Reactie op het wetsvoorstel wijziging Awb stroomlijning omgevingsrecht

17 mei 2018

(universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden)

(docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden)

1. Inleiding

Het wetsvoorstel bevat een nieuwe regeling voor de coördinatie van samenhangende besluiten in afdeling 3.5 Awb en bevat tevens een regeling die van belang is met het oog op de inwerkingtreding van de door de Wet nadeelcompensatie[1] in het leven geroepen, algemene regeling over nadeelcompensatie in titel 4.5 Awb. In deze reactie zullen wij alleen ingaan op dit tweede deel van het wetsvoorstel. Dit deel van het wetsvoorstel (zie art. IV) maakt het mogelijk dat titel 4.5 Awb in werking kan treden, terwijl die titel buiten toepassing zal blijven voor de vergoeding van schade waarvoor een andere regeling is getroffen in specifiek bij koninklijk besluit aangewezen wetten. Uit de memorie van toelichting lijkt te kunnen worden afgeleid dat hiermee wordt beoogd de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie los te koppelen van de inwerkingtreding van de Omgevingswet.[2] Er kan bij koninklijk besluit een datum van inwerkingtreding voor titel 4.5 Awb worden vastgesteld, maar door de voorgestelde wet zou tevens bij koninklijk besluit kunnen worden bepaald dat deze titel niet van toepassing zal zijn op schade die onder het bereik van wettelijke regelingen valt die uiteindelijk zullen opgaan in de Omgevingswet. Voor compensatie van de laatstgenoemde schade blijft de situatie derhalve zoals deze thans is en moet de burger zich dus op de bijzondere wet verlaten. Die situatie zal vermoedelijk nog zeker tot 2021 duren, nu dat het moment is waarop de minister van I&M verwacht dat de Omgevingswet in werking zal treden.[3]

Het is verheugend dat de minister erover wil nadenken titel 4.5 Awb al eerder in werking te laten treden. Dat neemt niet weg dat het wetsvoorstel enkele vragen bij ons oproept, die wij door middel van deze reactie kenbaar beogen te maken. De kern van onze reactie wordt gevormd door paragraaf 2 en 3. Daarin zullen wij de noodzaak tot inwerkingtreding van titel 4.5 Awb aan de hand van enkele recente ‘connexiteitsperikelen’ illustreren en ingaan op de voor de praktijk belangrijke vraag wat dit betekent voor het bestaansrecht van verordeningen en beleidsregels omtrent de toekenning

[1] Hieronder verstaan wij het deel van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (*Stb.* 2013, 162) dat ziet op de toekenning van nadeelcompensatie.
[2] Zie p. 7 en 17 van de memorie van toelichting.
[3] Zie bijvoorbeeld www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/omgevingswet/vernieuwing-omgevingsrecht.

van nadeelcompensatie. In de paragrafen 4 tot en met 7 zal worden ingegaan op enkele aanvullende vragen die het wetsvoorstel oproept.

2. Achtergrond bij het wetsvoorstel

Het huidige nadeelcompensatierecht wordt regelmatig treffend omschreven als een 'nadeelcompensatiedoolhof'.[4] Indien rechtmatig veroorzaakte schade niet onder het bereik van een bijzondere (formeel)wettelijke nadeelcompensatieregeling of afdoende gepubliceerde nadeelcompensatiebeleidsregel valt, staat bij geschillen omtrent al dan niet toe te kennen nadeelcompensatie slechts bestuursrechtelijke rechtsbescherming open indien wordt voldaan aan de eisen van materiële en processuele connexiteit en de eis van 'belanghebbendeconnexiteit'.[5] Deze in de jurisprudentie tot stand gekomen eisen brengen met zich dat de aanvrager van nadeelcompensatie de door het bestuur op zijn aanvraag genomen beslissing slechts bij de bestuursrechter kan aanvechten als de schade werd veroorzaakt binnen het kader van de appellabele (processuele connexiteit) uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid (materiële connexiteit) ten aanzien waarvan hij belanghebbende was (belanghebbende connexiteit). De complexiteit van het doolhof — dat is ontstaan doordat de bestuursrechter het besluitbegrip geleidelijk oprekte om meer rechtsbescherming aan benadeelden te kunnen bieden — en de daaraan inherente afhankelijkheid van de welwillendheid van het bestuur om een nadeelcompensatieregeling vast te stellen, vormden een belangrijke reden voor de wetgever om titel 4.5 Awb vast te stellen. Deze titel verzekert een bestuursrechtelijke rechtsgang voor de compensatie van alle schade[6] die het bestuur veroorzaakt in de uitoefening van de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid *of taak*. De behoefte aan een dergelijke algemene, laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsgang werd reeds breed gevoeld anno 2007, toen een breed samengestelde studiegroep een voorstel deed voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie, dat in de kern niet verschilt van de tekst van titel 4.5 Awb.

Omdat titel 4.5 Awb nog niet in werking is getreden, komt het vandaag de dag nog steeds met enige regelmaat voor dat burgers bij gebreke aan een toepasselijke nadeelcompensatieregeling tegen één of meerdere connexiteitseisen aanlopen, waardoor de bestuursrechter tot een niet-ontvankelijk verklaring zal moeten komen. Dat lot trof in de afgelopen jaren onder meer de exploitant van een snackbar in Leusden (die stelde schade te lijden door uitvoeringshandelingen zonder duidelijk te maken of daaraan vergunningen ten grondslag lagen),[7] de exploitant van een tankstation in Sint-

[4] Deze term is ontleend aan B.P.M. van Ravels, 'Het nadeelcompensatiedoolhof', *JBplus* 2009, p. 130-161.
[5] ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762 (Van Vlodrop).
[6] Met uitzondering van schade door formele wetgeving en de vervolging van strafbare feiten.
[7] ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:480.

Oedenrode (die stelde schade te lijden door de fysieke afsluiting van een weg, een feitelijke handeling dus),[8] een bewoner van Den Bosch (die stelde schade te lijden door een voornemen om handhavend op te treden)[9] en een inwoner van Zeist (die klaagde over verminderde bereikbaarheid van zijn woning door feitelijke werkzaamheden).[10] In al deze gevallen hadden zij, wanneer het regime van de Wet nadeelcompensatie reeds zou hebben gegolden, over de materiële kant van de zaak (bestaat er een recht op nadeelcompensatie?) kunnen procederen, maar bleef de zaak nu steken op de procedurele voorvraag of zij wel bij de juiste rechter aanhangig was gemaakt. De hiervoor besproken gevallen leidden alle tot een uitspraak van de hoogste bestuursrechter; het lijdt geen twijfel dat er veel meer vergelijkbare gevallen zijn waarin het tot een bestuursrechtelijke procedure niet eens komt omdat de burger in het 'doolhof' verstrikt is geraakt.

Overigens zien we ook dat in de rechtspraak soms enige souplesse wordt betracht. Zo was de Afdeling van oordeel dat het college van B&W van Haarlem zich niet op het standpunt kon stellen dat de plaatselijke verordening over nadeelcompensatie niet op de claim van een winkelier van toepassing was. Daarbij beriep de Afdeling zich mede op de rechtsontwikkeling die in gang is gezet met de Wet nadeelcompensatie.[11] Zo bezien werken de 'waarden' die de Wet nadeelcompensatie beoogt te dienen thans reeds door in de rechtspraak. Dit wordt ook geïllustreerd door een uitspraak van 18 januari 2018 van de sector bestuursrecht van de rechtbank Limburg. Ondanks het ontbreken van processuele connexiteit bij het deel van de schade dat werd veroorzaakt door feitelijke maatregelen besloot de rechtbank — net als het bestuursorgaan deed in de bezwaarfase — over het geheel van verkeersbesluiten en onder verantwoordelijkheid van het bestuur vallende feitelijke maatregelen te oordelen. De rechtbank erkende dat dit ruimhartig was, maar achtte van belang dat door de toegepaste bundeling van schadeoorzaken 'een onpraktische en onnodig complexe beoordeling van nadeelcompensatieclaims in verband met' het omvangrijke, schadeveroorzakende overheidsproject werd voorkomen. Tevens werd van belang geacht dat hierdoor 'laagdrempelige en efficiënte rechtsbescherming' werd geboden en de gevolgde benadering in overeenstemming was met 'het toekomstige recht dat is neergelegd in de nog niet in werking getreden Titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)'.[12] Het is onzes inziens zeer de vraag of deze uitspraak in hoger beroep stand zou houden, hetgeen de gesignaleerde 'souplesse' relativeert.

Wat er ook zij van deze rechterlijke 'oplossingen', benadrukt moet worden dat de situatie waarin een wet reeds vijf jaar geleden in het Staatsblad is geplaatst maar nog immer niet in werking is

[8] ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2241.
[9] ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:321.
[10] ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2153.
[11] ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1652, *AB* 2016/365, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Supermarkt Haarlem)*.
[12] Rb. Limburg 18 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:373.

getreden, zeer ongewenst is.[13] Het is verwarrend voor justitiabelen dat er nu al zo lang een 'juridisch vacuüm' bestaat waarin burgers geen beroep kunnen doen op een wet waarover Tweede en Eerste Kamer het volledig eens zijn. Dit is overigens niet alleen verwarrend voor burgers, maar ook voor overheden, zoals treffend wordt geïllustreerd door de 'Beleidsregel Nadeelcompensatie kabels en leidingen Overijssel 2017.' In art. 3 lid 1 van deze beleidsregel staat letterlijk dat Gedeputeerde Staten van de provincie Overijssel bevoegd zijn om op grond van art. 4:126 Awb nadeelcompensatie toe te kennen, terwijl in de aanhef van de verordening wordt vermeld dat titel 4.5 Awb pas op een later, nog onbekend tijdstip in werking zal treden. Hier wordt kortom een beleidsregel vastgesteld omtrent een nog niet in werking getreden bevoegdheidsgrondslag; vanuit staatsrechtelijk oogpunt is dat op zijn minst opmerkelijk te noemen. De vraag kan worden gesteld of de wetgever niet eerder met een wetsvoorstel als het onderhavige had kunnen — en misschien wel had moeten — komen. Wat daarvan zij, wij gaan ervan uit dat het onderhavige voorstel een erkenning impliceert van de urgentie van de problematiek en dat een spoedige inwerkingtreding van titel 4.5 Awb nu echt aanstaande is.

3. Ruimte voor beleidsregels en verordeningen over nadeelcompensatie na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb?

De voorgenomen wijziging van artikel VI Wet nadeelcompensatie door artikel IV van het wetsvoorstel wordt naar onze indruk primair ingegeven door de wens om voor het omgevingsrecht een ander nadeelcompensatieregime te laten gelden dan (enkel) het regime van de Wet nadeelcompensatie. In die mogelijkheid heeft de Wet nadeelcompensatie van meet af aan voorzien. Artikel VI voorzag er immers in dat de nieuwe regeling voor nadeelcompensatie niet voor alle schadeoorzaken tegelijk in werking zou treden. De regering zag hiervan als voordeel dat de inwerkingtreding voor thans niet geregelde gevallen niet behoefde te wachten op de aanpassing van bestaande nadeelcompensatieregelingen.[14] Blijkens de toelichting op het onderhavige wetsvoorstel zou, nu de Wns al een aantal jaar oud is, er vooral behoefte zijn aan een inwerking van de Wns die rekening houdt met de komst van de Omgevingswet, waarin talrijke wetten die voorschriften over nadeelcompensatie bevatten opgaan. Dan volgt de volgende zin:

> *'Er bestaat gezien het tijdsverloop sinds de totstandkoming van de Wns geen aanleiding meer om gebruik te maken van een mogelijkheid om beleidsregels over nadeelcompensatie die niet in overeenstemming zijn met titel 4.5 Awb te laten voortbestaan, aangezien bestuursorgaan zich reeds lange tijd hebben kunnen voorbereiden op deze titel.'*

[13] Vgl. ook 'Wet voor schadevergoeding door overheid al drie jaar vertraagd', *Staatscourant*, 20 december 2015.
[14] *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 58.

Deze passage roept een tweetal vragen op. Ten eerste vragen wij ons af wat het kabinet verstaat onder 'beleidsregels over nadeelcompensatie die niet in overeenstemming zijn met titel 4.5 Awb'. Kan het kabinet voorbeelden daarvan geven? Het is ons niet bekend dat het (veelvuldig) voorkomt dat bestuursorganen beleidsregels opstellen die 'niet in overeenstemming zijn' met titel 4.5 Awb. Dat is ook verklaarbaar, omdat die beleidsregels vaak worden opgesteld om aan de ongewenste effecten van de jurisprudentie over het zelfstandig schadebesluit (in het bijzonder de eisen van materiële en processuele connexiteit) te ontkomen. Die effecten worden ook weggenomen door titel 4.5 Awb, dus op dit punt stemmen de beleidsregels over nadeelcompensatie en de regels uit titel 4.5 Awb overeen. Van 'echte' strijd zou sprake kunnen zijn wanneer de beleidsregel andere procedurele of materiële eisen dan op grond van titel 4.5 Awb zouden gelden, voorschrijft. Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn wanneer een beleidsregel geheel abstraheert van de criteria van de speciale en/of de abnormale last.[15] Het ligt voor de hand dat dergelijke beleidsregels niet naast titel 4.5 Awb kunnen bestaan, maar wij denken dat dit probleem praktisch non-existent is: zulke beleidsregels zijn ons onbekend. Op dit punt is een andere toelichting op de passage op p. 17 gewenst.

Onze tweede vraag hangt hiermee samen. De hiervoor aangehaalde kamerstukken gaan met name in op het bestaansrecht van (wetsinterpreterende) beleidsregels naast titel 4.5 Awb. Voor de praktijk is echter van minstens even groot belang de vraag in hoeverre er na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb nog ruimte voor thans geldende en eventueel na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb vast te stellen nadeelcompensatie*verordeningen* bestaat? Deze vraag wordt slechts voor een tweetal deelaspecten, namelijk de heffing van een recht en de beslistermijn, beantwoordt door art. 4:128 lid 2 Awb respectievelijk art. 4:130 Awb, die nadere regeling 'bij wettelijk voorschrift' mogelijk maken. Voor overige aspecten van het nadeelcompensatierecht lijkt een onderscheid te moeten worden gemaakt tussen verordeningen die al voor inwerkingtreding van titel 4.5 Awb golden (de zogenoemde 'anterieure' verordeningen)[16] en verordeningen die pas daarna worden vastgesteld (de zogenoemde 'posterieure' verordeningen).

Tenzij de formele wetgever alsnog een bijzondere regeling zou treffen, zou voor het bestaansrecht van anterieure verordeningen moeten worden teruggevallen op de algemene regels van art. 122 Gemeentewet, art. 119 Provinciewet en art. 59 lid 2 Waterschapswet. Deze bepalingen

[15] Een andere denkbare situatie is dat een bestuursorgaan het mogelijk wil maken om schade die tot het normaal maatschappelijk risico behoort, toch te vergoeden. Dat is strikt genomen in strijd met art. 4:126 Awb, dat bepaalt dat dit soort schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Zou in zulke situaties denkbaar zijn dat een (posterieure) verordening de vergoeding van zulke 'onverplichte nadeelcompensatie' mogelijk maakt? Zo ja moet de ruimte daarvoor niet in de Awb worden geboden? Vgl. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), 2010, p. 924.

[16] Voorbeelden van zulke 'anterieure' nadeelcompensatieverordeningen zijn talrijk. Wij noemen hier ter illustratie de algemene (gemeente breed geldende) verordeningen over nadeelcompensatie van de gemeenten Amsterdam, Leiden, Rotterdam en Groningen.

schrijven voor dat een (bepaling uit een) verordening die in hetzelfde onderwerp voorziet als een hogere regeling, van rechtswege komen te vervallen. Uit de beantwoording van een schriftelijke vraag van de Eerste Kamerfractie van de VVD in 2013 lijkt te kunnen worden afgeleid dat toenmalig minister van Veiligheid & Justitie Opstelten van mening was dat bestaande nadeelcompensatieverordeningen daarom op grond van bovengenoemde bepalingen komen te vervallen.[17] Deelt het kabinet dit standpunt, of ziet het ruimte om (delen van) thans bestaande nadeelcompensatieverordeningen na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb te laten voortbestaan?

Voor het bestaansrecht van posterieure verordeningen zal in beginsel moeten worden teruggevallen op de algemene regels van art. 121 Gemeentewet, art. 118 Provinciewet en art. 59 lid 1 Waterschapswet. Uit deze bepalingen en de daaromtrent gewezen jurisprudentie volgt dat verordeningen omtrent dezelfde materie als een hogere regeling — in dit geval art. 4.5 Awb — kunnen worden vastgesteld voor zover zij niet in strijd zijn met deze hogere regeling, of deze hogere regeling doorkruisen. Uit het antwoord op de hiervoor reeds aangehaalde Kamervraag d.d. 2013 blijkt dat Opstelten van mening was dat art. 4:126 Awb een 'uitputtende regeling' bevat.[18] Die opmerking lijkt echter haaks te staan op zijn opmerking dat wel ruimte bestaat voor 'verordeningen waarin procedurele aspecten worden geregeld' én op de Kamerstukken waaruit blijkt dat ook na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb behoefte zal blijven bestaan aan nadere normering van het normaal maatschappelijke risico door middel van decentrale regelgeving.[19] De onduidelijkheid die de hierboven beschreven tegenstrijdigheid meebrengt, is onwenselijk omdat het al dan niet uitputtend zijn van een wettelijke regeling van groot belang is voor de beantwoording van de vraag of posterieure verordeningen rechtsgeldig kunnen worden vastgesteld. Het is immers al meer dan een halve eeuw vaste jurisprudentie dat een verordening strijdig is met een formele wet of deze formele wet doorkruist indien de verordening en de formele wet dezelfde materie reguleren terwijl de formele wet uitputtend is bedoeld.[20] Wij vragen het kabinet dan ook in hoeverre het (op grond van de bovengenoemde artikelen en de daarover gewezen jurisprudentie) ruimte ziet om nadeelcompensatieverordeningen vast te stellen na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb en daarbij in ieder geval in te gaan op het al dan niet uitputtend zijn van (delen van) titel 4.5 Awb. Het zou onzes inziens verhelderend werken als het kabinet bij de beantwoording van deze vraag onderscheid zou maken tussen verordeningen die *afwijken* van titel 4.5 Awb (bijvoorbeeld door niet de eis te stellen dat de schade boven het normaal maatschappelijk risico moet uitstijgen), verordeningen die titel 4.5

[17] *Handelingen I* 2012/13, 32 621, nr. 15, item 6, p. 53.
[18] *Handelingen I* 2012/13, 32 621, nr. 15, item 6, p. 53.
[19] *Kamerstukken I* 2012/13, 32 621, nr. C, p. 8 (MvA I, Wns); *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 17-18 (MvT, Wns); *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 6, p. 10-11 (NV II, Wns).
[20] Zie in dat kader bijvoorbeeld HR 17 november 1953, *NJ* 1954,37 (Mond- en klauwzeerverordening Ooststellingwerf) en KB 3 juli 1973, *Stb*. 1973, 346.

Awb *aanvullen* (bijvoorbeeld door criteria te formuleren die niet in titel 4.5 zijn gecodificeerd), en verordeningen die in titel 4.5 Awb opgenomen normen nader *invullen* (bijvoorbeeld een nadere uitwerking van het normaal maatschappelijk risico).

Ten aanzien van (de beantwoording van) de hierboven gestelde vraag merken wij op dat titel 4.5 Awb onzes inziens zowel op materieel als procedureel vlak niet als uitputtend zou moeten worden aangemerkt.[21] Uit de vele thans geldende nadeelcompensatieverordeningen en nadeelcompensatiebeleidsregels blijkt bijvoorbeeld dat de praktijk grote behoefte heeft aan nadere invulling van het vereiste van de abnormale last. In dergelijke regelingen wordt veelal gewerkt met ingangsdrempels,[22] bagateldrempels[23] en minimumforfaits,[24] al dan niet in combinatie met elkaar en/of een korting.[25] De enkele in art. 4:126 Awb opgenomen zinsnede dat de schade boven het normaal maatschappelijk risico dient uit te gaan, zal in de praktijk dan ook niet volstaan. Zoals reeds gesteld, lijkt dit standpunt in de bij de Wet nadeelcompensatie behorende Kamerstukken — de beantwoording van één Kamervraag door voormalig minister Opstelten vormt hierop een uitzondering — te resoneren. Ook op procedureel vlak is er veel wat titel 4.5 Awb niet regelt, maar waaromtrent wel behoefte aan rechtszekerheid lijkt te bestaan. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan duidelijkheid omtrent deskundigenadvisering[26] en specifiek op het nadeelcompensatierecht toegespitste voorwaarden omtrent voorschotverlening.[27]

Tevens merken wij op dat het wenselijk is om eventuele bijzondere, titel 4.5 Awb aanvullende of interpreterende regels zoveel mogelijk in één regeling te verankeren. Het lijkt bijvoorbeeld niet wenselijk dat de gemeenteraad na de inwerkingtreding van titel 4.5 Awb een verordening met bijzondere procedureregels kan vaststellen, maar zich voor nadere inhoudelijke, art. 4.5 Awb niet doorkruisende normering van het recht op nadeelcompensatie moet verlaten op de vaststelling van een afzonderlijke wetsinterpreterende beleidsregel. Dat zou immers tot gevolg hebben dat een benadeelde burger alsnog drie afzonderlijke regelingen (titel 4.5 Awb, de verordening én de beleidsregel) zou moeten raadplegen voor een totaaloverzicht van het op zijn nadeelcompensatieaanvraag van toepassing zijnde samenspel van regels. Let wel: dit is geen oproep om nadere normering in verordeningen af te schaffen! Integendeel zelfs: verordeningen kennen

[21] Vgl. B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie en andere vergoeding in de waterstaatszorg', VAR-reeks 128, p. 421.
[22] Zie bijvoorbeeld art. 3a Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014.
[23] Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 2 Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014.
[24] Zie bijvoorbeeld art. 14 lid 2 Verordening nadeelcompensatie provincie Fryslân.
[25] Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 2 t/m lid 7 Algemene Verordening Nadeelcompensatie Amsterdam. De Afdeling heeft meermaals benadrukt dat dergelijke mechanismen kunnen bijdragen aan de uniformiteit en voorspelbaarheid van nadeelcompensatiebesluiten van het desbetreffende bestuursorgaan. Zie daarvoor bijvoorbeeld ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105 (tussenuitspraak Wouwse Tol) en ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052 (tussenuitspraak Hollandse Brug).
[26] Zie bijvoorbeeld art. 13 t/m art. 15 Algemene Verordening Nadeelcompensatie Amsterdam.
[27] Zie bijvoorbeeld art. 7 Verordening nadeelcompensatie gemeente Leiden 2014.

doorgaans een grotere democratische legitimering dan beleidsregels; bieden meer rechtszekerheid omdat zij geen inherente afwijkingsbevoegdheid (vergelijk art. 4:84 Awb) kennen; en binden zowel de burger als het bestuur rechtstreeks, terwijl een beleidsregel slechts indirect bindt, over de band van het vertrouwensbeginsel.[28] De strekking van onze opmerking is veeleer dat het door Opstelten geïmpliceerde onderscheid, dat erop neerkomt dat procedurele bepalingen in verordeningen en materiële bepalingen in beleidsregels moeten worden neergelegd, onwenselijk is. Wat daar ook van moge zijn, duidelijk is in ieder geval dat — mede gelet op de hierboven beschreven tegenstrijdigheden in de aangehaalde Kamerstukken — een duidelijk standpunt van het kabinet over het bestaansrecht van zowel anterieure als posterieure verordeningen over nadeelcompensatie geboden is.

4. Omgang met brede bevoegdheidsgrondslagen buiten omgevingsrecht?

In de toelichting wordt vermeld dat het kabinet inmiddels vooral duidelijk is geworden dat er behoefte is aan een inwerkingtreding van titel 4.5 Awb die rekening houdt met de komst van de Omgevingswet. Gelet daarop, hebben wij een vraag over de verhouding tussen titel 4.5 Awb en de beoogde afd. 15.1 Omgevingswet. Van den Broek & Tjepkema hebben opgemerkt dat enkel en alleen het toekennen van een ruime bevoegdheid, zoals de bevoegdheid tot verlening van een vergunning, al tot schade kan leiden. Zeker als de bevoegdheid tot vergunningverlening een ruime mate van discretie/beoordelingsvrijheid aan het bestuur laat, kan het echter lastig zijn om de omvang van deze schade vast te stellen. Het is van tevoren immers lastig in te schatten of de vergunning ooit zal worden verleend, en tot welke rechtsgevolgen vergunningverlening in een concreet geval zal leiden.[29] Met de compensatie van dergelijke schade is in het huidige nadeelcompensatierecht relatief weinig ervaring opgedaan. Dat kan mede worden verklaard doordat de toekenning van de bevoegdheid tot vergunningverlening vanwege het legaliteitsbeginsel slechts door middel van algemeen verbindend voorschrift kan plaatsvinden. Aangezien algemeen verbindende voorschriften door art. 8:3 Awb van beroep worden uitgezonderd, wordt niet voldaan aan de eis van processuele connexiteit. Burgers die schade menen te lijden door de rechtmatige toekenning van een bevoegdheid tot vergunningverlening zijn daarom aangewezen op de burgerlijke rechter. Na inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie zal titel 4.5 Awb echter onverkort[30] van toepassing zijn op de compensatie van dit soort schade. Hoe verhoudt zich dat tot de door meerdere kabinetten uitgesproken angst — waarvan

[28] T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk,* Deventer: Kluwer 2014, p. 79-80.
[29] G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht 2015, p. 50.
[30] Uiteraard dient voor toekenning van nadeelcompensatie wel te worden voldaan aan alle voorwaarden die titel 4.5 Awb aan de toekenning van nadeelcompensatie stelt (zoals de aanwezigheid van een abnormale en speciale last).

de doctrine in twijfel trekt of deze wel terecht is[31] — voor aanzuigende werking en verhoging van bestuurslasten én de in het omgevingsrecht door het kabinet gewenste verschuiving van het schademoment naar het moment van vergunningverlening?[32] Hoe staat het kabinet in dat kader tegenover het voorstel van Van den Broek en Tjepkema om in art. 4:126 Awb een bepaling op te nemen die — analoog aan de systematiek van art. 6.1 lid 2 jo. 6 Wro — bepaalt dat slechts de schade door de daadwerkelijke toepassing van dit soort bevoegdheidstoekenningen voor tegemoetkoming in aanmerking komt?[33]

5. Risico dat titel 4.5 Awb nadere aanpassing blijkt te behoeven

Het heeft er in onze ogen veel van weg dat veel van de moeilijke, inhoudelijke keuzes zijn doorgeschoven van de vaststelling van titel 4.5 Awb naar de vaststelling van afd. 15.1 Omgevingswet en de daaraan verbonden aanpassingswetgeving. Het onder 4 gestelde laat echter zien dat zich de vraag kan (en zal) voordoen of de bijzondere keuzes die in het omgevingsrecht worden gemaakt zich lenen voor een bredere toepassing, die tot aanpassing van titel 4.5 Awb zouden kunnen leiden. Dit wordt niet alleen geïllustreerd door het onder vier gestelde, maar bijvoorbeeld ook door de al in de bij de Wet nadeelcompensatie behorende memorie van toelichting toegezegde 'wettelijke overnamebevoegdheid', op grond waarvan de bevoegdheid om te beslissen op verzoeken om nadeelcompensatie kan worden neergelegd bij één bestuursorgaan (zonder dat oprichting van een schadeschap noodzakelijk is).'[34] Ook in de juridische doctrine zijn (en zullen naar onze verwachting nog) oproepen (worden) gedaan om titel 4.5 Awb op bepaalde punten aan te passen.[35] Wij verwachten dat onder andere de discussie omtrent afd. 15.1 Omgevingswet tot de conclusie kan leiden dat titel 4.5 Awb aanpassing behoeft.

Naar aanleiding van het voorafgaande vragen wij ons af of, en zo ja in hoeverre, het kabinet ons standpunt deelt dat titel 4.5 Awb mogelijk nog aanpassing zal behoeven, óf juist uitsluit dat titel

[31] Zie bijvoorbeeld M.K.G. Tjepkema & G.M. van den Broek, 'De regeling van planschadevergoeding in de Omgevingswet: ondoordachte voorstellen met rigoureuze gevolgen', *NJB* 2016/1942, p. 2824; H.J.M. Besselink & J.S. Procee, 'Een algemene nadeelcompensatieregeling, ook in het omgevingsrecht', *TO* 2015, afl. 2, p. 79.

[32] Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 6 (MvT, Wns); MvT consultatieversie Invoeringswet Omgevingswet, p. 18-19. Zie ook de voorstellen voor art. 15.1 en 15.3 van de Omgevingswet als te vinden op www.omgevingswetportaal.nl/documenten/besluiten/2017/06/29/concept-van-wetsvoorstel-invoeringswet-inclusief-memorie-van-toelichting-juni-2017.

[33] Van den Broek & Tjepkema 2015, p. 49-51, 101-102, 106-107.

[34] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 24 (MvT, Wns).

[35] Zie bijvoorbeeld Tjepkema 2010, p. 918 e.v. alsook de in noot 31 genoemde vindplaats. Zie voor een recent pleidooi voor een op schaduwschadeproblematiek gerichte voorschotregeling C.N.J. Kortmann, 'Schaduwschade, een conceptuele verkenning', *O&A* 2017/90, dat zich ook leent voor opname in de Awb. Vgl. C.N.J. Kortmann, 'Het omgevingsrecht als inspiratiebron voor de algemene nadeelcompensatieregeling van art. 4:126 Awb – Enige beschouwingen naar aanleiding van het preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, *O&A* 2016/78, p. 169.

4.5 Awb op korte termijn — of in ieder geval voor inwerkingtreding van afd. 15.1 Omgevingswet — zal worden aangepast. Een duidelijke beantwoording van deze vraag is ons inziens van extra groot belang omdat een aan de Omgevingswet voorafgaande inwerkingtreding van titel 4.5 Awb net zo goed zou kunnen leiden tot de door het kabinet als 'onwenselijk' aangemerkte situatie waarin twee regimes omtrent de vergoeding van schade bij rechtmatige besluiten — in dit geval het regime van titel 4.5 Awb dat geldt voor rechtmatig schadeveroorzakend overheidshandelen dat niet onder het bereik valt van de in het koninklijk besluit als bedoeld in art. IV van het ter consultatie voorgelegde voorstel, genoemde compensatieregelingen — elkaar in kort tijdsbestek zullen opvolgen.

6. Buiten toepassing verklaring van titel 4.5 Awb op schade die valt onder bereik van wettelijke nadeelcompensatieregelingen die niet zullen opgaan in de Omgevingswet?

Op pagina 17 van de bij het wetsvoorstel behorende memorie van toelichting wordt vermeld dat in het koninklijk besluit inzake de inwerkingtreding van titel 4.5 Awb *in ieder geval* de wetten zullen worden vermeld die in de Omgevingswet (zullen) opgaan. Dit doet vermoeden dat het kabinet overweegt om in dit koninklijk besluit ook wetten te vermelden die niet in de Omgevingswet (zullen) opgaan. Is dat daadwerkelijk het geval, en zo ja, om welke wetten gaat het dan en welke beweegredenen bestaan er om titel 4.5 Awb (nog) niet van toepassing te verklaren op schadeveroorzakend handelen dat op grond van deze wetten voor compensatie in aanmerking kan komen?

7. Gevolgen voor compensatie van schade door belastingtechnisch handelen?

Ten slotte attenderen wij het kabinet graag erop dat art. V lid 4 Wet nadeelcompensatie, kort gezegd, bepaalt dat vanaf inwerkingtreding van art. 4:126 Awb een termijn van drie jaren begint te lopen waarbinnen een voorstel van wet kan worden ingediend omtrent schade, veroorzaakt door besluiten of andere handelingen van de Belastingdienst/Toeslagen, of van andere bestuursorganen voor zover genomen of verricht in het kader van aan de Belastingdienst opgedragen taken. Wordt deze driejaarstermijn niet benut, dan zullen titel 4.5 Awb en titel 8.4 Awb na afloop daarvan ook op dit soort schadeveroorzakende handelingen van toepassing zijn. Inwerkingtreding van titel 4.5 Awb brengt daarom een potentiële verhoging van de regeldruk mee, die zou kunnen conflicteren met de hoge regeldruk door de Omgevingswet. Wij vragen ons daarom af of het kabinet voornemens is om binnen de driejaarstermijn een wetsvoorstel in te dienen, en zo ja of het enig inzicht kan geven in de strekking die dat wetsvoorstel zal hebben.

8. Slotsom

Zoals onder 1 vermeld, zijn wij verheugd dat het kabinet overweegt om titel 4.5 Awb op korte termijn, althans eerder dan de Omgevingswet, in werking te laten treden. Die inwerkingtreding zal echter ook belangrijke gevolgen hebben voor thans bestaande, en na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb eventueel vast te stellen verordeningen en beleidsregels omtrent nadeelcompensatie. Ook roept het voorstel de onder 4 tot en met 7 behandelde vragen op. Voor de voor nadeelcompensatie in aanmerking komende burger, het bestuur en de rechterlijke macht is het onzes inziens van groot belang dat hieromtrent een duidelijk standpunt wordt ingenomen.