedure bij rechtmatige overheidsdaad niet het door Polak gesignaleerde competentieprobleem geheel op,⁵¹ maar creëert het alleen een nieuw probleem. Ook is de vraag hoe een verzoekschriftprocedure zich verhoudt tot het onzuivere schadebesluit, waarbij het bestuursorgaan gelijktijdig met het schadeveroorzakende besluit ook schadevergoeding toekent,⁵² dan wel invulling geeft aan het evenredigheidsbeginsel in het kader van de schadeveroorzakende besluitvorming zelf. Beide figuren kunnen naast elkaar bestaan, maar voorkomen moet worden dat een verzoekschriftprocedure op dit punt zou leiden tot een wijziging van een bestaande praktijk.

Belangrijker echter is dat een verzoekschriftprocedure in potentie kan leiden tot een sterke juridificering van de nadeelcompensatiepraktijk. Waar nu het bestuursorgaan zich van zijn beste kant kan laten zien bij de afwikkeling van verzoeken om nadeelcompensatie en aanvragen in veel gevallen op een voor aanvrager en bestuursorgaan bevredigende manier worden afgedaan, bestaat het risico dat bij het direct benaderen van de rechter door de aanvrager partijen direct de juridische loopgraven ingaan.⁵³ Bovendien kan een capaciteitspro-

bleem ontstaan bij de rechterlijke macht als zij alle aanvragen die nu worden ingediend bij bestuursorganen moet gaan afwikkelen.⁵⁴ Om deze problemen het hoofd te bieden, zou een verzoeker zich altijd eerst tot het bestuursorgaan moeten wenden met zijn schadeverzoek om te bezien of overeenstemming mogelijk is.⁵⁵

Uiteindelijk zijn dit echter praktische problemen waarvoor oplossingen denkbaar zijn. Dan blijft staan dat als de huidige ontwikkeling ten aanzien van de bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico doorzet een dogmatische onderbouwing voor het besluitmodel wegvalt, terwijl vanuit principieel oogpunt lastig valt te onderbouwen waarom schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad via een besluit gaat en bij onrechtmatige daad al dan niet via een verzoekschrift direct door de rechter wordt toegekend. Wat ons betreft is er daarom alle reden voor een hernieuwd debat over een verzoekschriftmodel bij nadeelcompensatie.

4. Afsluiting

In de Wns is met betrekking tot het nadeelcompensatie gekozen voor het besluitmodel. Redenen voor de wetgever om aan te sluiten bij het besluitmodel en niet te kiezen voor een verzoekschriftprocedure, zijn aansluiting bij de huidige praktijk, de goede positie van het bestuursorgaan bij de vaststelling van de feiten en de (gewenste) bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico.

B.P.M. van Ravels, Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 85–93.

54 Vooral het aantal planschadeverzoeken per jaar is aanzienlijk.

55 Deze verplichting bestaat thans ook bij onrechtmatige besluitvorming. Zie: art. 8:90 lid 2 Awb.

51 Polak 2014, p. 167-177.

52 Het klassieke voorbeeld blijft uiteraard de Paul Krügerbrug. ARRvS 12 januari 1982, AB 1982/299 (*Paul Krügerbrug I*) en ARRvS 22 november 1983, AB 1984/154 (*Paul Krügerbrug II*). Zie over het onzuivere schadebesluit ook: M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie bij handhaven en gedogen, waarom er nog toekomst is voor het onzelfstandig schadebesluit', in: T. Barkhuyzen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren, bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Kluwer 2005, p. 237-279.

53 Zie: A.T. Marseille, 'Nadeelcompensatieprocedures als lichtend voorbeeld voor schadeprocedures', in: Op het grensvlak: opstellen aangeboden aan prof. mr. drs.

Ten tijde van wetsvoorstel sloot de gedachte van bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico goed aan bij de jurisprudentie. Inmiddels is er echter een kentering te zien, waarbij de bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico sterk wordt ingeperkt. Met de steeds verder verdwijnende bestuurlijke vrijheid bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico vervalt een belangrijk principieel argument voor het besluitmodel. De resterende argumenten voor dit model overtuigen wat ons betreft niet, temeer nu een verzoekschriftmodel in potentie kan leiden tot een efficiëntere, burgervriendelijkere en goedkopere afwikkeling van nadeelcompensatieverzoeken. Hiertegenover staat dat een verzoekschriftprocedure weer kan leiden tot een onnodige juridificering van de nadeelcompensatiepraktijk, hetgeen een goede reden kan zijn het besluitmodel te handhaven. Wat daar ook van zij, de wijziging in de jurisprudentie rechtvaardigt in ieder geval een (hernieuwd) fundamenteel debat over de wenselijkheid van een breder toepassingsbereik van de verzoekschriftprocedure, waaraan wij met dit artikel wellicht een bijdrage hebben kunnen leveren.