

Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht

Een intern rechtsvergelijkende studie

Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht

Een intern rechtsvergelijkende studie

Comparing Compensation in Spatial Planning Law and Private Law

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

prof. dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 15 december 2011 om 13.30 uur

door

Walter Dijkshoorn
geboren te Gouda



Promotiecommissie:

Promotoren: prof. mr. S.D. Lindenbergh
 prof. mr. L.J.J. Rogier

Overige leden: prof. mr. W.H. van Boom
 prof. mr. B.J. van Ettekoven
 prof. mr. A.J.M. Nuytinck

© 2011 W. Dijkshoorn / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleenvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-101-1
NUR 822

www.bju.nl

Aan Sara

‘Louter dogmatische onderscheidingen of stelsels zijn van betrekkelijk gering belang. Zij vormen ‘l’art pour l’art’, wellicht bevredigend uit intellectueel of artistiek oogpunt, misschien (ook) geschikt om de verveling van elke dag te verdrijven.’

C.A.J.M. Kortmann, ‘Zijn grondrechten subjectieve rechten?’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht* (Struycken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 145.

Woord vooraf

‘Bij het schrijven van dit voorwoord realiseer ik mij eerst recht, hoe velen – korter of langer geleden – op enigerlei wijze hebben bijgedragen tot mijn juridische vorming en hoe velen er direct of indirect hulp hebben verleend bij de totstandkoming van dit boek. Bij het noemen van namen heb ik mij natuurlijk beperkingen moeten opleggen. Maar ook hen, die ik hierboven niet heb genoemd, zeg ik dank voor al datgene wat zij voor mij gedaan hebben.’¹

Walter Dijkshoorn
Rotterdam, zomer 2011

¹ Bloembergen 1965, p. VIII.

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	12
1.1 Onderzoeksterrein.....	12
1.2 Toelichting onderwerpkeuze	12
1.3 Doel van het onderzoek; onderzoeksvraag	14
1.4 Deelonderzoeken	14
1.5 Inrichting van het boek	16
1.6 Verantwoording.....	17
2. Het aansprakelijkheidsrecht en de wijze waarop het schadevergoedingsrecht hierop aanhecht.....	18
2.1 Inleiding.....	18
2.2 Het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht	18
2.2.1 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen	19
2.2.2 Causaliteit.....	19
2.2.3 Vaststelling van de schadevergoeding.....	20
2.2.4 Beperking van de schadevergoedingsverplichting	21
2.2.5 Afdeling 6.1.10 BW: volledige vergoeding als uitgangspunt.....	21
2.3 Het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht.....	21
2.3.1 Het égalitébeginsel als aansprakelijkheidsgrond	22
2.3.2 Afdeling 6.1 Wro.....	23
2.3.2.1 Het normaal maatschappelijk risico	24
2.3.2.2 De speciale last	26
2.3.2.3 Tussenconclusie: égalité volgens de Wro.....	26
2.3.3 Schade volgens de Wro; het vergelijken van planologische regimes.....	27
2.4 Vergelijking.....	28
2.4.1 Tegemoetkoming versus volledige vergoeding.....	28
2.4.2 Het volledig vergoeden van onevenredige schade: welk type schade/welk gedeelte van de schade moet precies worden vergoed?.....	30
2.4.3 Een besluit als schadeoorzaak	33
2.5 Uitleiding.....	35
3. Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen	37
3.1 Inleiding.....	37
3.2 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen in het privaatrecht	37
3.2.1 Vermogensschade.....	38
3.2.2 ‘Ander nadeel’	40
3.2.2.1 De categorieën van artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW	40
3.2.2.2 Het vergoeden van ander nadeel dan vermogensschade.....	41
3.2.3 Gemist onstoffelijk voordeel	42
3.3 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen in het planschaderecht	46
3.3.1 Artikel 6.1 lid 1 Wro	46
3.3.2 Tijdelijk verminderd woongenot	48
3.3.3 De vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming of beperking van schade	50
3.3.4 Kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand.....	50
3.4 Vergelijking.....	51
3.4.1 Inkomensderving	51
3.4.2 De duiding van verminderd gebruiksgenot	52
3.4.3 De vergoedbaarheid van verminderd gebruiksgenot	53
3.4.3.1 Blijvend verminderd gebruiksgenot	53
3.4.3.2 Tijdelijk verminderd gebruiksgenot, vermogensschade	53
3.4.3.3 Tijdelijk verminderd gebruiksgenot; ruimte binnen artikel 6:106 BW	54
3.4.3.4 Normatief oordeel.....	56
3.4.4 De vergoedbaarheid van kosten ter (voorkoming of) beperking van schade	57
3.4.5 De vergoedbaarheid van deskundigenkosten.....	58
3.5 Conclusie	59

4. Causaal verband.....	60
4.1 Inleiding.....	60
4.2 Causaal verband in het privaatrecht.....	61
4.2.1 De twee-fasentoets.....	61
4.2.2 De leer van de redelijke toerekening.....	63
4.2.2.1 Achtergronden.....	63
4.2.2.2 Factoren die een rol (kunnen) spelen bij de toerekening van schade.....	66
4.3 Causaal verband in het planschaderecht.....	68
4.4 Vergelijking.....	70
4.4.1 Redelijk toerekenen in het planschaderecht en in het privaatrecht.....	70
4.4.2 De toegevoegde waarde van de leer van de redelijke toerekening: een casus.....	71
4.4.2.1 Kate's Het Eiland Mannen- en Vrouwenmode.....	71
4.4.2.2 Uitwerking van de casus volgens de huidige Afdelingsjurisprudentie.....	72
4.4.2.3 Een alternatieve uitwerking van de casus.....	73
4.4.2.4 De casus: conclusie.....	76
4.4.3 De motivering van het rechterlijk oordeel.....	76
4.5 Conclusie.....	78
5. Voordeeltorekening.....	78
5.1 Inleiding.....	78
5.2 Voordeeltorekening in het privaatrecht.....	79
5.2.1 De gedachte achter voordeeltorekening.....	79
5.2.2 Toepassing.....	79
5.2.2.1 Voordeel.....	79
5.2.2.2 Een zelfde gebeurtenis.....	80
5.2.2.3 Voor zover redelijk.....	80
5.3 Voordeeltorekening in het planschaderecht.....	81
5.3.1 Voordeel of geen nadeel?.....	81
5.3.2 Artikel 6.1.3.4 Bro en artikel 6.3 Wro.....	81
5.3.3 Toepassing.....	82
5.4 Vergelijking.....	83
5.5 Conclusie.....	85
6. 'Eigen schuld', actieve en passieve risicoaanvaarding en de schadebeperkingsplicht.....	86
6.1 Inleiding.....	86
6.2 De verschijningsvormen van 'eigen schuld' in het privaatrecht.....	87
6.2.1 De 'eigen schuld'-regeling (artikel 6:101 BW).....	87
6.2.1.1 'Eigen schuld' in vier stappen.....	87
6.2.1.2 Een beetje meer en een beetje minder.....	88
6.2.2 Risicoaanvaarding.....	89
6.2.3 De schadebeperkingsplicht.....	90
6.2.4 De vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming of beperking van schade.....	90
6.3 'Eigen schuld' in het planschaderecht.....	91
6.3.1 De voorzienbaarheid van de schade (artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro).....	91
6.3.1.1 Reikwijdte van de voorzienbaarheid.....	92
6.3.1.2 'Een beetje voorzienbaar'.....	93
6.3.2 De schadebeperkingsplicht (artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro).....	93
6.3.3 De vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming of beperking van schade.....	94
6.4 Vergelijking.....	94
6.4.1 Ratio van de 'eigen schuld'-bepalingen.....	94
6.4.2 De maatman en het normaal maatschappelijk risico.....	95
6.4.3 Vaker een proportionele benadering?.....	96
6.4.4 De schadebeperkingsplicht en de vergoedbaarheid van kosten ter (voorkoming of) beperking van schade.....	97
6.5 Conclusie.....	98
7. Schade begroten.....	100
7.1 Inleiding.....	100

7.2 Schade begroten in het privaatrecht.....	100
7.2.1 De vordering tot vergoeding van schade	100
7.2.2 De rol van de deskundige	102
7.2.3 Standaardisering	103
7.3 Schade begroten in het planschaderecht.....	103
7.3.1 De aanvraag van een tegemoetkoming.....	103
7.3.2 De rol van de adviseur; de theorie.....	104
7.3.3 De rol van de adviseur; de praktijk.....	106
7.3.3.1 Inkomensderving.....	106
7.3.3.2 Vermindering van de waarde van een onroerende zaak	107
7.3.3.3 De vergewisplicht in de planschadepraktijk	108
7.3.4 Contra-expertise (en de vergoedbaarheid daarvan)	109
7.3.5 De controlemogelijkheden van de rechter	110
7.4 Vergelijking.....	111
7.4.1 De toepassing van de vergelijkingsmaatstaf.....	111
7.4.2 De (dominante) rol van deskundigen.....	111
7.4.2.1 Wiens brood men eet,	112
7.4.2.2 Intuïtie en/of vakkennis	113
7.4.2.3 Mogelijke rechtsongelijkheid	114
7.4.3 Controle op de schadevaststelling uitoefenen	115
7.4.3.1 Gebrek aan kennis	115
7.4.3.2 Standaardisering	115
7.4.4 Meer gelijkheid.....	116
7.5 Conclusie	117
8. Beantwoording onderzoeksvraag, aanbevelingen en vooruitblik.....	118
8.1 Inleiding.....	118
8.2 Beantwoording van de onderzoeksvraag.....	118
8.2.1 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen	118
8.2.1.1 Inkomensderving; waardevermindering van de onroerende zaak	118
8.2.1.2 Tijdelijk verminderd woongenot	118
8.2.1.3 Kosten ter voorkoming of beperking van de schade	119
8.2.1.4 Deskundigenkosten.....	119
8.2.2 Causaal verband.....	120
8.2.3 'Eigen schuld', actieve en passieve risicoaanvaarding en de schadebeperkingsplicht	121
8.2.3.1 Concrete voorzienbaarheid en het normaal maatschappelijk risico.....	121
8.2.3.2 Proportionaliteit.....	121
8.2.3.3 Schadebeperkingsplicht.....	122
8.2.4 Schade begroten.....	122
8.2.4.1 Materiële regels over schadebegroting	123
8.2.4.2 Andere benadering van procespartijen	123
8.3 Aanbevelingen.....	123
8.3.1 Aanbevelingen voor de wetgever	123
8.3.2 Aanbevelingen voor de rechtspraktijk	125
8.3.2.1 Aanbevelingen voor de planschaderechter	125
8.3.2.1.1 Toerekening naar redelijkheid	126
8.3.2.1.2 Actieve risicoaanvaarding	126
8.3.2.1.3 Schadebeperkingsplicht	127
8.3.2.1.4 Schadebegroting	127
8.3.2.2 Aanbevelingen voor de planschadeadviseur.....	127
8.4 Vooruitblik	128
Summary in English	131
Lijst van verkort aangehaalde literatuur	137
Curriculum vitae.....	152

1. Inleiding

1.1 Onderzoeksterrein

Het wijzigen van een planologisch regime kan nadelige gevolgen hebben voor een burger. Zo kan het zijn dat de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak van de burger worden beperkt of zelfs geheel worden ‘wegbestemd’. Het kan ook zijn dat de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van een nabij gelegen onroerende zaak in het nadeel van de burger worden gewijzigd.

De schade die de burger ten gevolge van een planologische maatregel² lijdt, komt tot op zekere hoogte voor vergoeding in aanmerking. Regels hieromtrent zijn te vinden in Afdeling 6.1 Wro, § 6.1.2 en § 6.1.3 Bro – en, voor zover op grond van de overgangsregeling nog van toepassing, artikel 49 WRO (oud) –³ en voor een belangrijk deel ook in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (en haar voorgangers, de Kroon en de Afdeling geschillen van Bestuur van de Raad van State). Tezamen vormen deze regels het planschaderecht. Het planschaderecht bevat regels die lijken op privaatrechtelijk schadevergoedingsregels, meer bepaald de regels die zijn neergelegd in Afdeling 6.1.10 BW en in de rechtspraak op deze regels. Dit boek is het verslag van intern rechtsvergelijkend onderzoek naar het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht.⁴

1.2 Toelichting onderwerpkeuze

Waarom intern rechtsvergelijkend onderzoek naar het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht? Ik beantwoord deze vraag via een ogenschijnlijke omweg.

Met de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten – Titel 4.5, artikel 4:126 e.v. Awb – kent het gemene bestuursrecht voor het eerst een uitgewerkte schadevergoedingsregeling.⁵ Een aantal van de in deze schadevergoedingsregeling neergelegde bepalingen is geïnspireerd op privaatrechtelijk schadevergoedingsbepalingen. Naar het idee van de wetgever is bij de redactie van deze bepalingen ‘zoveel mogelijk aangesloten bij de inhoud van de corresponderende bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW’.⁶ De zinsnede ‘zoveel mogelijk’ houdt verband met de heersende opvatting over hoe bestuursrecht en privaatrecht zich tot elkaar (zouden moeten) verhouden. Deze opvatting wordt verwoord door Scheltema en Scheltema:

‘(B)estuursrecht en privaatrecht zijn onderscheiden en naast elkaar staande rechtsgebieden. De regels die voor het ene rechtsgebied gelden, zijn niet vanzelfsprekend van toepassing op het andere gebied. (E)r bestaat in de huidige tijd een toenemende behoefte aan convergentie tussen bestuursrecht en privaatrecht. Verschillen in rechtsregels die hun oorsprong niet vinden

² Ik zal hierna ten behoeve van de leesbaarheid voor de schadeoorzaken als genoemd in artikel 6.1 lid 2, aanhef en onder a tot en met g, Wro en artikel 49 lid 1, aanhef en onder a tot en met f, WRO (oud) veelal de term ‘planologische maatregel’ (of kortweg ‘maatregel’) hanteren.

³ Zie over het ‘tamelijk gecompliceerde’ overgangsrecht Van Buuren e.a. 2008, p. 200-202. Zie voor praktische uitwerkingen Van den Broek 2010, p. 108-118.

⁴ Nota bene met de invoering van de Wro op 1 juli 2008 (bij besluit van 16 juni 2008, zie *Stb.* 2008, 227) heeft de burger die planschade lijdt geen recht meer op een vergoeding, maar (slechts) op een tegemoetkoming (vgl. artikel 49 lid 1 WRO (oud) en artikel 6.1 lid 1 Wro). Ik spreek hierna evenwel ook wel over een planschadevergoeding en schadevergoedingsregels, ten eerste omdat ik bij de bespreking van het planschaderecht ook artikel 49 WRO betrek en ten tweede omdat ik de tekst leesbaar wil houden.

⁵ Ik ga ervan uit dat Titel 4.5 van het wetsvoorstel Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (32 621) – althans het schadevergoedingsrechtelijke deel – ongewijzigd in werking treedt. Hierna behandel ik het als geldend recht.

⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 20.

in het verschillende karakter van de te regelen rechtsverhoudingen, dienen vermeden te worden.’⁷

Het bestuursrecht is een zelfstandig, onafhankelijk functionerend rechtsgebied met een geheel eigen karakter; niet alle privaatrechtelijke regels of leerstukken kunnen derhalve op geheel overeenkomstige wijze worden toegepast.⁸ Sommige regels of leerstukken moeten eerst door een soort semipermeabel membraan voordat ze kunnen worden gebruikt.⁹ En sommige regels of leerstukken zijn eenvoudigweg in het geheel niet geschikt om buiten het rechtsgebied waarbinnen ze zijn ontwikkeld toegepast te worden.¹⁰

Niemand is gebaat bij onnodige verschillen tussen het bestuurs- en het privaatrecht. Nodeloze verschillen tussen het bestuurs- en het privaatrecht moeten vermeden worden in het belang van de rechtseenheid en de rechtszekerheid en daarmee in het belang van de burger. De vragen die zich daarom aandienen zijn: welke verschillen zijn nodeloos en welke verschillen zijn nu juist noodzakelijk? In hoeverre moeten het bestuurs- en het privaatrecht van elkaar afwijken en in hoeverre juist niet? Of anders: wat zijn de overeenkomsten en waar zijn verschillen gerechtvaardigd? Met de Wet nadeelcompensatie worden deze vragen ten aanzien van een *aantal* schadevergoedingsbepalingen door de wetgever beantwoord. Aan het slot van zijn toelichting op de schadevergoedingsbepalingen overweegt de wetgever dat ‘het vorenstaande niet weg(neemt) dat bestuursorganen en rechters de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW waar mogelijk als inspiratiebron kunnen en mogen gebruiken bij de toepassing van titel 4.5.’¹¹

Deze laatste overweging kan ik niet goed volgen. Het lijkt mij juist aan de wetgever om duidelijkheid te verschaffen over bijvoorbeeld de typen schade die voor vergoeding in aanmerking (zouden moeten) komen in het gemene nadeelcompensatierecht. Artikel 4:129, aanhef onder a en b, Awb bepaalt dat ‘redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade’ en ‘redelijke kosten ter zake van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand of andere deskundige bijstand bij de vaststelling van de schade’ voor vergoeding in aanmerking komen. Andere bepalingen over typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen ontbreken. Hoitink en Koetser merken hierover terecht op dat het ‘toch vreemd (zou) zijn als bestuursorganen de vrijheid hebben te kiezen of bijvoorbeeld immateriële schade wordt vergoed en in welke gevallen’.¹²

In de toelichting op de Wet nadeelcompensatie is aangekondigd dat het planschaderecht zal worden herzien, om het planschaderecht in lijn te brengen met het gemene nadeelcompensatierecht.¹³ Bij deze herziening zou wat mij betreft geen ruimte moeten worden gelaten voor bestuursorganen en rechters om Afdeling 6.1.10 BW als ‘inspiratiebron’ te gebruiken; de praktijk zou voor wat het de harmonisatie van het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht betreft zo min mogelijk in het ongewisse gelaten mogen worden. In dit boek wordt intern rechtsvergelijkend onderzoek verricht om helder te krijgen op welke punten harmonisatie van het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht mogelijk (en daarmee: wenselijk) is.

⁷ Scheltema & Scheltema 2008, p. 4. Vgl. Tak 1993, p. 174-190 (m.n. p. 184-185 en 188) en (hierover) Tak 2004, p. 150, r.k.

⁸ Zie hierover o.a. Van den Berk 1991, hfdst. 3. Vgl. G.J. de Groot 1982, hfdst. 6.

⁹ De term ‘semipermeabel membraan’ wordt in de biologie en de scheikunde gebruikt om een membraan aan te duiden dat sommige moleculen doorlaat en sommige niet.

¹⁰ Vgl. PG boek 6, p. 1262. Vgl. voorts vooral Bloembergen 1996, p. 11, l.k. Het antwoord van de Vaste Kamercommissie (zie hiervoor, PG boek 6, p. 1262) is volgens Bloembergen achterhaald (p. 11, r.k.).

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

¹² Hoitink & Koetser 2007, p. 342, r.k.

¹³ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 17-18.

1.3 Doel van het onderzoek; onderzoeksvraag

Het doel van het onderzoek is het aandragen van verbeterpunten, ontleend aan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, bijvoorbeeld wanneer het planschaderecht intern inconsistent is, leemten vertoont of onwenselijke praktische uitwerkingen kent, en daarmee te komen tot een bijdrage aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht. Deze bijdrage kan bestaan uit een voorstel tot wijziging van het in de wet neergelegde planschaderecht, maar ook uit een aanbeveling voor de rechtspraak (waaronder begrepen de planschaderechter).

De hoofdvraag die in dit onderzoek centraal staat luidt:

Kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

Wanneer uit een vergelijking blijkt dat het planschaderecht kan bijdragen aan de ontwikkeling van het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, wordt dit (uiteraard) als ‘bijvangst’ meegenomen.

1.4 Deelonderzoeken

Om het doel van het onderzoek te bereiken wordt in kaart gebracht hoe het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zijn vormgegeven en wat de verschillen tussen beide schadevergoedingssystemen zijn. Hierbij probeer ik recht te doen aan de eigenheid van beide rechtsgebieden.¹⁴ Het onderzoek is opgebouwd uit deelonderzoeken. In elk deelonderzoek vormt een bepaling uit Afdeling 6.1.10 BW het vertrekpunt. Het is allerm minst mijn bedoeling om in het navolgende de twee schadevergoedingssystemen naast elkaar te plaatsen en te volstaan met het aanwijzen en duiden van de verschillen tussen beide systemen; ik wil immers komen tot concrete verbeterpunten. Bespreking van bepalingen uit Afdeling 6.1.10 BW die in elk geval niet zullen bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht dient daarom achterwege te blijven. Ik kader het onderzoeksterrein hiertoe nader af.

De volgende elementen uit het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zijn het onderwerp van onderzoek:

- De soorten schade die voor vergoeding in aanmerking komen. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht: vermogensschade – waaronder ook kosten ter voorkoming of beperking van schade en kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand – en ‘ander nadeel’ (artikelen 6:95, 6:96 en 6:106 BW), in het planschaderecht: schade in de vorm van inkomensderving, waardevermindering van een onroerende zaak (artikel 6.1 lid 1 Wro), kosten ter voorkoming of beperking van schade (ontwikkeld in de rechtspraak) en kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand (artikel 6.5, aanhef en onder a, Wro);
- De wijze waarop het causaal verband wordt ingevuld. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht wordt naast het condicio-sine-qua-nonvereiste de in artikel 6:98 BW gecodificeerde leer van de redelijke toerekening toegepast, welke leer volgens de planschadeliteratuur ook in het planschaderecht naast het condicio-sine-qua-nonvereiste wordt toegepast;
- De wijze waarop voordeel wordt verrekend. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht: artikel 6:100 BW, in het planschaderecht: rechtspraak en artikel 6.1.3.4 Bro;
- De schade die voor rekening van de schadelijdende blijft omdat hijzelf debet is aan het ontstaan van deze schade. ‘Eigen schuld’ in het privaatrecht (artikel 6:101 BW),

¹⁴ Vgl. Drupsteen 1985, p. 222, r.k., die schrijft dat hij ‘niet veel [ziet] in interne rechtsvergelijking die er op neerkomt dat men met privaatrechtelijke begrippen het bestuursrecht te lijf gaat’.

actieve en passieve risicoaanvaarding in het planschaderecht (artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro) en (het ‘schenden’ van) de schadebeperkingsplicht (in het privaatrecht afgeleid uit artikel 6:101 BW en in het planschaderecht gecodificeerd in artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro);

- De wijze van schadebegroting. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zijn de uitgangspunten in de wet neergelegd (artikelen 6:97, 6:104 en 6:105 BW), in het planschaderecht zijn de uitgangspunten in de rechtspraak ontwikkeld.

Bepalingen die niet worden betrokken in de rechtsvergelijking, zijn (daarmee): artikel 6:99 (multicausaliteit), artikel 6:102 (medeschuld), artikel 6:103 (de wijze van vergoeden), de artikelen 6:107 en 107a (schadevergoeding bij letsel), artikel 6:108 (schadevergoeding bij overlijden), artikel 6:109 (matiging van de schadevergoeding) en 6:110 BW (limitering van de schadevergoeding). De keuze om artikel 6:107 tot en met artikel 6:110 BW niet te betrekken in de vergelijking, spreekt naar mijn idee vanzelf.¹⁵ Het buitensluiten van de andere artikelen vraagt (wellicht) enige toelichting.

De artikelen 6:99 en 6:102 BW worden niet behandeld, omdat deze artikelen ervan uitgaan dat er sprake is van meerdere ‘schadeplichtigen’. Artikel 6:99 BW maakt het voor de schadelijders mogelijk één van de schadeveroorzakers (althans normschenders) aan te spreken voor de gehele schade.¹⁶ Artikel 6:102 BW regelt de onderlinge verdeling van de schadevergoeding tussen de verschillende ‘schadeplichtigen’. In het planschaderecht is geen behoefte aan deze of soortgelijke bepalingen; artikel 6.1 lid 1 Wro bepaalt dat een aanvraag voor een tegemoetkoming in de planschade bij burgemeester en wethouders kan worden ingediend, ook als de planschade is veroorzaakt door bijvoorbeeld een provinciale verordening (zie artikel 6.1 lid 2, aanhef en onder f, Wro). Dit neemt overigens niet weg dat er in het gemeene bestuursrecht wel behoefte kan bestaan – en naar mijn idee ook bestaat – aan in elk geval een bepaling als artikel 6:99 BW.¹⁷ In de praktijk kan onduidelijkheid bestaan bij zowel de burger als de verschillende schadetoebrengende/aansprakelijke bestuursorganen over de vraag wie voor (welk deel van) de schade moet opdraaien, bijvoorbeeld bij grote infrastructurele projecten. In de literatuur is er (tot dusver) zonder succes voor gepleit een op artikel 6:99 BW gelijkende bepaling in het gemeene nadeelcompensatierecht op te nemen.¹⁸

Over de buitensluiting van artikel 6:103 BW het volgende. In het planschaderecht komt men wel tegen dat door de overheid bijvoorbeeld een geluidswal wordt geplaatst om de door haar veroorzaakte geluidshinder te beperken.¹⁹ Dit zou gezien kunnen worden als een vergoeding

¹⁵ Zie ook de toelichting op de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 19-20).

¹⁶ Zie de toelichting op het artikel, PG Boek 6, p. 346: ‘Het onderhavige artikel nu keert de bewijslast met betrekking tot het causaal verband om in een geval, waarin de eiser wel kan aantonen dat zijn schade veroorzaakt is door één van de onrechtmatige daden, die twee of meer personen jegens hem hebben gepleegd, maar niet kan bewijzen welke van die onrechtmatige daden de oorzaak is. Men denke bij voorbeeld aan het geval waarin twee personen A en B onvoorzichtig in dezelfde richting schieten of stenen gooien en iemand door één kogel of één steen wordt geraakt. Het ware in een dergelijk geval, waarin vaststaat dat A en B beiden onrechtmatig jegens de benadeelde hebben gehandeld en dat deze de schade heeft geleden óf ten gevolge van A’s daad óf ten gevolge van die van B, onbillijk om de benadeelde zelf zijn schade te laten dragen omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal voor zijn schade was.’

¹⁷ Naar mijn idee zou opname van een bepaling die lijkt op artikel 6:99 BW in Titel 4.5 Awb ook goed aansluiten bij de zogenoemde ‘één loket’-gedachte, die de laatste jaren op verschillende wijzen vorm krijgt in het bestuursrecht. Zie bijvoorbeeld de Wet samenhangende besluiten Awb (artikel 3:19-29 Awb) en de toelichting hierop (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 980, nr. 3) en zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van VROM van 23 september 2004 (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 383, nr. 18). Zie ook artikel 2.4 lid 1 Wabo en hierover (bijv.) De Graaf 2010, p. 184.

¹⁸ Hoitink & Koetser 2007, p. 342, r.k.-343, l.k. en Tjepkema 2010, p. 338-339. Zie voor suggestievoorstellen resp. p. 343 en p. 919.

¹⁹ Zie bijv. ABRvS 21 juni 1990, *BR* 1991, 279 (*Wegaanleg Groenlo*).

in natura. Het verschil met de privaatrechtelijke vergoeding in natura ex artikel 6:103 BW is dat de (wat ik maar noem) planologische variant niet op vordering van de schadelijgende geschiedt, maar op initiatief van de schadetoebrengende partij, de overheid zelf.²⁰ Het is daarmee geen regel van schadevergoedingsrecht – zoals in het privaatrecht –, maar veeleer een geste van de schadetoebrengende partij (welke bij het vaststellen van de tegemoetkoming in aanmerking wordt genomen).²¹

1.5 Inrichting van het boek

Als doel van het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht wordt wel het handhaven van aanspraken genoemd.²² Aan dit doel wordt op verschillende wijzen uitwerking gegeven. Zo kan bij de dreiging van normschendend handelen – bijvoorbeeld een onrechtmatige daad – een rechterlijk verbod worden gevraagd (artikel 3:296 lid 1 BW). Het (voormelde) doel van het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt ook de wijze waarop het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht wordt vormgegeven. De gedachte die aan Afdeling 6.1.10 BW ten grondslag ligt is dat degene die door het normschendend handelen van een ander nadeel ondervindt, zoveel als redelijkerwijs mogelijk (financieel) in de situatie wordt geplaatst alsof het normschendend handelen niet zou hebben plaatsgevonden.

Het voormelde gaat in zekere mate ook op voor het planschaderecht. Ook het aansprakelijkheidsrecht dat ten grondslag ligt aan het planschaderecht – dat ik hierna, hoewel taalkundig onjuist, bij gebrek aan een beter alternatief, ook wel het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht zal noemen – beïnvloedt de wijze waarop het planschaderecht wordt vormgegeven. In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan het privaatrechtelijk en planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht en de wijze waarop de schadevergoedingsregels hierop aanhechten. Hierbij wordt ook stilgestaan bij de aard van het schadeveroorzakend handelen. Staat in het privaatrecht steeds feitelijk handelen centraal, in het planschaderecht is dat steeds een bepaalde planologische maatregel. Met hoofdstuk 2 wordt een basis gelegd voor de navolgende hoofdstukken.

In de hierop volgende hoofdstukken worden de typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen (hoofdstuk 3), causaal verband (hoofdstuk 4), voordeeltorekening (hoofdstuk 5), ‘eigen schuld’, actieve en passieve risicoaanvaarding en de schadebeperkingsplicht (hoofdstuk 6) en schadebegroting (hoofdstuk 7) behandeld. Het boek wordt afgesloten met de beantwoording van de onderzoeksvraag, enige aanbevelingen voor de wetgever en de rechtspraktijk, meer bepaald de planschaderechter en de planschadeadviseur, en een vooruitblik (hoofdstuk 8).

²⁰ Zie ook de toelichting op de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten: ‘(...) in artikel 6:103 (is) bepaald dat schadevergoeding in geld wordt voldaan. Eventueel kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in een andere vorm toekennen. Met betrekking tot nadeelcompensatie geldt dat een bestuursorgaan de vorm van de schadevergoeding bepaalt, waarbij het geaccepteerd is dat de vergoeding niet in geld maar eventueel ook in een andere vorm kan worden voldaan’ (*Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 3, p. 20). Anders Van der Schans, die schrijft: ‘De bestuursrechter loopt (...) in de pas met art. 6:103 BW’ (Van der Schans 2007, p. 204, l.k.). Vgl. Van den Berg 1996, p. 337, r.k., die voorstelt ‘nadeelcompensatie in geld’ voortaan als ‘ultimum remedium’ te gebruiken. Evenzo (als ik het goed zie) het advies en nader rapport van de Raad van State naar aanleiding van het voorstel Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (*Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 4, p. 5).

²¹ De schadelijgende heeft recht op een tegemoetkoming ‘voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd’ (artikel 6.1 lid 1, in fine, Wro). Zie hierover Van Iersel 2006, p. 436-438. En zie nader § 2.3.2. Het is vooralsnog onduidelijk wat de strekking van artikel 6.1.2.2 Bro is (de aanvraag als bedoeld in artikel 6.1 lid 1 Wro bevat ‘een omschrijving van de wijze waarop aan de schade naar het oordeel van de aanvrager tegemoet dient te worden gekomen indien hij geen vergoeding in geld wenst’).

²² Lindenbergh 2008a, nr. 4-5; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 9-14.

1.6 Verantwoording

Het promotieonderzoek dat tot dit boek heeft geleid, is bekostigd door de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (SAOZ). Het onderzoek is zelfstandig en onafhankelijk uitgevoerd. Wel hebben enkele bij de SAOZ werkzame adviseurs zowel na presentaties van onderzoeksresultaten als na proeflezing van de navolgende hoofdstukken (praktisch) commentaar geleverd met betrekking tot de werking van het planschaderecht. Hiervan heb ik, uiteraard, (dankbaar) gebruik gemaakt.

Het onderzoek werd afgesloten op 20 juni 2011. Met rechtspraak en literatuur van later datum is slechts incidenteel rekening gehouden.

2. Het aansprakelijkheidsrecht en de wijze waarop het schadevergoedingsrecht hierop aanhecht

2.1 Inleiding

In de navolgende vijf hoofdstukken wordt steeds een element uitgewerkt dat in het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht terug te vinden is en mogelijk een bijdrage kan leveren aan de ontwikkeling van het planschaderecht. Omdat bij de vormgeving van het schadevergoedingsrecht en daarmee ook bij de uitwerking van schadevergoedingsrechtelijke kwesties de grondslag van de schadevergoedingsplicht een belangrijke rol speelt,²³ wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan het privaatrechtelijk en het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht.²⁴ Daarmee wordt in dit hoofdstuk een basis geboden voor de navolgende hoofdstukken. Het is niet de bedoeling om in dit hoofdstuk het gehele privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht te bespreken. Slechts de aspecten met welke in dit hoofdstuk en in de navolgende hoofdstukken een gedegen vergelijking tussen het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en het planschaderecht mogelijk is, komen aan de orde.²⁵

In § 2.2 wordt (in grote lijnen) de structuur van het privaatrechtelijk aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht besproken. Hier is vooral aandacht voor het prototype van civielrechtelijke aansprakelijkheid, de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en de wijze waarop Afdeling 6.1.10 – de artikelen 6:95-110 – BW hierop aansluit. In § 2.3 staat het aansprakelijkheidsrecht dat ten grondslag ligt aan het planschaderecht centraal. Hierna volgt een vergelijking tussen beide aansprakelijkheidssystemen (§ 2.4). In deze vergelijking zullen ook elementen uit het onteigeningsrecht worden meegenomen. Schadevergoeding bij onteigening kan worden gezien als een hybride figuur, die verwantschap vertoont met zowel het planschaderecht als het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht. Enerzijds bouwt het onteigeningsrechtelijke schadevergoedingsrecht, net als het planschaderecht, voort op rechtmatig overheidshandelen en anderzijds geeft het de benadeelde, net als het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, recht op de volledige vergoeding van zijn schade. Door het privaatrecht en het planschaderecht niet alleen tegen elkaar, maar ook tegen het onteigeningsrecht af te zetten, beoog ik tot een preciezere duiding te komen van de aard en strekking van de twee eerstgenoemde rechtsgebieden.

2.2 Het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht

Het prototype van privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade is die uit onrechtmatige daad. De onuitgesproken gedachte is dat het handelen waarin de normschending besloten ligt niet had mogen plaatsvinden en dat aldus geen nadelige wijziging in de situatie van de benadeelde had mogen plaatsvinden. Schadevergoeding strekt er daarom toe de benadeelde – ten minste financieel – zoveel mogelijk te brengen in de situatie waarin hij zich vermoedelijk zonder de normschending zou hebben bevonden.²⁶ De gevolgen van de fout moeten dus zoveel mogelijk – volledig – worden geredresseerd. (Bij andere privaatrechtelijke schadevergoedingsplichten die op normschending berusten, zoals die uit wanprestatie, is dat in essentie

²³ Zie m.n. Lindenbergh 2010b, p. 901-909. Vgl. Verpaalen, die schrijft: ‘Schade is van nature oeverloos. De daad, rechtmatig of onrechtmatig, is de in het stille water geworpen steen, die steeds bredere kringen maakt. Het recht bakent af welke kring nog wordt vergoed’ (Verpaalen 1969, p. 32).

²⁴ Zoals ik in § 1.5 opmerk spreek ik hierna, hoewel taalkundig onjuist, bij gebrek aan een beter alternatief, ook wel over ‘planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht’ en niet over ‘het aansprakelijkheidsrecht dat ten grondslag ligt aan het planschaderecht’.

²⁵ Op advies van Bloembergen, die schrijft: ‘men moet beide rechtsgebieden beheersen. Dat betekent nog niet, dat men beide rechtsgebieden ook moet beschrijven. Men loopt dan gauw de kans, dat men dingen gaat schrijven die door anderen al beter en uitvoeriger gezegd zijn’ (Bloembergen 1975, p. 640, l.k.).

²⁶ Bloembergen 1965, nr. 7 e.v.; Lindenbergh 2008a, nr. 4 e.v. Zie HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168, r.o. 3.3 (*Interplant/Oldenburger*).

niet anders.)²⁷ Uit het vertrekpunt dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden geplaatst in de situatie zoals die zou zijn geweest als de normschending niet had plaatsgevonden vloeit logisch voort dat zijn schade volledig moet worden vergoed, althans voor zover die schade door de aansprakelijke is veroorzaakt.²⁸

Afdeling 6.1.10 BW bouwt voort op de hiervoor beschreven veronderstellingen en bevat een aantal regels die beogen het voorgaande recht te doen. Hieronder werk ik een en ander (kort) uit.

2.2.1 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen

In Afdeling 6.1.10 BW staat volledige vergoeding voorop als het gaat over de vergoeding van vermogensschade (artikel 6:95 BW). Vermogensschade omvat blijkens artikel 6:96 lid 1 BW zowel geleden verlies als gederfde winst. In lid 2 wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven van wat verder als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt: redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust mocht worden verwacht (sub a), redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (sub b) en redelijke kosten ter verkrijging buiten rechte (sub c). Middels deze bepalingen kan de benadeelde de kosten die hij maakt om ofwel de schade die de aansprakelijke heeft veroorzaakt tot een minimum te beperken ofwel om deze op de aansprakelijke te verhalen vergoed krijgen. De gedachte is dat de benadeelde deze kosten niet zou hebben hoeven maken als de normschending niet had plaatsgevonden en dat het daarom de aansprakelijke is die deze kosten voor zijn rekening moet nemen.²⁹

Ander nadeel dan vermogensschade wordt slechts vergoed voor zover de wet hierop (expliciet) recht geeft (artikel 6:95 BW). De gedachte hierachter is waarschijnlijk – de wetgever heeft zich hierover niet uitgelaten – dat een geldelijke vergoeding slechts beperkt kan bijdragen aan het (geestelijk) herstel van de benadeelde.³⁰ In artikel 6:106 BW wordt een aantal gronden opgesomd die recht geven op een vergoeding *naar billijkheid*. Dit is geen vrijbrief voor de rechter om steeds een louter symbolisch, laag bedrag – als in: € 1,- – toe te kennen,³¹ voorop staat dat de benadeelde compensatie zou moeten ervaren.³²

In de artikelen 6:107, 6:107a en 6:108 BW zijn enige bepalingen opgenomen aangaande de vermogensschade die derden lijden bij letsel en overlijden. Het gaat hier niet om het herstellen van de toestand van de benadeelde, maar om het herstellen van de toestand van diens mantelzorgers – zij het met enige beperkingen –,³³ werkgever en, in geval van overlijden, (directe) nabestaanden.

2.2.2 Causaliteit

De schade die *door* de normschending is veroorzaakt, moet volledig worden vergoed. Vaststelling van het oorzakelijk verband tussen de normschending en de schade geschiedt in het privaatrecht doorgaans in twee stappen. Eerst wordt het *condicio-sine-qua-non*verband vastgesteld – is de schade veroorzaakt door het handelen van de normschender? – en vervolgens wordt gezien of het redelijk en/of billijk is dat de schade aan de normschender wordt toegerekend (de artikelen 6:98 en 6:101 BW).

²⁷ Zie (nog onder het oude BW) HR 17 januari 1964, NJ 1964, 322, p. 738, r.k. (*Oranje Lijn/Bohne*; m.nt. J.H. Beekhuis).

²⁸ Zie Bloembergen 1965, nr. 84 e.v.; Bloembergen 2002, p. 13 e.v. (m.n. p. 14); Lindenberg 2008a, nr. 11-12.

²⁹ Hierover Keirse 2003, m.n. p. 281.

³⁰ Zie Lindenberg 1998, p. 36-38 en 131, met verdere verwijzingen.

³¹ Zie Lindenberg 2008b, p. 13.

³² Hierover Lindenberg 2008b, hfdst. 5.

³³ Zie nader o.m. PG Boek 6, p. 1279-1280; Hartlief 2006b, p. 98-104.

In een geval van meervoudige causaliteit – de schade kan zijn veroorzaakt door meerdere normschenders – kan elke normschender ex artikel 6:99 BW voor de gehele schade aansprakelijk worden gehouden, tenzij de aangesproken normschender bewijst dat hij niet aansprakelijk is voor de (gehele) schade. Middels deze bepaling wordt de benadeelde tegemoet gekomen in zijn bewijsnood;³⁴ de benadeelde krijgt in elk geval zijn schade volledig vergoed.

Een normschendend handelen kan naast nadeel ook voordeel voor de benadeelde opleveren. Omdat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden geplaatst in de situatie zoals die zou zijn geweest als de normschending niet had plaatsgevonden, moet het voordeel dat de normschending heeft gebracht met het nadeel worden verrekend, tenminste, voor zover dit redelijk is (artikel 6:100 BW).³⁵ Aldus wordt overcompensatie tegengegaan.³⁶

De normatieve bril waardoor wordt gekeken bij toepassing van de in deze paragraaf besproken artikelen maakt dat van het uitgangspunt van volledige vergoeding kan worden afgeweken, namelijk wanneer de redelijkheid of de billijkheid dit vergt. Zo kan in het geval een verkeersdeelnemer jonger dan veertien jaar door eigen onoplettendheid letsel oploopt in het verkeer (in beginsel) niet met succes ‘eigen schuld’ (artikel 6:101 BW) worden tegengeworpen, omdat de billijkheid dit niet toelaat (de zogenoemde billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1, in fine, BW).³⁷ En zo kan bij de vraag aan wie voor (welk deel van) de schade moet opdraaien – de aansprakelijke of de benadeelde – ook worden meegenomen of de benadeelde al dan niet verzekerd is.³⁸

2.2.3 Vaststelling van de schadevergoeding

Ook bij de begroting van schade staat de volledige vergoeding voorop. Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot ‘op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat’. De schade moet dus steeds zo concreet als mogelijk worden vastgesteld.³⁹

Om de schade zo concreet mogelijk vast te stellen, moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie met normschending en de situatie zonder normschending.⁴⁰ Deze vergelijking is in het ene geval eenvoudiger te maken dan in het andere geval. Stel dat A met zijn auto tegen de auto van B aanrijdt en de bumper van B’s auto raakt hierdoor los. B’s auto moet vervolgens naar de garage om gerepareerd te worden en het duurt drie dagen voordat B weer gebruik kan maken van zijn auto. Wanneer A nu B niet had aangereden, zou B die drie dagen gebruik hebben kunnen maken van zijn auto.

Ingewikkelder wordt het wanneer B bij de aanrijding blijvend invalide is geraakt en hierdoor zijn werk niet meer kan uitoefenen. Artikel 6:105 BW biedt de rechter de mogelijkheid om nog niet ingetreden schade – de inkomsten uit arbeid die B in de toekomst moet missen – te begroten ‘na afweging van goede en kwade kansen’. De rechter zal nu – met het uitgangspunt van volledige vergoeding in het achterhoofd – tot een zo reëel mogelijke benadering moeten

³⁴ Zie Akkermans 1997, p. 70 e.v.

³⁵ Over dit redelijkheidsoordeel Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 101.

³⁶ Zie voor een bespreking van andere gronden voor voordeeltorekening Bloembergen 1965, nr. 219; Bolt 1989, p. 185-189.

³⁷ Zie m.n. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, r.o. 5.3 (*Kolkman/Nationale Nederlanden*; m.nt. C.J.H. Brunner). Dit is slechts anders wanneer de gedragingen van het kind ‘opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van die aanrijding opleveren’, aldus de Hoge Raad (r.o. 5.3).

³⁸ Zie m.n. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, r.o. 5.3 (*Kolkman/Nationale Nederlanden*; m.nt. C.J.H. Brunner) en HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566, r.o. 3.8 (*IZA/Vrerink*).

³⁹ Nadrukkelijk HR 30 november 2007, *NTFR* 2008, 33, r.o. 5.3 (m.nt. E. Thomas).

⁴⁰ Akkermans spreekt in dit verband wel over de ‘vergelijkingshypothese’ (bijv. Akkermans 2003, p. 97, l.k.).

komen van zowel B's verdere (fysieke) ontwikkeling (de situatie met normschending), alsmede van B's alternatieve carrièreverloop (de situatie zonder normschending).

Een bijzondere begrotingsregel is te vinden in artikel 6:104 BW. Het artikel bepaalt dat de rechter op vordering van de benadeelde de schade kan begroten op het bedrag van (een gedeelte van) de winst die de aansprakelijke dankzij zijn normschendend handelen heeft genoten. Anders dan het artikel mogelijk doet vermoeden heeft de wijze van schadebegroting niet het karakter van een punitieve maatregel.⁴¹ Wel is het zo dat 'de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 6:104, en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht (kan) toekennen', aldus de Hoge Raad.⁴²

Op grond van artikel 6:103 BW geschiedt de vergoeding van schade doorgaans in geld. Het artikel maakt het voor de benadeelde ook mogelijk een vergoeding in natura – denk aan een rectificatie of aan feitelijk herstel van een beschadigde zaak – te vorderen.⁴³

2.2.4 Beperking van de schadevergoedingsverplichting

Aan het eind van Afdeling 6.1.10 BW staat een tweetal artikelen die beperking van de schadevergoedingsverplichting mogelijk maken. Artikel 6:109 BW biedt de rechter de mogelijkheid de schadevergoedingsverplichting te matigen '(i)ndien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden'.

Artikel 6:110 BW maakt het mogelijk om bij AMvB de schadevergoedingsverplichtingen te limiteren. Dit met het oog op mogelijke onverzekerbaarheid van bepaalde risico's. Zolang van de mogelijkheden die artikel 6:110 BW biedt geen gebruik wordt gemaakt, is het mogelijk met artikel 6:109 BW eventuele problemen – in de zin van de hierboven aangehaalde 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen' – te ondervangen, zo is opgemerkt bij de parlementaire behandeling van artikel 6:110 BW.⁴⁴

2.2.5 Afdeling 6.1.10 BW: volledige vergoeding als uitgangspunt

Hoewel het volledig vergoeden van schade niet steeds (feitelijk) mogelijk is – denk aan de hierboven kort besproken kwestie van blijvende invaliditeit – is Afdeling 6.1.10 BW geschreven vanuit de gedachte dat volledige vergoeding wel het streven is; de gevolgen van de normschending moeten zoveel als mogelijk ongedaan worden gemaakt. Alleen de redelijkheid of de billijkheid kan ertoe nopen van een volledige vergoeding af te zien. Welke rol de redelijkheid of de billijkheid toekomt, en hoe deze rol nader kan worden ingevuld – welke factoren zijn relevant en welke niet of minder? –, verschilt evenwel per bepaling en de rechtspraak hierop.

2.3 Het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht

⁴¹ Zie HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, r.o. 3.4 (*Waeyen-Scheers/Naus*; m.nt. C.J.H. Brunner); HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.5.2 (*Kecofa/Lancome*; m.nt. J.H. Spoor).

⁴² HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, r.o. 3.3.2 (*Setel/AVR*); HR 18 juni 2010, *WR* 2010, 74, r.o. 3.6. (*Doerga/Ymere*; m.nt. Red.). Hierover Van Boom 2011, p. 118-125.

⁴³ Vgl. HR 10 september 1993, *NJ* 1996, 3, r.o. 3.8 (*Den Dulk/Curaçao*; m.nt. M. Scheltema): 'een schadevergoeding anders dan in geld (kan) in het algemeen slechts (...) worden toegekend op vordering van de benadeelde'.

⁴⁴ PG Boek 6, p. 1319.

Het planschaderecht kent een geheel ander vertrekpunt. Het nemen van een planologische maatregel levert (in beginsel) niet een onrechtmatige daad op – de schade wordt veroorzaakt door een normwijziging, niet door een normschending – en de gevolgen van het nemen van de maatregel dienen dan ook niet als zodanig ongedaan gemaakt te worden. Onder het oude planschaderecht gold evenwel nog dat planschade in principe geheel voor vergoeding in aanmerking kwam. De aansprakelijkheidsgrond die aan artikel 49 WRO (oud) ten grondslag ligt is het materiële rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁵ Volgens dit beginsel mag de koper van een onroerende zaak ervan uitgaan dat de bestemming die ten tijde van de aankoop op zijn eigen zaak rust, maar ook de bestemmingen die op nabijgelegen onroerende zaken rusten, niet zullen wijzigen. Wordt een bestemming toch gewijzigd, dan moet de schending van de rechtszekerheid worden gecompenseerd, door middel van een volledige vergoeding van de schade. In de (nieuwe) Wro, die 1 juli 2008 in werking is getreden,⁴⁶ is deze benadering van planschade verlaten.⁴⁷ Dit omdat de (oude) WRO eenvoudig gezegd teveel geld kostte en het vermoeden bestond dat het aantal planschadeclaims in de toekomst verder zou toenemen, onder meer vanwege ‘de meer algemene trend van de juridisering binnen onze samenleving’ en ‘de ruimtelijke ontwikkelingen’ die ‘leiden tot verdichting van bebouwing en gebruik van nog open ruimte’, zo blijkt uit de toelichting op de (nieuwe) Wro.⁴⁸ Met de (nieuwe) Wro wordt beoogd te ‘bezuinigen op de schadevergoedingen, althans de toename van het aantal claims en de groei van de totale som van de toegekende vergoedingen [tegen te gaan]’, zo vat Van Buuren cum suis het samen.⁴⁹

2.3.1 Het égalitébeginsel als aansprakelijkheidsgrond

De huidige grond voor het toekennen van een tegemoetkoming voor planschade is het égalitébeginsel,⁵⁰ voluit het beginsel der égalité devant les charges publiques,⁵¹ ofwel, het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten.⁵² Dit beginsel houdt in dat schade die wordt veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen gelijkelijk over de gemeenschap moet worden verdeeld; de overheid is slechts aansprakelijk voor zover één of enkele burgers ten opzichte van de gemeenschap zwaarder worden getroffen (de zogenoemde speciale last)⁵³ en de schade die deze enkeling lijdt niet tot diens normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend (de zogenoemde abnormale last).⁵⁴ Of bepaalde schade boven het normaal maatschappelijk risico uit-

⁴⁵ Zie Van den Broek 2002, hfdst. 5. Zie voorts Van Buuren 2002, p. 281-289 en Hoitink 2002, p. 234-236.

⁴⁶ Besluit van 16 juni 2008, zie *Stb.* 2008, 227.

⁴⁷ Zie voor een overzicht van de ‘versobering’ die de nieuwe Wro met zich brengt Van Ravels 2008, p. 129, r.k.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 61. Zie ook de brief van de toenmalige Minister van VROM, Pronk, onder het kopje ‘Toename planschadeclaims’ gepubliceerd in *BR* 1999-8 (p. 665-667).

⁴⁹ Van Buuren e.a. 2008, p. 187.

⁵⁰ Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 62-63. Onder de vigeur van de WRO (oud) oordeelde de Afdeling dat ‘een verzoek om schadevergoeding in de vorm van een zuiver schadebesluit naar aanleiding van rechtmatige overheidsdaad en het hieraan ten grondslag liggende égalité-beginsel een andere beoordeling vergt dan een verzoek om schadevergoeding in de zin van artikel 49 van de WRO’ (ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 395, r.o. 2.5 (*Egmond*; m.nt. A.R. Neerhof)).

⁵¹ Het beginsel is door Van der Grinten geïmporteerd uit Frankrijk (zie J.H.P.M. van der Grinten 1925, p. 149-164). Anders Schueler, die Konijnenbelt en (C.A.J.M.) Kortmann als importeurs aanwijst (Schueler 2005, p. 196, voetnoot 5).

⁵² Over dit beginsel uitgebreid Tjepkema 2010.

⁵³ Hierover m.n. Tjepkema 2004, p. 12-22; Tjepkema 2010, hfdst. 7.

⁵⁴ Het normaal maatschappelijk risico is (dus) niet een verschijningsvorm van ‘eigen schuld’. Wanneer is vastgesteld dat bepaalde schade het normaal maatschappelijk risico ontstijgt, kan deze schade op grond van artikel 6:101 BW alsnog voor rekening van de schadelijdende blijven (zie m.n. HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, r.o. 3.3 (*Staat/H*; m.nt. J.B.M. Vranken) en zie HR 2 oktober 2009, NJ 2010, 95, r.o. 3.2-3.3 (*Staat/Wherestad*; m.nt. C.E. du Perron)). Vgl. Van der Schans, die heel voorzichtig opmerkt: ‘dat veel van hetgeen schuilgaat onder de noemer normaal maatschappelijk risico (...) eerder verband lijkt te houden met het oordeel dat het ondervinden van schade als zodanig redelijker-

stijgt moet worden gezien aan de hand van ‘alle omstandigheden van het geval’, zo blijkt uit rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak.⁵⁵ In de jurisprudentie worden als relevante omstandigheden met name de aard van de overheidshandeling, het gewicht van het met de overheidshandeling gediende belang, de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen ervan en de aard en de omvang van de toegebrachte schade genoemd.⁵⁶ Bij de omstandigheid ‘voorzienbaarheid’ kan gedacht worden aan het volgende: bij het uitbreken van een mond-en-klauwezeerepidemie is te voorzien dat de overheid maatregelen neemt die de handel in dieren(vlees) (kunnen) belemmeren.⁵⁷

Tjepkema schrijft dat bij de compensatie op grond van het égalitébeginsel het slachtofferperspectief voorop staat; het doel van compensatie op basis van het égalitébeginsel is niet de schade van de burger volledig vergoeden, maar, om met Tjepkema te spreken, ‘de *verzachting* van de last die de burger dient te dragen’.⁵⁸

Met het égalitébeginsel als aansprakelijkheidsgrond sluit de Wro beter aan bij de andere wettelijke en buitenwettelijke regelingen die de burger recht geven op een vergoeding voor rechtmatig door de overheid toegebrachte schade (zoals artikel 22 Monumentenwet, artikel 13 lid 4 Boswet, artikel 15.20-15.21 Wet Milieubeheer en artikel 2-4 Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999).⁵⁹ Het égalitébeginsel is evenwel vrij opmerkelijk uitgewerkt in de Wro. Ik ga hierop hieronder bij de bespreking van Afdeling 6.1 Wro nader in.

2.3.2 Afdeling 6.1 Wro

Artikel 6.1 lid 1 Wro luidt als volgt:

‘Burgemeester en wethouders kennen degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van een in het tweede lid genoemde oorzaak (zie hierover kort hieronder, onder 2.3.3, WD), op aanvraag een tegemoetkoming toe, *voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven* en voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd (mijn cursivering, WD).’⁶⁰

Met de invoering van de Wro is het recht op een (volledige) vergoeding bij planschade komen te vervallen; voortaan bestaat er alleen een recht op een tegemoetkoming. Deze tegemoetkoming ziet slechts op inkomensderving en waardevermindering van een onroerende zaak. Een

wijze ten laste van de betrokkenen dient te blijven – waarbij het gaat over het vestigen van de schadevergoedingsplicht – dan met toerekening van (een bepaalde mate van) eigen risico als grond voor vermindering van een eenmaal gevestigde schadevergoedingsplicht’ (Van der Schans 1988, p. 72).

⁵⁵ Zie hierover m.n. Van Ravels 2005, p. 9 e.v.

⁵⁶ HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, r.o. 3.3 (*Staat/H*; m.nt. J.B.M. Vranken). Vgl. bijv. ABRvS 21 juni 2006, BR 2006, 847, r.o. 2.6.1.

⁵⁷ HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189, r.o. 3.5.3 (*Staat/Harrida*; m.nt. M.R. Mok). Zie ook HR 11 september 2009, NJ 2010, 369, r.o. 3.5 (*Cagemax/Nederland*) en Van Ravels in zijn annotatie onder laatstgenoemd arrest (AB 2010, 13), onder 7.

⁵⁸ Tjepkema 2010, p. 291, zie ook p. 292: ‘Bij de égalité is de primaire reden voor de spreading van de schade gelegen in het profijt dat de gemeenschap van het rechtmatige overheidshandelen trekt. (...) Door middel van deze nadere toespitsing wordt duidelijk waarin de égalité zich onderscheidt van de onrechtmatige daad, maar ook van de solidariteit, waarin deze profijtgedachte niet of veel minder duidelijk een rol speelt: het is immers niet zo dat de gemeenschap profiteert van onjuiste besluiten of van van buiten komende schadeoorzaken (natuurrampen e.d.)’. Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 62 en vgl. voorts *Kamerstukken II* 1955/56, 4233, nr. 3, p. 18.

⁵⁹ Zie Van Ravels 2005, p. 72. Volgens Koeman sluit de Wro nu (weer) aan bij de bedoelingen die de wetgever met de WRO (oud) had, zie Koeman 2000, p. 14.

⁶⁰ Van Buuren noemt de gecursiveerde norm (terecht) tautologisch: ‘De norm luidt immers in essentie, dat de schade die vergoed moet worden (= niet ten laste van de gedupeerde mag worden gelaten), vergoed moet worden’ (Van Buuren 1993, p. 94).

tegemoetkoming voor tijdelijk verminderd woongenot – denk aan geluidsoverlast door uitvoeringswerkzaamheden – wordt uitgesloten.⁶¹

Uit het slot van het geciteerde artikellid blijkt dat de Wro een subsidiair karakter heeft. Als de schadelijgende op grond van een andere wettelijke regeling aanspraak op een tegemoetkoming kan maken, dan kan hij niet ook nog een beroep op de Wro doen. De tegemoetkomingsregeling van de Wro gaat wel voor op buitenwettelijke tegemoetkomingsregelingen. In het geval er specifieke buitenwettelijke regelingen zijn getroffen – denk aan de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 –, kan de schadelijgende kiezen of hij een beroep op de specifieke regeling of op artikel 6.1 Wro doet. Bij de beantwoording van de vraag of de tegemoetkoming voldoende anderszins is verzekerd moet, volgens vaste rechtspraak, rekening worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden.⁶² Zo kan de tegemoetkoming bijvoorbeeld voldoende verzekerd zijn als de gemeente een toezegging doet om planologische medewerking aan een bouwplan te verlenen.⁶³

2.3.2.1 Het normaal maatschappelijk risico

In artikel 6.2 Wro wordt de zogenoemde redelijkerwijsformule – het hierboven gecursiveerde gedeelte van artikel 6.1 lid 1 Wro – nader ingevuld.⁶⁴ In lid 1 van dit artikel is te lezen dat binnen het normaal maatschappelijk risico vallende schade voor rekening van de schadelijgende blijft. In artikel 6.2 lid 2 wordt opgemerkt dat de schade gelijk aan 2% van het inkomen en 2% van de waarde van de onroerende zaak in ieder geval voor rekening van de schadelijgende blijft. Het forfaitair normaal maatschappelijk risico geldt voor wat betreft de waardevermindering van de onroerende zaak overigens alleen wanneer een maatregel het planologisch regime van een nabijgelegen onroerende zaak wijzigt, bij zogenoemde indirecte planschade (artikel 6.2 lid 2, aanhef en onder b, Wro). Hoewel het forfait niet geldt voor directe planschade – hiervan is sprake wanneer de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak van de burger beperkt of zelfs geheel ‘wegbestemd’ worden –, kan, blijkens artikel 6.2 lid 1 Wro, ook bij directe planschade een deel van de schade voor rekening van de schadelijgende blijven op grond van het normaal maatschappelijk risico.

Op de invoering van een forfaitair normaal maatschappelijk risico is de nodige kritiek geleverd.⁶⁵ De kritiek ziet ten eerste op de invoering van een forfait *an sich*. Het *égalité*beginsel brengt mee dat de schade die als speciaal en abnormaal kan worden aangemerkt volledig vergoed moet worden. Wanneer een forfait wordt gebruikt, kan het zijn dat een deel van de schade die op grond van het *égalité*beginsel vergoed zou moeten worden, toch voor rekening van de schadelijgende blijft.⁶⁶

⁶¹ Hierover o.a. Van den Broek 2004, p. 645, l.k. en Van Buuren e.a. 2008, p. 188-189.

⁶² Bijv. ABRvS 3 augustus 2005, nr. 200409930/1, r.o. 2.9 (*Heemstede*). Zie over de vraag wanneer een tegemoetkoming voldoende is verzekerd Van Iersel 2006, p. 436-438.

⁶³ ABRvS 21 mei 2008, BR 2008, 726, r.o. 2.5.1 (*Uitgeest*).

⁶⁴ Zie over de invulling van de redelijkerwijsformule in de Wro m.n. Van den Broek 2004, p. 650.

⁶⁵ Zie voor een bespreking van de kritiek Van Buuren e.a. 2008, p. 188-192 en Hoitink & De Looij 2007, p. 84 e.v.

⁶⁶ Onder meer Van Zundert wijst er op dat het forfaitaire normaal maatschappelijk risico zich niet verdraagt met het *égalité*beginsel. Hij meent dat het percentage genoemd in artikel 6.2 Wro geen betekenis meer toekomt wanneer het voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad geldend recht wordt en dat het beter is er geruisloos afscheid van te nemen (Van Zundert 2008b, p. 1-2, l.k., 4-5, l.k. en 6, r.k.-7, l.k.). In de toelichting op de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten wordt het volgende opgemerkt: ‘De voorwaarden voor toekenning van planschade vallen blijkens de memorie van toelichting van de Wro (Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, blz. 62–63) in belangrijke mate samen met de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding op grond van het *égalité*beginsel. Het is dan ook gewenst de regeling van de planschade in lijn te brengen met de voorgestelde nieuwe bepalingen in de Awb. Nu in een algemene grondslag voor schadevergoeding terzake van rechtmatig overheidsoptreden wordt voorzien, be-

Verder richt de kritiek zich op de koppeling van de drempel aan de hoogte van het inkomen en de hoogte van de waarde van de onroerende zaak en niet aan de hoogte van de schade.⁶⁷ De Raad van State merkte in zijn advies en nader rapport op ‘dat een zelfde schade-oorzaak [sic] in het ene geval wel en in het andere geval niet tot vergoeding aanleiding geeft, afhankelijk van de waarde van het inkomen of object waarop de schade drukt. Dat valt wel te beargmenten wanneer het om een tegemoetkoming gaat in de sociale sfeer, zoals – lang geleden – bij de Zuiderzeesteunwet (Stb.1925, 290), maar niet wanneer het een schadevergoeding betreft’.⁶⁸

Een derde punt van kritiek betreft de hoogte van het forfait.⁶⁹ In het eerste ontwerp was het forfait vastgesteld op 10%. In de literatuur is wel opgemerkt dat een drempel van 10% van het inkomen van een ondernemer – en niet 10% van zijn winst – ervoor zou kunnen zorgen dat een planologische wijziging gemakkelijk het faillissement van een ondernemer kan betekenen.⁷⁰ Nadat de Raad van State kritiek had geuit op een drempel van 10%, stelde de minister de drempel vast op 5%.⁷¹ De Tweede Kamer heeft hiervan middels een amendement 2% gemaakt.⁷² Overigens heeft de minister opgemerkt dat ‘er een bijstelling moet volgen als blijkt dat die 2% een te lage drempel vormt’.⁷³

Artikel 6.2 lid 2 Wro bepaalt dat 2% van het inkomen of de waarde van de onroerende zaak *in ieder geval* voor rekening van de schadelijdende burger blijft. Het is dus mogelijk een groter deel van de schade voor rekening van de schadelijdende te laten. In de literatuur wordt aangenomen dat burgemeester en wethouders een hoger percentage wel goed moeten onderbouwen.⁷⁴

Het oude planschaderecht, (gebaseerd op) artikel 49 WRO (oud), kenmerkte zich, in de woorden van Van Ravels, door ‘een afkeer van vaagheid’,⁷⁵ en was een rechtsgebied waarbinnen ‘hard and fast rules’ regeerden. Hiermee wordt bedoeld dat onder het oude planschaderecht duidelijk – of in elk geval: zo duidelijk als mogelijk – was wanneer schade wel of niet voor vergoeding in aanmerking kwam. Voor open normen was onder artikel 49 WRO (dan ook) geen plaats. Het is de vraag of de invoering van artikel 6.2 lid 2 Wro, en dan met name de zinsnede ‘in ieder geval’, meebrengt dat de voor het planschaderecht kenmerkende ‘Normge-

hoort het verschil dat de Wro maakt tussen schadeoorzaken die wel onder de planschade regeling vallen – wel tegemoetkoming in de schade – en gevallen die daarbuiten vallen – geen tegemoetkoming – te verdwijnen. De algemene grondslag betekent immers dat er aanspraak bestaat op vergoeding van schade steeds indien het *égalité*beginsel daartoe noopt, ongeacht de oorzaak van de schade’ (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 18). Hoewel hier alleen wordt opgemerkt dat de schadeoorzaken die volgens de Wro recht op nadeelcompensatie geven moeten worden uitgebreid – want: in lijn moeten worden gebracht met Titel 4.5 Awb –, zou hier tussen de regels door gelezen kunnen worden dat er, in de woorden van Van Zundert, ook afscheid moet en zal worden genomen van het forfait van artikel 6.2 Wro.

⁶⁷ Vgl. het voorstel van Van Buuren (Van Buuren 2001, p. 424, r.k.) en vgl. voorts Horlings 2007, m.n. p. 217.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. A, p. 21.

⁶⁹ Zie vooral Van Wijmen 2002, p. 70, r.k.

⁷⁰ Vgl. Horlings 2007, p. 209-217. De kritiek van Horlings richt zich op de Afdeling, die meermaals heeft geoordeeld dat het hanteren van een ondergrens in de vorm van een maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis rechtens aanvaardbaar is (zie bijv. ABRvS 14 april 2004, nr. 200305154/1, r.o. 2.5.1 (*Utrecht*) en ABRvS 19 september 2007, *BR* 2008, 210, r.o. 2.9 (*Utrecht*; m.nt. J.W. van Zundert)).

⁷¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. A, p. 23.

⁷² *Kamerstukken II* 2005/06, 28 916, nr. 17.

⁷³ *Handelingen II* 2005/06, nr. 47, p. 3132, l.k.

⁷⁴ Van Buuren e.a. 2008, p. 190.

⁷⁵ O.a. Van Ravels 2002, p. 418. Vgl. Van Ravels 2005, p. 71, waar hij niet spreekt over afkeer, maar over allergie.

rechtigheid' wordt ingeruild voor 'Einzelfallgerechtigheit'.⁷⁶ Dat zou betekenen dat het planschaderecht een geheel ander karakter krijgt.⁷⁷

Heel waarschijnlijk lijkt dit mij niet; het nieuwe planschaderecht is, zoals ik hierboven heb aangegeven, juist ingevoerd om (overheids)kosten te besparen, waaronder ook kosten die gemoeid zijn met procedures. Denk onder meer aan de invoering van leges (met artikel 6.4 Wro). Meer ruimte voor casuïstische rechtsvinding leidt tot meer kosten. Ik vermoed dat burgemeester en wethouders met de parlementaire geschiedenis van de nieuwe Wro in het achterhoofd de ruimte die artikel 6.2 lid 2 Wro biedt niet of zelden zullen benutten en dat (dus) zelden of nooit zal worden afgeweken van de genoemde 2%.⁷⁸ Als dat vermoeden klopt, zal ook de 'alle omstandigheden van het geval'-benadering, die kenmerkend is voor de rechtspraak aangaande het normaal maatschappelijk risico, geen betekenis toekomen, of slechts gebruikt worden als standaardriedel om de aftrek van 2% te 'onderbouwen'.⁷⁹

2.3.2.2 De speciale last

Zoals hierboven, onder 2.3.1, is opgemerkt bestaat het égalitébeginsel uit twee componenten: de abnormale last en de speciale last. Er is sprake van een abnormale last als de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. Het normaal maatschappelijk risico komt expliciet terug in het zo-even besproken artikel 6.2 Wro. De speciale last is niet uitgewerkt in de Wro. In de literatuur is de vraag gesteld of het vereiste van de speciale last wel toegevoegde waarde heeft in het planschaderecht.⁸⁰ Van Ravels onderbouwt dit als volgt:

'Gedoeld wordt op gevallen waarin het nadeel enkel een onbedoeld neveneffect is van een overheidsmaatregel waardoor een kleine groep van burgers wordt benadeeld (gevallen van indirecte schade). In die situatie zou men eigenlijk alleen maar kunnen vergelijken met alle andere burgers die niet door dezelfde maatregel getroffen worden. De vraag of sprake is van een situatie waarin een plicht tot nadeelcompensatie op grond van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten kan worden aangenomen, wordt dan vrijwel geheel beantwoord aan de hand van de beantwoording van de vraag, of de schade geheel of gedeeltelijk buiten het normale maatschappelijke risico valt.'⁸¹

Kort en goed: wanneer de eis van de speciale last wel wordt gesteld, zal hieraan steeds voldaan zijn en moet bezien worden of de schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.⁸² Het laatstgenoemde vereiste is daarmee *de facto* het enige vereiste.

2.3.2.3 Tussenconclusie: égalité volgens de Wro

⁷⁶ Over deze termen Wiarda/T. Koopmans 1999, p. 31 e.v.

⁷⁷ Vgl. Van Ettekoven, die schrijft dat hij wil benadrukken 'dat het enorm belangrijk is dat het houvast dat bestond onder de 'oude' WRO – met dank aan de Raad van State – onder de 'nieuwe' Wro zo snel mogelijk wordt hervonden. Dat is niet makkelijk als de wetgever open normen hanteert zonder daarbij een richtsnoer te geven over de wijze waarop die normen ingevuld moeten worden. Maar het zal moeten. De uitvoeringspraktijk heeft grote behoefte aan een stelsel dat inzichtelijk, voorspelbaar en goed hanteerbaar is. Bij voorkeur geeft het stelsel zoveel houvast dat overheid en benadeelden er samen uit kunnen komen, zonder te hoeven procederen' (Van Ettekoven 2011, p. 22).

⁷⁸ Zie Van Ettekoven 2011, p. 16: 'De praktijk weet zich met deze bepaling geen raad. Gemeenten negeren het 'in ieder geval' en zetten op hun website dat in de Wro is geregeld dat de korting 2% is. Planschadeadviseurs vertellen mij dat zij het lastig vinden een ander percentage van 2 gemotiveerd te krijgen. Om juridische problemen te voorkomen, adviseren ze hun opdrachtgevers om dan maar 2% te hanteren, en gemeenten lijken dat vooralsnog te willen volgen.'

⁷⁹ Anders Van Ravels 2009a, p. 145.

⁸⁰ Zie m.n. Van den Broek 2007, p. 122, l.k.

⁸¹ Van Ravels 2009a, p. 152-153, met verwijzingen. Vgl. Van Ravels 2008, p. 134 en 137, r.k-138, l.k.

⁸² Vgl. Hoitink 2002, p. 237-238.

Met de invoering van de Wro behoudt het planschaderecht zijn bijzondere status ten opzichte van andere nadeelcompensatieregelingen – zoals de Wet Milieubeheer en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 – die het égalitébeginsel als aansprakelijkheidsgrond hebben. Anders dan bij de WRO (oud) staat volledige vergoeding van schade niet voorop bij de Wro, maar slechts het vergoeden van schade die boven het normaal maatschappelijk risico, de abnormale last, uitstijgt. Voor de speciale last lijkt, anders dan binnen andere nadeelcompensatieregelingen, binnen het planschaderecht geen ruimte te bestaan. Nu het normaal maatschappelijk risico is vormgegeven als een percentage waarvan naar alle waarschijnlijkheid niet of zelden zal worden afgeweken, lijkt het erop dat schade onder de Wro niets anders is dan schade onder de WRO minus 2% van het inkomen dan wel van de waarde van de onroerende zaak.⁸³

2.3.3 Schade volgens de Wro; het vergelijken van planologische regimes

In artikel 6.1 lid 2 Wro worden de planologische maatregelen die kunnen worden aangemerkt als schadeoorzaak limitatief opgesomd.⁸⁴ Andere planologische maatregelen dan in artikel 6.1 lid 2 Wro genoemd – denk aan bijvoorbeeld gemeentelijke en provinciale structuurvisies – kunnen derhalve niet als schadeoorzaak worden aangemerkt.⁸⁵ Of sprake is van planschade, hangt af van het antwoord op de vraag of er sprake is van een planologische verslechtering.⁸⁶ Dit is het geval als de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak van de burger zijn beperkt (directe planschade) of de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van nabij gelegen onroerende zaak in het nadeel van de burger zijn gewijzigd (indirecte planschade).

Om te bezien of er sprake is van een planologische verslechtering, wordt, volgens vaste rechtspraak,⁸⁷ een vergelijking gemaakt tussen de prijs die een redelijk denkend en handelend koper onmiddellijk vóór de planologische wijziging zou hebben geboden en de prijs die hij op het tijdstip direct ná de wijziging zou hebben geboden voor de onroerende zaak.⁸⁸ De redelijk denkend en handelend koper wordt geacht rekening te houden met alle voorhanden zijnde planologische regelingen, zowel op gemeentelijk als op provinciaal niveau.⁸⁹ Niet van belang is hoe de feitelijke situatie eruit zag of ziet, maar wel van belang is hetgeen op grond van de planologische regimes maximaal kan worden gerealiseerd.⁹⁰

Voor wat betreft het oude planologische regime is niet relevant of alle mogelijkheden daadwerkelijk zijn verwezenlijkt. Dat tegenover een woning een parkje ligt is niet relevant, relevant is welke bestemming rust op het grondgebied van het parkje. Als op dit stuk grond de

⁸³ Met de kanttekeningen dat lid 2 van artikel 6.1 Wro verschilt van lid 2 van artikel 49 WRO, in die zin dat het aantal planologische maatregelen die recht geven op een vergoeding is teruggebracht, en verder, en dit is hierboven al opgemerkt, dat lid 1 van artikel 6.1 alleen inkomensderving en waardevermindering van een onroerende zaak als vergoedbare schade noemt.

⁸⁴ Zie artikel 6.1 lid 2, aanhef en onder a tot en met f, Wro. Vgl. artikel 49 lid 1, aanhef en onder a tot en met f, WRO (oud). Zie hierover Van Buuren e.a. 2008, p. 192-194.

⁸⁵ Zie bijv. ABRvS 18 februari 2009, nr. 200803817/1, r.o. 2.5.1 (*Het Bildt*).

⁸⁶ Zie bijv. ABRvS 26 januari 2011, nr. 201005433/1/H2, r.o. 2.5.1 (*Venray*).

⁸⁷ Vgl. Van Ravels, die zich de vraag stelt of de vergelijkingsmaatstaf, zoals die onder de WRO werd gehanteerd, onder de Wro wordt verlaten (Van Ravels 2009a, p. 140-143). Na een aantal schijnbewegingen is zijn antwoord (vooralsnog) ‘nee’ (p. 143).

⁸⁸ Bijv. ABRvS 21 oktober 2009, nr. 200903485/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Barendrecht*). ‘(B)ij de beoordeling van een verzoek om planschadevergoeding (spelen) subjectieve elementen, zoals een negatieve gevoelswaarde bij een bestemming geen rol’, oordeelde de Afdeling (onder meer) in een geval waarin de woning van appellant door een planwijziging grenst aan een rouwcentrum (ABRvS 13 oktober 2010, nr. 201001866/1/H2, r.o. 2.4 (*Landgraaf*). Appellant voerde tevergeefs aan dat ‘een dagelijkse confrontatie met de dood door een ieder als negatief wordt aangemerkt, en als zodanig ook in zekere mate objectief bepaalbaar is’ en een waardedrukkend effect heeft op woningen in de directe omgeving (r.o. 2.3).

⁸⁹ Zie voor kritiek hierop o.m. Van Buuren 2001, p. 424, r.k.

⁹⁰ Bijv. ABRvS 19 april 2006, *JOM* 2007, 105, r.o. 2.1 (*Meerssen*).

bestemming ‘woondoeleinden’ rust, dan wordt de redelijk denkend en handelend koper geacht hiermee rekening te houden en deze bestemming te verdisconteren in de koopprijs. Er vindt dus slechts een vergelijking op papier plaats.⁹¹ Hierop is volgens vaste rechtspraak slechts uitzondering mogelijk wanneer realisering van de maximale mogelijkheden van het oude planologische regime met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten.⁹² Dat de voor de burger meest ongunstige invulling van een regime niet voor de hand lag, is niet relevant.⁹³ En dat de gemeenteraad een bepaalde functiewijziging niet waarschijnlijk acht, impliceert niet dat deze met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is uit te sluiten.⁹⁴

2.4 Vergelijking

2.4.1 Tegemoetkoming versus volledige vergoeding

Het uitgangspunt in zowel het privaatrechtelijk als het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht is dat eenieder zijn eigen schade draagt.⁹⁵ Hoewel er veel uitzonderingen op deze ‘regel’ zijn,⁹⁶ is het nog altijd de schadelijgende die een grond moet aandragen wanneer hij wil dat een ander en niet hijzelf voor de door hem geleden schade opdraait.⁹⁷ Zonder een aansprakelijkheidsgrond blijft de schade waar zij valt.⁹⁸

Het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht geeft de schadelijgende aanspraak op een volledige vergoeding, het planschaderecht geeft de schadelijgende aanspraak op een tegemoetkoming. Dit onderscheid houdt verband met het feit dat de ene aanspraak berust op een fout en de andere op een rechtmatige daad. Een onrechtmatige daad impliceert het overtreden van een regel, de schending van een norm (zie artikel 6:162 lid 2 BW). Aansprakelijkheid op grond van artikel 6.1 Wro ontstaat niet als gevolg van een *normschending*, maar als gevolg van een *normwijziging*; schade als bedoeld in Afdeling 6.1 Wro wordt veroorzaakt door een gemeenteraad die gebruik maakt van zijn – door de democratisch gelegitimeerde wetgever toebedeelde – bevoegdheid om ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening – een afgeleide van het algemeen belang – planologische maatregelen te nemen (zie bijvoorbeeld de artikelen 2.1 en 3.1 Wro).⁹⁹

⁹¹ In de praktijk wordt nog wel eens een vergelijking gemaakt op basis van een WOZ-waarde. Vaste rechtspraak van de Afdeling is (echter) dat ‘die waarde in beginsel niet relevant is voor het bepalen van de omvang van planologisch nadeel, omdat bij de vaststelling van de WOZ-waarde vooral de feitelijke situatie bepalend is en daarbij geen rekening wordt gehouden met de maximale mogelijkheden van een planologisch regime’ (ABRvS 18 augustus 2010, nr. 200909738/1/H2, r.o. 2.6.1). Zie over een eventuele rol van de WOZ-waarde bij de planschadetaxatie Van Zundert 2010, p. 135, r.k.-136, l.k.

⁹² Bijv. ABRvS 21 december 2005, nr. 200502248/1, r.o. 2.1 (*Overbetuwe*). Zie al AGRvS 25 juli 1989, BR 1990, 39, p. 40, r.k.-41, l.k. (*Benzinestation Bakel en Milheeze*) en zie hierover Van den Broek 2002, p. 86 e.v.

⁹³ ABRvS 22 februari 2006, nr. 200504978/1, r.o. 2.7.1 (*Emmen*).

⁹⁴ ABRvS 14 januari 2009, nr. 200801168/1, r.o. 2.6.2 (*Utrecht*).

⁹⁵ Zie hierover (bijv.) Hartlief 1997b; Sieburgh 2000, p. 5-6 en 14 e.v. Zie ook (al) HR 20 januari 1932, NJ 1932, p. 334, l.k. (*C&A/Van Hasselt's Confectie Magazijnen*; m.nt. E.M. Meijers).

⁹⁶ Zie de eerste uitgebreide bespreking van de vraag of ‘er langzamerhand op de (...) regel ‘in beginsel moet ieder de door hem zelf geleden schade dragen’ niet zoveel uitzonderingen (zijn) dat de regel zelf tot uitzondering is geworden’ een aantal nummers van het *NJB* van 1980 (Verburgh 1980, p. 173-174 (het citaat komt van p. 173, r.k.); Bloembergen 1980, p. 174-183; G.J. de Groot 1980, p. 269-276; De Leede 1980, p. 397-404; Peeters 1980, p. 493-504; Tak 1980, p. 653-667; Stein 1980, p. 707-719; Mackaay 1980, p. 813-825; Hoekema 1980, p. 977-1000).

⁹⁷ Zie hierover Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 4 e.v.

⁹⁸ Hartlief schrijft: ‘Het ‘beginsel’ dat ieder zijn eigen schade draagt, is niet meer dan een tautologie, een natuurlijk uitgangspunt. De schade ligt waar zij valt’ (Hartlief 1997a, p. 129).

⁹⁹ Het niet vergoeden van oneveredige schade levert wel een onrechtmatige daad op (HR 19 december 1952, NJ 1953, 642, p. 1188, r.k. (*Voorste Stroom VII*; m.nt. Ph.A.N. Houwing); HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, r.o. 3.7 (*Leffers/Staat*; m.nt. C.H.J. Brunner onder NJ 1992, 639)). Zo gezien kan be-

Een sluitende verklaring voor het fundamentele verschil in aanspraak – tegemoetkoming versus volledige vergoeding – biedt het verschil tussen rechtmatig en onrechtmatig handelen evenwel niet. Het onteigeningsrechtelijke schadevergoedingsrecht berust immers ook niet op de fout-gedachte, maar kiest wel voor volledige vergoeding, aldus nadrukkelijk artikel 40 OW: ‘De schadeloosstelling vormt een *volledige vergoeding voor alle schade*, die de eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn zaak lijdt (mijn cursivering, WD)’.¹⁰⁰

Het onteigeningsrecht beoogt de onteigende financieel zoveel mogelijk in de situatie plaatsen alsof de onteigening niet heeft plaatsgevonden.¹⁰¹ Een rechtvaardiging voor een volledige vergoeding is in de handboeken niet te vinden – het blijft veelal bij ‘artikel 14 GW verplicht hiertoe’ –,¹⁰² waarschijnlijk omdat zulks vanzelfsprekend wordt gevonden.¹⁰³ Het eigendomsrecht wordt als een van de meest fundamentele rechten beschouwd.¹⁰⁴ Dit komt naast het recht op schadeloosstelling ook tot uitdrukking in andere aspecten van de Onteigeningswet.¹⁰⁵ Zo mag onteigening bijvoorbeeld alleen plaatsvinden als het door de overheid gewenste planologische regime niet te realiseren is zonder onteigening (artikel 77 lid 1 OW). Als onteigening de enige mogelijkheid is, moet de overheid eerst proberen de eigendom via een ‘minnelijke overeenkomst’ te verkrijgen (artikel 17 OW). Pas wanneer de overheid en de eigenaar er samen niet uitkomen kan de eerste de laatste dagvaarden (artikel 18 OW). De onteigening geschiedt dan bij vonnis, waarbij ook de schadeloosstelling wordt vastgesteld (artikel 37 lid 2 OW). Wordt de schadeloosstelling niet binnen drie maanden betaald, dan komt het vonnis te vervallen (artikel 55 lid 1 OW).

In de literatuur is wel opgemerkt dat het onderscheid tussen onteigening en planschade slechts gradueel is;¹⁰⁶ bij onteigening wordt de gehele eigendom ontnomen en bij planschade een gedeelte ervan, zo is de strekking.¹⁰⁷ (Gedeeltelijke) eigendomsontneming is als zodanig evenwel nooit als grondslag voor een planschadevergoeding aangemerkt. Ik denk echter dat het materiële rechtszekerheidsbeginsel – waarover kort hierboven, onder 2.3 – hier dicht tegenaan ligt. Immers, bij de aanschaf van een onroerende zaak houdt men rekening met omgevingsfactoren. Men koopt met de onroerende zaak als het ware ook de omgeving. Of, in de woorden van Van der Ree: ‘zoals een letter in een tekst of een noot in een muziekstuk, zo heeft ook een plek een context die haar werkelijke betekenis bepaalt’.¹⁰⁸

Hoewel gezegd kan worden dat een voor de burger nadelige wijziging van een planologisch regime gezien kan worden als gedeeltelijke eigendomsontneming, is het vergoedingsperspectief bij planschade wezenlijk anders dan bij onteigening. In de praktijk leidt dit nogal eens tot wrange uitkomsten.¹⁰⁹ De casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Roestenburg/Ekkersrijt*, biedt hiervan een voorbeeld.

toogd worden dat met het toekennen van een tegemoetkoming ex artikel 6.1 Wro als het ware de onrechtmatigheid die aan een planwijziging kleefte wordt afgekocht.

¹⁰⁰ Het recht op volledige vergoeding staat pas sinds 1981 in de OW (*Stb.* 1981, 319). Voordien bestond dit recht wel al op basis van rechtspraak (bijv. HR 7 maart 1864, *W* 2569, p. 1, m.k.).

¹⁰¹ Den Drijver-Van Rijckevorsel & Van Engen 2003, p. 79.

¹⁰² Bijv. Den Drijver-Van Rijckevorsel & Van Engen 2003, p. 1.

¹⁰³ Zie evenwel Sluysmans 2011, hfdst. 4 (m.n. 4.1 en 4.2) en hfdst. 5. Sluysmans laat zien dat het niet de bedoeling van de wetgever – Thorbecke – was om de onteigende recht te geven op volledige schadeloosstelling, maar dat het de Hoge Raad is geweest die dit recht (in 1864) heeft gecreëerd, vanuit billijkheidsoverwegingen.

¹⁰⁴ Zie voor een korte analyse (met verwijzingen) Van Zundert 1991, p. 17-18.

¹⁰⁵ Over de invulling van het recht op schadeloosstelling Den Drijver-Van Rijckevorsel & Van Engen 2003, hfdst. IV. Zie voor een bespreking van rechtspraak hfdst. V.

¹⁰⁶ Hierover Van Ravels 2005, p. 76 e.v.

¹⁰⁷ Vooral Van Wijmen 1978, m.n. p. 177, r.k. en 180, l.k.

¹⁰⁸ Van der Ree 2000, p. 154.

¹⁰⁹ Zie ook Van Wijmen 1978, p. 177.

Om een spoorlijn te realiseren wordt een stuk land onteigend. De onteigende wordt schadeloos gesteld. De buurman van de onteigende kijkt voortaan uit op een spoorlijn en heeft te lijden onder trillingshinder en geluidsoverlast. Hij kan geen aanspraak maken op een schadeloosstelling, maar slechts op een tegemoetkoming, en blijft na de verkoop van zijn onroerende zaak met tenminste een deel van de schade die hij lijdt zitten.

Het is dit soort casus dat de in de praktijk nogal eens gebezigde uitdrukking ‘onteigend worden is erg, niet onteigend worden is nog veel erger’ in de wereld heeft geholpen. Hoe kan worden verklaard dat bij onteigening een volledige vergoeding moet worden toegekend en bij planschade met (slechts) een tegemoetkoming kan worden volstaan? De Hoge Raad antwoordt hierop in zijn arrest *Roestenburg/Ekkersrijt* – in de woorden van Van Ravens: ‘enigszins laconiek’ –¹¹⁰ dat ‘een niet-onteigende nu eenmaal niet is gerechtigd tot een schadeloosstelling ter zake van onteigening’.¹¹¹ Hierover is nog wel iets meer te zeggen. Wat nu is de rechtvaardiging voor het verschil in vergoedingsperspectief (het perspectief van tegemoetkoming en het perspectief van volledige vergoeding)?

Ik kan me goed vinden in de gedachte dat met de aanschaf van een onroerende zaak als het ware ook de omgeving wordt gekocht. Men wordt met de aanschaf van een onroerende zaak evenwel niet ook *eigenaar* van de omgeving en men kan (dan ook) geen rechten ontlenen aan de wijze waarop deze omgeving is ingericht.¹¹² Naar analogie met het privaatrecht – artikel 5:1 lid 2 BW – kan worden gezegd dat de eigenaar rechten van anderen – in het planschade-recht: het recht van de overheid om, vanuit het maatschappelijk belang, de ruimte te ordenen – tot op zekere hoogte moeten worden geduld,¹¹³ hoezeer het (rechtmatig) handelen van anderen ook kan leiden tot een waardevermindering van de eigendom.¹¹⁴ Deze verklaring heeft veel weg van de idee van de sociale functie van eigendom.¹¹⁵ Deze idee komt er kortweg op neer dat het gebruik van de eigendomsbevoegdheid geacht wordt mede het algemeen belang te dienen.¹¹⁶

2.4.2 Het volledig vergoeden van onevenredige schade: welk type schade/welk gedeelte van de schade moet precies worden vergoed?

De Groot heeft betoogd dat het adagium van de volledige vergoeding ook in het geval van vergoeding op grond van het égalitébeginsel geldt.¹¹⁷ In zijn optiek krijgt de schadelijdende burger de schade die redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven volledig vergoed. Wat De Groot eigenlijk zegt is dat, wanneer wordt afgesproken dat een gedeelte van de schade wordt vergoed, het afgesproken gedeelte wel volledig moet worden vergoed. Ik denk dat De Groot het dogmatisch gezien bij het juiste eind heeft. Zijn aanpak heeft (echter) geen praktische gevolgen.¹¹⁸ De vraag blijft: welk gedeelte van de schade moet vergoed worden?

¹¹⁰ Van Ravens 2005, p. 78.

¹¹¹ HR 30 januari 1980, *NJO* 1980, 6, p. 77, r.k. (*Roestenburg/Ekkersrijt*; m.nt. R.A. Mörzer Bruyns).

¹¹² Zie hierover vooral ook Van Ravens 2005, p. 78-80. Zie ook ABRvS 14 april 2010, *BR* 2010, 114, r.o. 2.5.1 (*Bloemendaal*; m.nt. J.W. van Zundert).

¹¹³ ‘Tot op zekere hoogte’: hinder kan (op enig moment) onrechtmatige hinder worden (zie artikel 5:37 BW). Hierover, met verdere verwijzingen, Mijnsen, Van Velten & Bartels 2008, m.n. nr. 37.

¹¹⁴ Over de grenzen van het dulden als bedoeld in artikel 5:1 lid 2 BW Mijnsen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 30 e.v.

¹¹⁵ Onder meer Lubach juicht de koerswijziging in de Wro toe, onder verwijzing naar de sociale functie van eigendom (Lubach 2005, p. 509-513). Anders m.n. Van Wijmen 2002, p. 72, l.k.

¹¹⁶ Hierover Hoitink 2006, p. 14-16, met verwijzingen. Zie ook Hoitink & Backes 1999, p. 1762, l.k.

¹¹⁷ G.J. de Groot 1982, p. 126-128 en 139 e.v. Zie voorts bijv. Koeman 1989, p. 188.

¹¹⁸ In gelijke zin Scheltema & Scheltema 2008, p. 419-420 en zie ook de literatuurverwijzingen aldaar in de voetnoten.

Bij de (korte) bespreking van het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht en het onteigeningsrecht bleek dat de gedachten die aan deze rechtsgebieden ten grondslag liggen – voor nu doel ik op de gedachte dat normschendend handelen zoveel als redelijkerwijs mogelijk is ongedaan gemaakt moet worden en de gedachte dat onteigening een ultimum remedium is – hun uitwerking hebben in de wijze waarop het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht (en als onderdeel daarvan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht) en het onteigeningsrecht vorm wordt gegeven, in de wet en de rechtspraak. Zoals ik hierboven, onder 2.3.2.1 en 2.3.2.3, heb aangegeven vermoed ik dat er in de praktijk niet (veel) van de 2%-drempel van artikel 6.2 Wro zal worden afgeweken. Dat betekent niet dat aan de Wro ten grondslag liggende gedachten niet ook op andere wijzen invloed uitoefenen op de vormgeving van het recht op een tegemoetkoming in planschade. Zo kan men zich afvragen waarom in de Wro de vergoedbaarheid van ander nadeel dan vermogensschade – ook wel immateriële schade genoemd –¹¹⁹ niet wordt ingesloten; artikel 6.1 Wro noemt nadrukkelijk alleen inkomensderving en de vermindering van de waarde van een onroerende zaak als vergoedbare schade.

Voor het onteigeningsrecht geldt het volgende: ‘ingeval iemand door onteigening het woongenot van een hem in eigendom toebehorende woning verliest, zal hem te dier zake een vergoeding moeten worden toegekend, die hem in staat stelt zich een gelijkwaardig woongenot te verschaffen’.¹²⁰ Omdat woongenot ‘veelal wordt bepaald door de persoonlijke voorkeur van de onteigende’ zal met de persoonlijke omstandigheden van de onteigende rekening moeten worden gehouden.¹²¹ Dat rekening wordt gehouden met persoonlijke omstandigheden, betekent niet dat de eventuele affectieve waarde die de te onteigenen onroerende zaak heeft – bijvoorbeeld: het pand is al generaties lang in eigendom van de familie – wordt meegenomen bij de vaststelling van de schadeloosstelling. (Ook) in het onteigeningsrecht komt ander nadeel dan vermogensschade (hierna ook wel: ‘ander nadeel’) niet voor vergoeding in aanmerking.

Een vraag die opkomt, is of een grondslag voor de vergoeding van ‘ander nadeel’ in het planschaderecht en het onteigeningsrecht ontbreekt, omdat deze schade naar haar aard niet voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Deze vraag moet (in elk geval) voor wat betreft het onteigeningsrecht ontkennend worden beantwoord. De niet-vergoedbaarheid van ‘ander nadeel’ laat zich hier historisch verklaren.¹²² In het huidige artikel 40b lid 1 OW staat dat ‘(d)e werkelijke waarde van de onteigende zaak, niet de denkbeeldige, die de zaak uitsluitend voor de persoon van de rechthebbende heeft, wordt vergoed’. In de toelichting op dit artikel wordt het volgende opgemerkt:

‘Met de denkbeeldige waarde wordt bedoeld de zuiver persoonlijke waardering door de rechthebbende van zijn goed. Een onteigende kan zijn huis extra hoog schatten, omdat zijn ouders er ook reeds hebben gewoond. Deze affectieve waarde is niet objectief te meten.’¹²³

Dat gevoelens zich niet objectief laten meten betekent niet dat ze niet op geld te waarderen zijn. Het privaatrecht kent een aantal artikelen die het mogelijk maken gevoelens op geld te waarderen. Het belangrijkste en bekendste is artikel 6:106 BW, dat de benadeelde recht geeft

¹¹⁹ Strikt genomen is de term ‘immateriële schade’ niet juist. Vermogensschade kan immers ook immateriële schade – als in: schade die niet aan materie wordt geleden – zijn, denk aan het tenietgaan van een vorderingsrecht door verjaring (dit levert zuivere vermogensschade op).

¹²⁰ HR 22 september 1993, NJ 1994, 702, r.o. 3.3 (*Steenkamer/Rotterdam*; m.nt. R.A. Mörzer Bruyns).

¹²¹ Den Drijver-Van Rijckevorsel & Van Engen 2003, p. 265, HR 29 juni 1977, NJO 1977, 13, p. 144, r.k. e.v. (*Van Iersel/Goirle*; m.nt. R.A. Mörzer Bruyns).

¹²² Zie vooral de instructieve noot van (N.J.) Polak onder HR 9 december 1964, NJ 1965, 267 (*Amsterdam/Rijlaarsdam*), m.n. p. 966-967.

¹²³ *Kamerstukken II* 1979/80, 15 978, nr. 3, p. 9. Hier wordt verwezen naar HR 26 augustus 1938, NJ 1939, 112, p. 195, r.k. (*Amsterdam/Sebeijn*); HR 13 februari 1957, NJ 1957, 510, p. 495, r.k. (*Rotterdam/Hoogvliet*; m.nt. D.J. Veegens); HR 10 januari 1973, NJ 1973, 238, p. 700, l.k. (*Groningen/Bouma*; m.nt. W.P. Bakhoven), in welke arresten de Hoge Raad evenwel niet toelicht waarom ‘ander nadeel’ niet voor vergoeding in aanmerking komt.

op een vergoeding die wordt vastgesteld naar billijkheid. Bij de voorbereiding van dit artikel is aangevoerd dat ‘ander nadeel’ niet door geld te *vergoeden* is en dat er ‘voor gewaakt (moet) worden dat de indruk wordt gewekt c.q. dat bij de burger de opvatting wordt gekweekt dat de waarden waar het hier om gaat in geld zouden worden uitgedrukt’.¹²⁴ Toch is er wel voor gekozen een recht op vergoeding op te nemen in Afdeling 6.1.10 BW. De toenmalige minister van Justitie licht deze keuze aldus toe:

‘Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.’¹²⁵

Sinds de invoering van artikel 6:106 BW staat de wenselijkheid van vergoedbaarheid van ‘ander nadeel’ eigenlijk niet meer ter discussie.¹²⁶ Er moet worden geconcludeerd dat geen principiële bezwaren meer kunnen bestaan tegen de vergoedbaarheid van ‘ander nadeel’.¹²⁷ Met welke reden is dan afgezien van het opnemen van een vergoedingsgrondslag voor ‘ander nadeel’ in het planschaderecht? Gedacht kan worden dat planologische wijzigingen geen ‘ander nadeel’ kunnen veroorzaken, zoals deze wijzigingen ook geen letsel- of overlijdensschade – zie de artikelen 6:107, 107a en 108 BW – kunnen veroorzaken.

Ik vermoed evenwel dat de invoering van het normaal maatschappelijk risico er debet aan is dat er geen vergoedingsgrondslag voor ‘ander nadeel’ in de Wro is opgenomen. Hoewel hierover in de toelichting op de wet niets wordt opgemerkt, zou de gedachte weleens kunnen zijn dat het ‘ander nadeel’ dat een planologische maatregel kan veroorzaken het normaal maatschappelijk risico simpelweg niet zal overstijgen.¹²⁸ Zo merkt Van Wijmen bij de bespreking van het normaal maatschappelijk risico het volgende op:

‘Voorbeelden zijn congestieverschijnselen in het woon-werkverkeer, stank en lawaai in en om bedrijven, uitzichtbederf en ‘horizonvervuiling’. Het is het soort nadeel, hinder dat allen ondervinden als gevolg van bevolkingsdichtheid, bevrediging van bepaalde behoeften en wensen en technologische ontwikkeling.’¹²⁹

De door Van Wijmen genoemde vormen van overlast worden geacht te behoren tot het normaal maatschappelijk risico en dienen daarmee door de burger (geheel) zelf gedragen te worden. De vraag, waarop ik in hoofdstuk 3 nader inga, is of er niet ook situaties denkbaar zijn waarin hinder het normaal maatschappelijk risico overstijgt, terwijl er geen of niet alleen vermogensschade wordt geleden. Om een schot voor de boeg te geven: ik denk dat deze vraag bevestigend beantwoord moet worden. En ik denk dat de wetgever dit niet heeft voorzien.¹³⁰ Op het moment komt dit ‘ander nadeel’ evenwel niet voor vergoeding in aanmerking.

¹²⁴ PG Boek 6, p. 382.

¹²⁵ PG Boek 6, p. 385.

¹²⁶ Wel is er discussie over de vraag hoe ernstig het ‘ander nadeel’ moet zijn, wil er een recht op vergoeding bestaan. Zie hierover m.n. Verheij 1998, p. 339-350.

¹²⁷ Vgl. Drucker 1886, p. 195-196, die onderscheid maakt tussen ‘de waarde van het onteigend goed’ – dat is de marktwaarde –, ‘de vermindering van de waarde die, door de onteigening van een deel van het goed, de overblijvende percelen ondergaan’ en ‘alle overige benadeeling, die de onteigende in zijn vermogen ondervindt, door sommigen als ‘persoonlijke schade’ samengevat’ en meent dat persoonlijke schade náást de marktwaarde voor vergoeding in aanmerking kan komen.

¹²⁸ Hierover nader hfdst. 3.

¹²⁹ Van Wijmen 1978, p. 176, r.k.-177, l.k.

¹³⁰ Zie de toelichting op artikel 6.1 Wro, waar wordt opgemerkt dat de ‘afgrenzing’ van dit artikel ‘materieel niet af(wijkt) van de reeds bestaande schadevergoedingsregeling in artikel 49 [WRO (oud)]’ (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 112).

2.4.3 Een besluit als schadeoorzaak

Een belangrijk verschil tussen het privaatrechtelijk en het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht is dat in het eerstgenoemde rechtsgebied steeds feitelijk handelen of nalaten centraal staat, terwijl bij het laatstgenoemde rechtsgebied steeds een besluit, meer bepaald een in artikel 6.1 lid 2 Wro genoemd besluit, centraal staat. Binnen het gemene bestuursrecht – en ook in het planschaderecht – wordt (vooralsnog) vastgehouden aan het besluit-denken.¹³¹ Dit is niet onbegrijpelijk; het bestuursrecht is (eens)¹³² bedoeld als intern toezichtsmechanisme.¹³³ Het toezicht vindt plaats door steeds een specifiek besluit tegen het licht te houden. Kan het besluit de toets der kritiek niet doorstaan, dan moet het bestuursorgaan veelal een nieuw besluit nemen.¹³⁴ Dit theoretisch heldere systeem is in de praktijk ‘een doolhof met vertakkingen’, om met Schueler te spreken,¹³⁵ besluiten staan namelijk nooit op zichzelf, maar maken deel uit van een besluitvormingsproces waarbij diverse besluiten en feitelijke handelingen door elkaar lopen.

De besluit-benadering brengt in het planschaderecht mee dat andere schadeoorzaken dan genoemd in artikel 6.1 lid 2 Wro geen vergoedbare schade opleveren.¹³⁶ Dat betekent echter niet dat er geen (plan)schade geleden kan worden buiten deze besluiten om. Zo is het zeer wel denkbaar dat een planologische maatregel al schade veroorzaakt als hij ‘in de lucht zit’.¹³⁷ Deze schade wordt schaduwsschade – of, meer volledig, planologische schaduwsschade –¹³⁸ genoemd, omdat de maatregel zijn schaduw als het ware vooruit werpt.¹³⁹

Voorbeelden zijn niet lastig te bedenken. Wanneer bekend wordt dat het natuurgebied dat grenst aan een woonwijk een industriegebied zal worden dalen de woningen direct in prijs. De burger die zijn onroerende zaak wil verkopen, zal genoegen moeten nemen met een lagere verkoopprijs en het zal waarschijnlijk langer duren voordat zich een koper aandient. Hiervoor hoeft het voornemen om dit industriegebied te laten ontwikkelen niet te zijn neergelegd in een

¹³¹ Zie Van Maanen & Schlössels 2004, p. 139-144 (zie m.n. p. 141, r.k.-142, m.k.) en Van Maanen 2004, p. 791, l.k. (zie ook voetnoot 25 op p. 791).

¹³² Zie Donner 1986, p. 21-22 (bestuursrecht is het recht vóór en het recht van het bestuur). Vgl. De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 1 (‘Bestuursrecht is het recht voor, van en tegen het overheidsbestuur’, mijn cursivering, WD).

¹³³ De wetgever heeft deze visie bij de invoering van de Awb verlaten (PG Awb II, p. 174, r.k.).

¹³⁴ Zie artikel 8:72 lid 5 Awb: de rechtbank kan het bestuursorgaan een termijn stellen om een nieuw besluit te nemen.

¹³⁵ Schueler 2007, p. 55-63 (zie m.n. p. 56, l.k.-58, l.k.).

¹³⁶ De Wro biedt een uitputtende regeling voor de tegemoetkoming van planschade. Zie bijv. ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95, r.o. 2.6 (Heerlen; m.nt. A.R. Neerhof). Zie voorts Van den Broek 2003, p. 101-108. Of een beroep op artikel 1 EP tot toewijzing van een vergoeding zou kunnen leiden is niet bekend. De vraag is aan de Hoge Raad voorgelegd, maar deze deed de zaak af met artikel 81 RO (HR 9 november 2007, TBR 2008, 58 (Euroase; m.nt. G.M. van den Broek). Zie vooral ook de annotatie van Van den Broek.

¹³⁷ Vgl. Van Ravels 1999, p. 195. Zo is het ook goed denkbaar dat een planologische maatregel voordeel veroorzaakt wanneer hij nog ‘in de lucht zit’. Zie Rb. Zutphen 15 september 2006, BR 2006, 228, p. 1026, r.k.-1027, l.k. (Planschade Harderwijk; m.nt. J.W. van Zundert).

¹³⁸ Met de term ‘schaduwsschade’ wordt ook wel schade in de zin van minder lichtinval bedoeld, wanneer een nieuw bouwwerk de reeds bestaande bouwwerken overschaduwet. Van den Broek stelt dat het beter is te spreken van ‘voorbereidingsschade’ om verwarring te voorkomen (Van den Broek 2002, p. 134). De term ‘schaduwsschade’ is echter zo ingeburgerd, dat ik deze (toch) zal gebruiken.

¹³⁹ Van den Broek meent dat de term schaduwsschade wordt ontleend aan een uitspraak van de Afdeling Geschillen (Van den Broek 2002, p. 133), waarin wordt overwogen dat ‘het bestemmingsplan mogelijk zijn schaduw vooruit heeft geworpen in die zin, dat potentiële kopers zijn afgeschrikt’ (AGRvS 12 juni 1989, AB 1989, 497, p. 1465 (Lange/Nijmegen; m.nt. P.J.J. van Buuren). Een formulering van gelijke strekking is (echter) al te vinden in het proefschrift van De Groot (G.J. de Groot 1982, p. 173) die zich waarschijnlijk heeft laten inspireren door zijn promotor (zie Bloembergen 1965, nr. 290).

planologische maatregel. In het geval waarin een burger anticipeert op de maatregel – door zijn woning (vroeg)tidigt te verkopen – krijgt hij zijn schade, volgens vaste rechtspraak,¹⁴⁰ niet vergoed, omdat de maatregel nog niet in werking is getreden en zijn schade derhalve geen gevolg kan zijn van deze maatregel.¹⁴¹ De burger die de onroerende zaak van de risicomijdende koopt, kan deze schade, eveneens volgens vaste rechtspraak,¹⁴² ook niet verhalen, omdat hij – oneerbiedig gezegd – beter had moeten opletten.

Van Zeben merkte meer dan tien jaar geleden al op dat deze jurisprudentie ertoe leidt dat de gemeente ‘de lachende partij’ is.¹⁴³ De schaduwshadeproblematiek is onder de Wro nog minstens zo actueel als toen, onder de WRO.¹⁴⁴ In de literatuur zijn diverse oplossingen voor de schaduwshadeproblematiek onderzocht.¹⁴⁵ Eén van de onderzochte oplossingen is het toerekenen van schaduwshade aan een (later genomen of nog te nemen) planologische maatregel. Van Ravels meent dat dit niet mogelijk is. Volgens hem komt dit neer op ‘het hanteren van een op de redelijkheid gebaseerde fictie’; schade geleden voordat het schadetoebrengende besluit is genomen kan geen gevolg kan zijn van dat besluit.¹⁴⁶ Van den Broek stemt hiermee in en vult aan: ‘Zo’n op de redelijkheid gebaseerde fictie wekt in mijn ogen een tamelijk gekunstelde indruk. Het vertroebelt mijns inziens het huidige heldere systeem dat is ontwikkeld in de planschadejurisprudentie’.¹⁴⁷ Een simpel voorbeeld maakt het punt van Van Ravels en Van den Broek duidelijk: als A uitglijdt en later op de plek waar A is uitgegleden een bananenschil wordt neergegoot door B, dan kan het uitglijden van A onmogelijk iets te maken hebben met die bananenschil en zal B dus niet op hoeven te draaien voor de schade van A. De planologische maatregel kan pas schade veroorzaken als hij genomen is en niet eerder.¹⁴⁸

In het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht wordt geen limitatieve lijst van schadeoorzaken gehanteerd. Daarbij wordt een schadeoorzaak niet (steeds) gezien als een bananenschil. Dit zal ik toelichten door middel van de bespreking van *Plas/Valburg*, een arrest inzake de vergoedingsplicht die op partijen kan rusten wanneer zij de contractsonderhandelingen verbreken. De gedachte achter het arrest is dat naarmate het moment dat de overeenkomst zal worden gesloten naderbij komt, partijen minder eenvoudig van elkaar af kunnen.¹⁴⁹ In casu

¹⁴⁰ Zie bijv. ABRvS 28 april 2004, *JB* 2004, 235, r.o. 2.6 (*Rucphen*).

¹⁴¹ Zie hierover (onder meer) Van Buuren 2008, p. 140, r.k.-141, l.k.

¹⁴² Zie bijv. ABRvS 20 november 2000, *AB* 2001, 378, r.o. 2.2 (*Bril en Torie/Slochteren*; m.nt. G.M. van den Broek), in welke uitspraak de Afdeling voorzienbaarheid van de schade – en daarmee ‘actieve risicoaanvaarding’ – aanneemt wanneer in de toelichting bij het bestemmingsplan wordt opgemerkt dat de mogelijkheid van uitbreiding van een bedrijfsterrein zal worden onderzocht. Vgl. artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro. En zie hierover hfdst. 6.

¹⁴³ Van Zeben 1998, p. 41.

¹⁴⁴ Aldus nadrukkelijk Van Buuren 2008, p. 141, l.k. en net iets anders geformuleerd Van Buuren e.a. 2008, p. 193-194.

¹⁴⁵ Zie voor een overzicht en verdere verwijzingen Dijkshoorn 2009, p. 100-109.

¹⁴⁶ Van Ravels 1999, p. 202-203. Ik parafraseer Van Ravels; hij spreekt in de hier aangehaalde tekst over onteigening.

¹⁴⁷ Van den Broek 2002, p. 138.

¹⁴⁸ Vgl. Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 10. Boonekamp schrijft dat ‘in de aard van het causaal verband (...) besloten (ligt) dat in de tijd voorafgaande feiten (schade is ontstaan voordat onrechtmatige daad of wanprestatie plaatsvond) strikt genomen geen gevolg kunnen zijn van een latere gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust’ en hij vervolgt dan: ‘Niettemin wordt in verschillende gevallen geoordeeld dat kosten die gemaakt zijn voorafgaande aan de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, als een gevolg daarvan voor rekening van de aansprakelijke komen’. Zie ook de jurisprudentie waarnaar op p. 42 van het voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad wordt verwezen.

¹⁴⁹ De Hoge Raad heeft na *Plas/Valburg* overigens nog het nodige gezegd over de schadevergoedingsplicht in de precontractuele fase. Zie HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017, r.o. 3.1 (*VSH/Shell*); HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65, r.o. 3.5.2.2 (*ABB en ULC/Staat*); HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481, r.o. 3.6 (*De Ruijterij/MBO/Ruiters*); HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467, r.o. 3.4-3.7 (*CBB/JPO*).

wil de gemeente Valburg op het laatste nippertje onder de overeenkomst met Plas uit. De Hoge Raad overweegt dat:

‘(n)iet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gedeelde winst.’¹⁵⁰

Plas heeft in de precontractuele fase al de nodige voorbereidingswerkzaamheden verricht en zij wil dan ook vergoeding van de vergeefs gemaakte kosten.¹⁵¹ De in het kader van dit hoofdstuk interessante overweging luidt als volgt:

‘Wanneer de gemeente na 9 jan. 1975 niet meer uit de onderhandelingen mocht terugtreden, valt (...) niet in te zien waarom een handelen in strijd daarmee haar niet zou kunnen verplichten tot vergoeding van reeds voor 9 jan. 1975 in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten.’¹⁵²

De ratio van deze benadering blijkt niet uit de rechtsoverweging van de Hoge Raad zelf, maar ze laat zich gemakkelijk raden: het voorbereiden, sluiten en uitvoeren van de overeenkomst is één organisch geheel waarbij de overeenkomst centraal staat.¹⁵³ In mijn optiek zou eenzelfde redenering op kunnen gaan voor een planologische maatregel. Het is goed denkbaar dat een besluit wordt voorbereid zonder dat het uiteindelijk werkelijk wordt genomen. Zo is het ook goed denkbaar dat een besluit wordt genomen, zonder dat het uiteindelijk onherroepelijk wordt. Andersom geredeneerd is het niet goed denkbaar dat een besluit tot stand komt zonder dat het is voorbereid. Net zo min als het denkbaar is dat een besluit onherroepelijk wordt zonder dat het eerst tot stand is gekomen.

Wanneer het besluit-denken wordt verlaten en het proces van besluitvorming wordt gezien als een organisch proces – wat het in feite natuurlijk ook is –¹⁵⁴ lijkt het me dat ook schaduw-schade kan worden aangemerkt als logisch ‘gevolg’ van de planwijziging. Zolang het besluit-denken het gemene bestuursrecht en ook het planschaderecht echter nog beheerst is dit een belangrijke factor om rekening mee te houden bij intern rechtsvergelijkend onderzoek.

2.5 Uitleiding

Hetgeen hierboven is uiteengezet dient als fundament voor het navolgende rechtsvergelijkende onderzoek. Zoals hierna zal blijken – ik merkte het reeds in de inleiding van dit hoofdstuk op –, werken de hierboven uitgewerkte facetten van zowel het privaatrechtelijk als het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht door in de wijze waarop het recht op schadevergoeding is vormgegeven. Wanneer in een van de navolgende hoofdstukken blijkt dat er een verschil bestaat tussen het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, dat

¹⁵⁰ HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723, r.o. 3.4 (*Plas/Valburg*; m.nt. C.J.H. Brunner). Hierover kritisch Nieuwenhuis 2010, p. 288-290.

¹⁵¹ For the record: dit was de subsidiaire vordering; de primaire vordering strekte tot nakoming van de overeenkomst. Zie r.o. 14 van het rechtbankvonnis, integraal opgenomen in de *NJ*-publicatie van *Plas/Valburg* (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723).

¹⁵² HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723, r.o. 3.5 (*Plas/Valburg*; m.nt. C.J.H. Brunner).

¹⁵³ Eenzelfde redenering ligt ten grondslag aan de vergoeding van kosten die worden gemaakt ter voorkoming of beperking van schade ex artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW. Zie over deze schade-soort Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 28 en Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 96, aant. 160-173 (met verdere verwijzingen), zie m.n. aant. 171-172 en zie voor een voorbeeld HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743, r.o. 6.1-6.6 (*Kalimijnen*; m.nt. J.H. Nieuwenhuis en J.C. Schultsz).

¹⁵⁴ Vgl. bijv. ook HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 93, r.o. 3.4 (*Kuijpers/Valkenswaard*; m.nt. M.R. Mok).

niet kan worden verklaard vanuit de verschillen die bestaan op aansprakelijkheidsrechtelijk niveau, zal ik pleiten voor aansluiting bij het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht.

Ik geef ter illustratie een voorbeeld. Het navolgende hoofdstuk handelt over typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen. Bepaalde typen schade komen in het privaatrecht wel en in het planschaderecht niet voor vergoeding in aanmerking. Dit kan ermee verband houden dat bepaalde schade eenvoudigweg niet door een planwijziging kan worden veroorzaakt, zoals overlijdensschade (artikel 6:108 BW). Een planologische maatregel als bedoeld in artikel 6.1 lid 2 Wro kan wel tijdelijk verminderd woongenot veroorzaken. Op het moment komt tijdelijk verminderd woongenot niet voor vergoeding in aanmerking. In het privaatrecht komt tijdelijk verminderd woongenot – en, wat ruimer, verminderd gebruiksgenot – wel voor vergoeding in aanmerking. Dit verschil tussen het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht laat zich niet verklaren door een verschil op aansprakelijkheidsrechtelijk niveau en is daarmee niet te rechtvaardigen. Ik zal daarom pleiten voor aanpassing van het planschaderecht.

Op deze wijze zal dit hoofdstuk in de navolgende hoofdstukken steeds als toetsingskader worden gebruikt.

3. Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen

3.1 Inleiding

Degene die schade lijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of een planologische maatregel (artikel 6.1 Wro), kan aanspraak maken op de vergoeding van de door de onrechtmatige daad respectievelijk de planwijziging veroorzaakte schade, althans, voor zover de soort schade die wordt geleden voor vergoeding in aanmerking komt. In Afdeling 6.1.10 BW en Afdeling 6.1 Wro zijn enige bepalingen opgenomen aangaande de typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen. Deze typen schade staan dit hoofdstuk centraal.

Hierboven, in § 2.4.2, constateer ik dat er geen uit de aard van het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende reden bestaat om bepaalde typen schade van vergoedbaarheid uit te sluiten. Ik ga er hierna daarom van uit dat schade die door een planwijziging veroorzaakt kan worden, in beginsel ook voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen.

Niet alle typen schade die op grond van Afdeling 6.1.10 BW worden hierna (uitgebreid) besproken; slechts die met welke in dit hoofdstuk een gedegen vergelijking tussen het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en het planschaderecht mogelijk is komen aan de orde.¹⁵⁵ De hierna volgende vergelijking zal betrekking hebben op inkomensschade, de duiding en vergoedbaarheid van blijvend en tijdelijk verminderd gebruiksgenot, de kosten ter voorkoming en beperking van de schade en de kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand, om de eenvoudige reden dat andere soorten schade die op grond van Afdeling 6.1.10 BW voor vergoeding in aanmerking komen – denk aan personenschade en zaakschade, over welke begrippen hieronder meer – zich niet voor vergelijking lenen.

In dit hoofdstuk bespreek ik eerst de typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen in het privaatrecht (§ 3.2) en dan de typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen in het planschaderecht (§ 3.3). In § 3.4 kom ik tot een vergelijking. Hierbij worden ook punten ter verbetering van het planschaderecht (ontleend aan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht) aangedragen. In § 3.5 kom ik tot de beantwoording van de vraag die in dit boek centraal staat: kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

3.2 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen in het privaatrecht

In artikel 6:95 BW is te lezen dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed bestaat uit vermogensschade en ander nadeel. Vermogensschade wordt uitgewerkt – niet gedefinieerd – in artikel 6:96 BW – ‘(v)ermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst’ –, ‘ander nadeel’ komt blijkens artikel 6:95 BW voor vergoeding in aanmerking ‘voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft’, dus slechts als de wet de vergoedbaarheid ervan (expliciet) noemt.¹⁵⁶ Nota bene: vermogensschade hoeft, anders dan ‘ander nadeel’, dus niet met name in de wet genoemd te worden, wil er recht bestaan op de vergoedbaarheid ervan. Dat betekent dat alle

¹⁵⁵ Op advies van Bloembergen, die schrijft: ‘men moet beide rechtsgebieden beheersen. Dat betekent nog niet, dat men beide rechtsgebieden ook moet beschrijven. Men loopt dan gauw de kans, dat men dingen gaat schrijven die door anderen al beter en uitvoeriger gezegd zijn’ (Bloembergen 1975, p. 640, l.k.).

¹⁵⁶ Vgl. Van Dunné, die dit ‘curieus’ noemt: ‘er wordt van ‘wet’ gesproken op een plaats waar men, sinds 1919, ‘recht’ zou verwachten’ (Van Dunné 2004a, p. 667). Met ‘sinds 1919’ doelt Van Dunné op HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*; m.nt. W.P.L.A. Molengraaff), in welk arrest de Hoge Raad uitmaakt dat er ook sprake kan zijn van onrechtmatig handelen als er niet in strijd met de wet is gehandeld (p. 163, l.k.).

schade die het vermogen raakt – zoals vermogensschade wel wordt omschreven –¹⁵⁷ in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

Hiermee is de relevantie van het onderscheid tussen vermogensschade en ‘ander nadeel’ gegeven: vermogensschade komt in beginsel wél en ‘ander nadeel’ komt in beginsel níet voor vergoeding in aanmerking. De gedachte hierachter is waarschijnlijk – de wetgever heeft zich hierover niet uitgelaten – dat een geldelijke vergoeding slechts beperkt kan bijdragen aan het (geestelijk) herstel van de benadeelde.¹⁵⁸

Op diverse plaatsen wordt in de wet invulling gegeven aan de zinsnede ‘voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft’. De bekendste en belangrijkste uitwerking is te vinden in artikel 6:106 BW.¹⁵⁹ In het tweede lid van dit artikel is nog een reden te vinden waarom het onderscheid tussen vermogensschade en ‘ander nadeel’ van belang is. Blijkens artikel 6:106 lid 2 BW is het recht op de vergoeding van ‘ander nadeel’ in beginsel niet vatbaar voor overgang en beslag. Het onderscheid tussen vermogensschade en ‘ander nadeel’ is voorts relevant voor eventuele fiscale consequenties; de vergoeding van ‘ander nadeel’ wordt niet fiscaal belast.¹⁶⁰ De vergoeding van vermogensschade wordt belast als deze dient ter vervanging van een belaste bron.

Waar de wet onderscheid maakt tussen vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade, wordt in de literatuur ook wel onderscheid gemaakt tussen zaakschade, personenschade en zuivere vermogensschade.¹⁶¹ Zaakschade is de schade die het gevolg is van beschadiging of vernietiging van een zaak – zaken zijn, blijkens artikel 3:2 BW, ‘de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten’ –, bijvoorbeeld ‘blik schade’ ten gevolge van een auto-ongeluk. Personenschade is de schade die het gevolg is van beschadiging van de menselijke persoon (denk aan letsel en overlijden en zie de artikelen 6:106-108 BW). Zuivere vermogensschade is een restcategorie, waarin de vermogensschade die niet als zaakschade of personenschade kan worden aangemerkt valt. Een voorbeeld van zuivere vermogensschade is de devaluatie van aandelen ten gevolge van het opzettelijk in de wereld brengen van onjuiste, negatieve informatie betreffende een beursgenoteerde vennootschap. Dit niet-wettelijk onderscheid wordt in de literatuur en de praktijk wel gemaakt om de urgentie van de vergoedbaarheid te duiden, bijvoorbeeld wanneer de vraag opspeelt of de schade al dan niet toegerekend moet worden aan een bepaald normschendend handelen (zie artikel 6:98 BW).¹⁶² Zo wordt aangenomen dat de vergoeding van personenschade urgenter is dan die van zuivere vermogensschade en daarmee sneller toegerekend moet worden aan een normschending.¹⁶³

3.2.1 Vermogensschade

Artikel 6:96 lid 1 BW bepaalt dat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst omvat. Stel dat A door een fout met zijn auto op het bestelbusje van B botst, waardoor B’s busje ernstig beschadigd raakt. Het geleden verlies is de waarde van B’s bestelbusje vóór de botsing minus de waarde van B’s bestelbusje ná de botsing. Stel dat B zijn bestelbusje laat repareren. Vanwege de reparatie kan B twee dagen niet over zijn busje beschikken en dat terwijl B het busje nodig heeft om klanten te bezoeken. De gederfde winst bestaat uit de inkom-

¹⁵⁷ Bijv. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455, p. 613 (*Van Kreuningen/Bessem*).

¹⁵⁸ Zie Lindenbergh 1998, p. 36-38 en 131, met verdere verwijzingen.

¹⁵⁹ Andere uitwerkingen zijn te vinden in onder meer artikel 7:510 BW, artikel 16 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en artikel 89 lid 1 Wetboek van Strafvordering.

¹⁶⁰ Hierover Lindenbergh 1998, p. 341 e.v.

¹⁶¹ Zie Lindenbergh 2008a, nr. 45; Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 27; Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 95, aant. 7. Zie (ook) over andere aan te brengen onderscheidingen Schut 1978, p. 380-403, m.n. p. 400-401.

¹⁶² Hierover nader hfdst. 4.

¹⁶³ Zuivere vermogensschade kan de schadelijgende overigens wel degelijk hard en direct raken, zie Spier 1999, p. 15. Zie ook Hartlief 2003, p. 42. In gelijke zin Barendrecht 2002, p. 613.

sten die B had kunnen verwerven als hij de twee dagen dat het busje in reparatie was over het busje kon beschikken (minus de kosten).

Lid 2 van artikel 6:96 BW bepaalt dat redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust mocht worden verwacht (sub a), redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (sub b) en redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (sub c) worden aangemerkt als vermogensschade en (mede) voor vergoeding in aanmerking komen. Middels deze subleden kan de benadeelde de kosten die hij maakt om ofwel de schade die de aansprakelijke heeft veroorzaakt tot een minimum te beperken ofwel om deze op de aansprakelijke te verhalen vergoed krijgen. De gedachte is dat de benadeelde deze kosten niet zou hebben hoeven maken als de normschending niet had plaatsgevonden en dat het daarom de aansprakelijke is die deze kosten voor zijn rekening moet nemen.¹⁶⁴

Er moet aan een tweetal eisen zijn voldaan, willen de gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Ten eerste moet er sprake zijn van causaal verband tussen de door de schadelijgende gemaakte kosten en het normschendend handelen van de schadetoebrengende. Ten tweede moeten de kosten die de schadelijgende heeft gemaakt, zowel naar aard als naar omvang redelijk zijn.¹⁶⁵ De vergoedbaarheid van de in lid 2 genoemde schadeposten wordt begrensd door ‘de redelijkheid’. De schadetoebrengende partij is (dus) niet volledig overgeleverd aan de grillen van de schadelijgende partij; zijn de maatregelen die de schadelijgende neemt niet redelijk of overstijgen de kosten van de maatregelen de redelijkheidsgrens, dan zal laatstgenoemde de kosten zelf moeten dragen.

Welke maatregelen en kosten redelijk zijn, verschilt per subcategorie. Voor wat betreft de schadebeperkende maatregelen (sub a) geldt dat niet van belang is of de door de schadelijgende genomen maatregelen ook werkelijk tot voorkoming of beperking van de schade hebben geleid.¹⁶⁶ Dit omdat op voorhand – als de schadelijgende de beslissing moet nemen of hij al dan niet tot actie moet overgaan – niet steeds duidelijk is hoe bepaalde maatregelen zullen uitwerken.¹⁶⁷ Aldus wordt gepoogd wijsheid achteraf buiten de deur te houden.¹⁶⁸

Stel dat B uit de casus van hierboven voor de twee dagen dat zijn eigen bestelbusje in reparatie is een ander bestelbusje huurt, dan komen de huurkosten voor vergoeding in aanmerking, ook als nadien blijkt dat B die twee dagen niet voor klanten op pad is geweest (omdat er geen opdrachten binnenkwamen), tenzij voorzienbaar was dat er geen opdrachten binnen zouden komen.

Voor wat betreft de kosten gemaakt ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid (sub b) geldt dat deze kosten voor vergoeding in aanmerking komen, ook als (nog) niet vaststaat of het normschendend handelen zelf schade heeft veroorzaakt, zo oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Bravenboer/London*.¹⁶⁹ Ter illustratie van deze wellicht wat abstracte rechtsregel

¹⁶⁴ Vgl. Keirse, die het volgende opmerkt: ‘Het zou volstrekt onredelijk zijn om de kosten die de benadeelde maakte ter voorkoming of beperking van schade, die door onrechtmatig en toerekenbaar toedoen van een ander dreigt te ontstaan, in de regel voor de benadeelde te laten. (...) Ook zonder de wettelijke bepaling van artikel 6:96 lid 2 sub a BW zou daarover nauwelijks twijfel mogelijk zijn’ (Keirse 2003, p. 281).

¹⁶⁵ Zie vooral HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26, r.o. 3.9 (*Speeckaert/Gradener*) voor sub a en HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, r.o. 3.2 (*London and Lancashire/Drenth*; m.nt. C.J.H. Brunner) voor sub b en c. Zie voorts PG Boek 6, p. 337.

¹⁶⁶ Zie PG Boek 6, p. 334-335.

¹⁶⁷ Hierover m.n. Keirse 2003, p. 284-288.

¹⁶⁸ Zie over de zogenoemde hindsight bias het klassieke artikel Fischhoff 1975, p. 288-299.

¹⁶⁹ HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, r.o. 3.5.2-3.5.3 (*Bravenboer/London*; m.nt. J.B.M. Vranken).

bespreek ik het arrest kort.¹⁷⁰ De auto van Bravenboer wordt aangereden door de auto van Dekoker-De Bruyn. De schade aan Bravenboers auto wordt door de verzekeraar van Dekoker-De Bruyn, London, vergoed. Bravenboer stelt niet alleen schade aan zijn auto, maar ook letselschade te hebben opgelopen. Om deze letselschade vast te stellen, heeft Bravenboer advocaatkosten en onderzoekskosten gemaakt. Deze kosten wil Bravenboer vergoed zien. Het punt nu is dat (nog) niet vaststaat of Bravenboers letsel is veroorzaakt door de aanrijding met Dekoker-De Bruyn. De Hoge Raad oordeelt dat Bravenboers kosten (toch) voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, '(o)mdat degene die aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van een door hem veroorzaakte aanrijding (...) in beginsel binnen de grenzen van art. 6:98 BW aansprakelijk is voor alle schade die de benadeelde als gevolg van die gebeurtenis heeft geleden', en dus ook voor de schade bestaande uit kosten ter vaststelling van de schade.¹⁷¹

De in artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW genoemde posten worden tezamen ook wel de buitengerechtelijke kosten genoemd. Dit zijn de kosten die door de schadelijgende zijn gemaakt nog voordat de juridische procedure is gestart. Ten aanzien van deze kosten geldt dat deze in vergelijking tot de hoofdvordering niet excessief hoog mogen zijn.¹⁷²

Komt het tot een juridische procedure, dan 'verschieten de kosten van rechtsbijstand voor een groot deel van kleur', zo schetst Brunner: 'behoorden de kosten van instructie van de zaak eerst tot de schade die vergoed moet worden, nu zijn het kosten geworden die niet meer afzonderlijk in rekening gebracht kunnen worden, maar die geacht worden deel uit te maken van de geliquideerde kosten'.¹⁷³ (Zie ook het slot van artikel 6:96 lid 2 BW en artikel 241 Rv.) De kosten voor juridische bijstand komen, als het tot een procedure komt, slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking, ook als ze reeds voor aanvang van de procedure gemaakt zijn.¹⁷⁴ De gedachte hierachter is dat het maken van proceskosten niet als schade gezien kan worden. Het is (bijvoorbeeld) niet onrechtmatig een ander in rechte te betrekken. In het privaatrecht leidt een juridische procedure vaak tot een gedeeltelijke toe- of afwijzing en kan op voorhand niet steeds goed worden ingeschat welke partij in zijn recht staat. Het volledig vergoeden van proceskosten wordt in de privaatrechtelijke literatuur dan ook gezien als een mogelijke belemmering van de toegang tot de rechter. De grondslag voor de tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand wordt wel gezocht in 'de billijkheid'.¹⁷⁵

3.2.2 'Ander nadeel'

De bekendste en belangrijkste uitwerking van ander nadeel dan vermogensschade is te vinden in artikel 6:106 BW. De tekst van 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, het voor de praktijk meest relevante gedeelte van artikel 6:106 BW, luidt aldus:

'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.'

3.2.2.1 De categorieën van artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW

¹⁷⁰ De feiten zijn ontleend aan een passage uit het vonnis van de kantonrechter, dat is opgenomen in de NJ-publicatie van het door de Hoge Raad gewezen arrest *Bravenboer/London* (NJ 2005, 50).

¹⁷¹ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50, r.o. 3.5.2-3.5.3 (*Bravenboer/London*; m.nt. J.B.M. Vranken). Zie hierover vooral de analyse van Van Haastert 2004, p. 21-22.

¹⁷² HR 9 december 1994, NJ 1995, 250, r.o. 3.3 (*Smit/De Moor*). Zie over andere redelijkheidsfactoren Van Haastert 2000, p. 57-70.

¹⁷³ Brunner in zijn annotatie onder HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 (*London and Lancashire/Drenth*), onder 3.

¹⁷⁴ Hierover nader bijv. Van Dijk 2006, p. 137-142.

¹⁷⁵ Zie hiervoor (nog steeds) Haardt 1945, p. 18.

Kort en goed geeft art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW recht op een vergoeding wanneer iemand ‘in zijn persoon is aangetast’.¹⁷⁶ De categorie lichamelijk letsel spreekt naar mijn idee voor zich. Van een schending van de eer of goede naam is sprake in het geval van (ernstige) belediging. In de categorie ‘aantasting in de persoon op andere wijze’ valt onder meer ‘geestelijk letsel’.¹⁷⁷ Het ‘geestelijk letsel’ moet van een zekere ernst zijn, wil dit recht geven op een vergoeding – ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ of ‘zich gekwetst gevoelen’ is onvoldoende –¹⁷⁸ en het letsel moet naar objectieve maatstaven (kunnen) zijn vastgesteld, zo blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁷⁹

In de categorie ‘aantasting op andere wijze’ heeft de Hoge Raad ook ruimte gezien om een recht op vergoeding toe te kennen wanneer een fundamenteel (mensen)recht wordt geschonden. Het lijkt erop dat de categorie ‘aantasting op andere wijze’ ruimte biedt voor een vergoeding bij schending van een verzameling van fundamentele (mensen)rechten die, althans voor wat betreft hun inhoud, terug te vinden zijn in onder meer de Grondwet en verschillende verdragen, zoals het IVBPR en het EVRM (te denken valt bijvoorbeeld aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer). Het is verder zeker niet uitgesloten dat art. 6:106 BW ook recht geeft op een vergoeding wanneer niet-gecodificeerde fundamentele (mensen)rechten worden geschonden en dat er (dus) ook rechten kunnen worden ontwikkeld en toegevoegd, wat zorgt voor ruimte voor rechtsontwikkeling.¹⁸⁰

Onder de categorie ‘aantasting op andere wijze’ – niet zijnde ‘geestelijk letsel’ – valt volgens de Hoge Raad in ieder geval een inbreuk op ‘de persoonlijke levenssfeer’. In het geval van een onderwijzeres die op jonge leeftijd naakt is gefotografeerd en jaren later wordt geconfronteerd met een van de foto’s op de achterkant van een reisgids voor naturalisten,¹⁸¹ maar ook in het geval waarin een woning meermaals wordt bestormd en de politie pas vijf uur na alarmering ingrijpt, oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van een zeer ernstige inbreuk op de integriteit (van de bewoners van de woning), die een recht op vergoeding van ‘ander nadeel’ rechtvaardigt, zonder dat sprake is van geestelijk letsel.¹⁸² Ook oordeelde hij dat sprake is van een inbreuk in het geval dat een vrouw door twee agenten wordt verteld dat haar vriend ‘bekend is bij de politie’, met als gevolg dat de vrouw door haar familie wordt gedwongen haar relatie met de man te verbreken (dat is een schending van het recht van de man op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer).¹⁸³ Verder valt volgens de Hoge Raad de schending van het fundamentele recht op zelfbeschikking van de moeder (en de vader) onder ‘de aantasting op andere wijze’.¹⁸⁴

3.2.2.2 Het vergoeden van ander nadeel dan vermogensschade

Bij de voorbereiding van artikel 6:106 BW is aangevoerd dat ‘ander nadeel’ niet door geld te vergoeden is en dat er ‘voor gewaakt (moet) worden dat de indruk wordt gewekt c.q. dat bij de burger de opvatting wordt gekweekt dat de waarden waar het hier om gaat in geld zouden

¹⁷⁶ Vgl. Abas 2007, p. 197, r.k., die de categorieën genoemd in lid 1, aanhef en onder b, graag zou willen vervangen door ‘indien de benadeelde in een persoonlijkheidsrecht is aangetast’.

¹⁷⁷ Zie Lindenberg 1998, m.n. p. 134 e.v.; Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 143.

¹⁷⁸ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, r.o. 5 (Ontvanger/Bos; m.nt. C.J.H. Brunner).

¹⁷⁹ HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168, r.o. 5.2.3 (Beliën/Noord-Brabant; m.nt. W.D.H. Asser); HR 19 december 2003, NJ 2004, 348, r.o. 5.2.3 (S.J./Staat).

¹⁸⁰ Zie Lindenberg 2004, p. 110, l.k. en zie voorts Lindenberg 1999, p. 1675.

¹⁸¹ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, r.o. 3.5 (Naturalistengids; m.nt. L. Wichers Hoeth).

¹⁸² HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, r.o. 3.11 (Groninger oudejaarsrellen; m.nt. J.B.M. Vranken).

¹⁸³ HR 1 november 1991, NJ 1992, 58, r.o. 3.5 (K/Staat).

¹⁸⁴ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, r.o. 4.8-4.9 (Baby Kelly; m.nt. J.B.M. Vranken).

worden uitgedrukt'.¹⁸⁵ Toch is er voor gekozen een recht op vergoeding op te nemen in Afdeling 6.1.10 BW.¹⁸⁶ De toenmalige minister van Justitie, Van Agt, licht deze keuze aldus toe:

‘Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.’¹⁸⁷

Sinds de invoering van artikel 6:106 BW staat de wenselijkheid van het toekennen van een vergoeding voor ‘ander nadeel’ eigenlijk niet meer ter discussie. Wel ter discussie staat de vraag hoe ernstig het ‘ander nadeel’ moet zijn, wil er een recht op vergoeding bestaan.¹⁸⁸ Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat niet elke geestelijke tegenslag tot vergoeding kan leiden; er moet sprake zijn van een zekere ernst, wil ‘ander nadeel’ vergoeding in aanmerking komen.¹⁸⁹ Deze gedachte komt ook tot uitdrukking in artikel 6:95 BW: vermogensschade komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking, ‘ander nadeel’ in beginsel niet. Nu de Hoge Raad in artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, in fine, BW ruimte heeft gezien om een recht op vergoeding toe te kennen bij de schending van diverse fundamentele rechten en deze schendingen niet steeds ernstige gevolgen (hoeven te) hebben voor degenen wier rechten zijn geschonden, pleit Verheij ervoor de ernst-drempel (ook) voor andere schade categorieën, zoals ‘geestelijk letsel’, af te schaffen.¹⁹⁰ Ik denk evenwel dat gezegd kan worden dat de ernst-drempel ook is ‘ingebouwd’ bij de categorie fundamentele rechten, zij het niet in de gevolgen van de schending – zoals bij lichamelijk letsel en ‘geestelijk letsel’ –, maar – zoals bij de schending van de eer of goede naam – in de schending zelf (de aard van het geschonden belang).¹⁹¹

3.2.3 Gemist onstoffelijk voordeel

Gemist onstoffelijk voordeel is een schadesoort die zich bevindt op en (daarmee) aan beide zijden van het grensvlak van vermogensschade en ‘ander nadeel’. In de literatuur worden van gemist onstoffelijk voordeel twee varianten genoemd: uitgaven die hun doel missen en tijdelijk verminderd gebruiksgenot.¹⁹² Van de eerste variant biedt het geval dat ten grondslag ligt aan het arrest *Burger/Brouwer Motors* een voorbeeld. Burger doet mee met de rally van Parijs naar Dakar op een bij Brouwer Motors gehuurde motor. Deze motor begeeft het in een vroeg stadium van de rally, waardoor Burger uitvalt. Wat is nu de schade van Burger? Hij mist het plezier van het meedoen aan de rally. Dit gemiste plezier komt evenwel niet voor vergoeding

¹⁸⁵ PG Boek 6, p. 382.

¹⁸⁶ De Hoge Raad kende voor het eerst een vergoeding voor ‘ander nadeel’ toe in HR 13 mei 1881, W 4638, p. 1, r.k. (*Tissen/Huijnen*). Het feit dat artikel 6:106 BW een vergoeding toekent zegt natuurlijk niks over de vraag in hoeverre het mogelijk is dat ‘ander nadeel’ ook werkelijk geheel *vergoed* wordt of vergoed *kan* worden met een geldbedrag. Het is daarom dat Meijers, de ontwerper van het BW, liever sprak over ‘tegemoetkoming’ dan over ‘schadevergoeding’; ‘het betreft hier immers een ideële schade en die kan men niet in geld berekenen. Wat hier bedoeld wordt, is iets anders dan vermogensschade’, aldus Meijers (PG Boek 6, p. 377). Meijers reageert hier op (een verbaasde) Van Rijkevorsel (‘Dus u bedoelt toch werkelijk verschil te maken tussen “schadevergoeding” en “tegemoetkoming”?’). De wetgever heeft (toch) voor de term ‘schadevergoeding’ gekozen, ‘om wettechnische redenen’ (zie PG Boek 6, p. 377, voetnoot 1).

¹⁸⁷ PG Boek 6, p. 385.

¹⁸⁸ Zie hierover m.n. Verheij 1998, p. 339-350.

¹⁸⁹ Zie PG Boek 6, p. 389.

¹⁹⁰ Verheij 1998, p. 339-350.

¹⁹¹ Zie (ook voor verwijzingen) Lindenberg 2008b, p. 35.

¹⁹² Zie bijv. Lindenberg 2008a, nr. 43. Zie voorts de conclusie van A-G Wissink voorafgaande aan HR 25 maart 2011, RvdW 2011, 427.

in aanmerking; ex artikel 6:95 BW komt ander nadeel dan vermogensschade slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet daarop recht geeft en artikel 6:106 BW kent geen categorie ‘gemist plezier’.¹⁹³ Burger vordert van Brouwer Motors de vergoeding van de door hem gemaakte kosten – denk aan inschrijfgeld, visa, vluchten, transportkosten, verzekeringen et cetera – ter verkrijging van het plezier: de deelname aan de rally. De Hoge Raad oordeelt over deze vordering aldus:

‘Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen.’¹⁹⁴

Ter verduidelijking – voor zover dat al nodig is – nog een voorbeeld, ontleend aan de parlementaire geschiedenis.¹⁹⁵ A laat zich per taxi naar een concert vervoeren. Door een fout van de taxichauffeur komt A te laat bij de concertlocatie aan en wordt hem door de zaalwacht de toegang tot de zaal onzegd. A mist nu (het genot van) het concert. De waarde van het gemiste concert moet worden gesteld op de kosten van het concertkaartje.

Een voorbeeld van de tweede variant, tijdelijk verminderd gebruiksgenot, biedt de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Pollen/Linssen Yachts*. Pollen koopt bij Linssen Yachts een motorjacht. De eerste zestien maanden kan Pollen niet optimaal genieten van zijn jacht; het vertoont gebreken, in het bijzonder olielekage. Ten gevolge van de gebreken kan Pollen minder hard en ook minder ver varen. Bovendien moet het jacht een aantal keer gerepareerd worden, waardoor Pollen het enige tijd niet kan gebruiken. Pollen vordert van Linssen (onder meer) een gedeelte van de aankoopprijs van het jacht – namelijk de waardevermindering die het jacht ten gevolge van veroudering gedurende de zestien maanden heeft ondergaan – plus rentederving. De Hoge Raad overweegt dat niet ‘zonder meer’¹⁹⁶ als uitgangspunt kan gelden ‘dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op het totaal van de uitgaven die de koper heeft gedaan (...) teneinde het voor de betreffende periode beoogde onstoffelijke voordeel te verkrijgen, reeds omdat niet kan worden gezegd dat het voordeel hem geheel is ontgaan, en die uitgaven hun doel geheel hebben gemist’.¹⁹⁷ Wat is dan, volgens de Hoge Raad, (wel) het juiste uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag of tijdelijk verminderd gebruiksgenot recht geeft op een schadevergoeding?

‘De kans bestaat dat een gekochte zaak niet dadelijk in alle opzichten onberispelijk zal functioneren, zodat die eerst na herstel daarvan door de verkoper conform diens in art. 7:21 lid 1, aanhef en onder b, en leden 2 en 3 BW omschreven verplichtingen, ten volle aan de overeenkomst zal beantwoorden. Indien deze kans zich realiseert is daarmee nog niet gegeven dat de uitgaven die de koper heeft gedaan ter verkrijging van het met behulp van die zaak te behalen onstoffelijke voordeel hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. Zo kan de tijd gedurende welke de koper de gekochte zaak niet heeft kunnen gebruiken doordat die moest worden gerepareerd, van zodanig geringe duur zijn dat het verminderd genot van de zaak, als eigen aan het bezit van een zaak als door hem gekocht, niet als schade voor vergoeding in aanmerking komt. Hetzelfde geldt

¹⁹³ Vgl. artikel 7:510 BW, dat een recht op schadevergoeding kent in geval een reisorganisator wanprestatie pleegt en deze wanprestatie ‘derving van reisgenot’ heeft veroorzaakt.

¹⁹⁴ HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55, r.o. 3.3.1 (*Burger/Brouwer Motors*; m.nt. Jac. Hijma). Zie ook vooral de instructieve noot van Hijma onder het arrest.

¹⁹⁵ PG Boek 6, p. 332.

¹⁹⁶ Hijma meent dat de Hoge Raad hiermee – met ‘zonder meer’ – een onnodige slag om de arm wil houden (zie zijn noot onder HR 5 december 2008, NJ 2010, 579 (*Pollen/Linssen Yachts*), onder 4).

¹⁹⁷ HR 5 december 2008, NJ 2010, 579, r.o. 3.6 (*Pollen/Linssen Yachts*; m.nt. Jac. Hijma).

voor schade wegens verminderd genot als gevolg van de omstandigheid dat de zaak voorafgaand aan de reparatie niet volledig functioneerde. Ook dat functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving kunnen zo gering zijn dat voor vergoeding van schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is. Hierbij verdient opmerking dat ook een gering gemis van door de koper verwacht genot van een voor privégebruik aangeschafte zaak bij de koper veel ergernis kan teweegbrengen. Die ergernis is echter geen vermogensschade.¹⁹⁸

Hijma schrijft in zijn annotatie over de laatste zin van de zojuist geciteerde rechtsoverweging:

‘In deze nabrander ligt m.i. des poedels kern. De schade die de benadeelde in dit soort gevallen vergoed wil zien, heeft in eerste instantie het karakter van *immateriële* schade: onrust, ergernis, boosheid (geleden immaterieel verlies), uitblijven van genot of vreugde (gederfde immateriële winst). Het limitatieve art. 6:106 BW kent voor zulke nadelen geen smartengeld toe. In het arrest Buger/Brouwer heeft de Hoge Raad deze hindernis gepasseerd door de blik naar verwervingskosten te verleggen.¹⁹⁹

Tijdelijk verminderd gebruiksgenot kan zowel bestaan uit vermogensschade als ‘ander nadeel’ (ergernis).²⁰⁰ Het ‘ander nadeel’ komt niet voor vergoeding in aanmerking, zolang de schadelijgende niet in zijn persoon wordt aangetast. Dit laatste is slechts het geval bij ‘geestelijk letsel’ van een zekere ernst – de schadelijgende moet bijvoorbeeld een psychiatrische behandeling (zijn) ondergaan – of bij de schending van een fundamenteel (mensen)recht.²⁰¹ Veelal zal tijdelijk verminderd gebruiksgenot ‘slechts’ tot (niet vergoedbare) ergernis leiden.²⁰² In de literatuur wordt aangenomen dat bij tijdelijk verminderd gebruiksgenot in de zin

¹⁹⁸ HR 5 december 2008, NJ 2010, 579, r.o. 3.7 (*Pollen/Linssen Yachts*; m.nt. Jac. Hijma).

¹⁹⁹ Zie zijn noot onder HR 5 december 2008, NJ 2010, 579 (*Pollen/Linssen Yachts*), onder 6.

²⁰⁰ Zie hierover de instructieve conclusie van A-G Wissink voorafgaande aan HR 25 maart 2011, RvdW 2011, 427, onder 2.6, 2.8.1 en 2.13. Vgl. Meijers in zijn noot onder HR 29 januari 1937, NJ 1937, 570 (stankverwekkende vervuiling van de Voorste Stroom), die, omdat bij tijdelijk verminderd woongenot geen sprake is van ‘een verminderden koopprijs’, tijdelijk verminderd woongenot aanmerkt als ‘andere dan vermogensschade’ (p. 783, r.k.). Zie hierover Verheij 2002, nr. 238.

²⁰¹ Ter vergelijking het volgende. Het Hof Den Haag oordeelde in een (door de Hoge Raad in stand gelaten) arrest aangaande gederfd woongenot – eiser heeft dertien jaar in een verzaakt huis met klemmende ramen en schimmelende muren gewoond, ten gevolge van werkzaamheden van verweerster op het aangrenzende perceel – als volgt: ‘Grief III richt zich tegen de beslissing van de rechtbank om slechts f 3.000,- terzake van verminderd woongenot toe te wijzen en niet de gevorderde f 65.000,-. Het hof overweegt het volgende. (...) Anders dan [verweerster] heeft aangevoerd geeft aantasting van woongenot, die het gevolg is van een onrechtmatige daad, in beginsel recht op vergoeding van immateriële schade als bedoeld in artikel 6:106 BW. Immers, het is van algemene bekendheid en een ervaringsregel dat het langdurig wonen in een huis, dat de bewoonbaarheid schadelijke gebreken vertoont, tot gevoelens van onbehagen bij de bewoner leidt en daarmee tot aantasting van diens persoon. Naar het hof tijdens de descente heeft vastgesteld is voorts inderdaad sprake van gebreken die de bewoonbaarheid schaden. (...) Nu er geen sprake is van een rechtstreekse aantasting van de persoon is terughoudendheid bij de toekenning van immateriële schadevergoeding geboden. Die omstandigheid in aanmerking nemend is de door de rechtbank toegewezen vergoeding ad f 3.000,- juist. De grief faalt dan ook.’ (Hof Den Haag 3 juli 2007; de rechtsoverwegingen (10.1-10.3) zijn overgenomen uit de conclusie van A-G Wissink voorafgaande aan HR 25 maart 2011, RvdW 2011, 427, onder 1.6).

²⁰² Zie ook Lindenbergh 1998, p. 88, met verwijzingen. Vgl. Rb. Arnhem 14 maart 2007, NJF 2007, 297, r.o. 3.4: ‘Een woning verschaft aan haar bewoner niet alleen onderdak, een slaapplek e.d., maar ook woongenot. Dat woongenot wordt ook bepaald door immateriële zaken als stand van de wijk, ruimte, uitzicht, afwezigheid van bedrijfsmatige activiteiten, van overlast en van conflicten met burens. De prijs van een woning is daarop afgestemd. Dat betekent dat de lasten van de eigenaar voor de woning in het algemeen hoger zijn naarmate de bedoelde immateriële zaken meer aanwezig zijn. Als door onrechtmatig toegebrachte hinder dit immateriële woongenot in een zekere periode is verminderd, hebben de eigenaarslasten ten dele hun doel gemist (...). Dit gedeelte van de eigenaarslasten komt als materiële schade voor vergoeding in aanmerking, naast eventueel voor dezelfde overlast toegekend smartengeld. De vergoeding van materiële schade dient ter compensatie van de afwezigheid van woongenot,

van vermogensschade ook niet snel voor vergoeding in aanmerking komt.²⁰³ Zo schrijft Keirse dat deze vermogensschade slechts voor vergoeding in aanmerking komt ‘als gezegd kan worden dat de financiële investering die ter verkrijging van het genot is gedaan in een relevante mate het doel heeft gemist. In de regel mist men pas iets als men het daadwerkelijk kwijt is’.²⁰⁴

Als Keirse hier met ‘daadwerkelijk kwijt’ niet alleen bedoelt te zeggen dat het genieten van een goed blijvend onmogelijk is geworden – zoals het geval was bij *Burger/Brouwer Motors*: Burger kan niet meer deelnemen aan de rally –, maar ook dat het genieten van een goed tijdelijk geheel of voor een aanzienlijk deel onmogelijk is geworden, ben ik het graag met haar eens.²⁰⁵ Zo is het goed denkbaar dat in het geval Pollen zestien maanden geheel niet heeft kunnen varen met zijn jacht, er wel recht op een vergoeding voor de geleden vermogensschade bestaat. Als men iets ‘daadwerkelijk kwijt’ is, zal men doorgaans overgaan tot vervanging. Kosten van vervanging komen ex artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW voor vergoeding in aanmerking, mits redelijk naar aard en omvang. Mocht Pollen zestien maanden niet hebben kunnen varen en mocht hij een vervangend jacht hebben gehuurd, dan had hij, zo vermoed ik, de huurkosten vergoed gekregen op grond van voormeld artikel.

Soms ligt (tijdelijke) vervanging evenwel niet in de rede, ook niet als het gebruiksgenot tijdelijk (vrijwel) geheel wordt ontnomen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een eigenaar of een huurder van een woning (ernstige) stank- of geluidsoverlast moet verduren. In de praktijk wordt dit soort tijdelijk verminderd gebruiksgenot wel begroot op (een gedeelte van) de huurprijs,²⁰⁶ ook wanneer er geen sprake is van huur, maar van koop.²⁰⁷ In deze is het gebruikelijk te abstraheren van concrete omstandigheden. Bloembergen schrijft:

‘(...) als men hier bij de [berekening van tijdelijk verminderd woongenot, WD] een concreet begrip schade als uitgangspunt neemt, zal moeten vaststaan, dat die woongenogens van de eigenaar inderdaad verminderd zijn, hetgeen met name niet het geval is wanneer de eigenaar om welke reden dan ook afwezig is geweest of wanneer hij door een defect aan zijn neus de stank niet geroken of door doofheid het rumoer niet gehoord heeft; in die gevallen immers heeft de eigenaar geen werkelijke schade geleden. In de praktijk van de schadeberekening wordt hiernaar echter helemaal geen onderzoek ingesteld: de rechter kent eenvoudigweg zowel voor het verleden als voor de toekomst een bepaald bedrag per dag als schadevergoeding toe en laat daarbij in het midden of de eigenaar werkelijk nadeel heeft geleden.’²⁰⁸

het smartengeld dient ter compensatie van de ergernis en gederfde levensvreugde over het feit dat het woongenot ten gevolge van onrechtmatige ernstige hinder gedurende een langere periode afwezig is geweest. (...)’.

²⁰³ Zie vooral de noot van Hijma onder HR 5 december 2008, *NJ* 2010, 579 (*Pollen/Linssen Yachts*), onder 8 en Keirse 2009a, p. 33-39.

²⁰⁴ Keirse 2009a, p. 39.

²⁰⁵ Nota bene ex artikel 3:1 BW zijn goederen alle zaken en alle vermogensrechten.

²⁰⁶ Zie bijv. HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 670, r.o. 3.5 (*St. Joseph/Van Fessem*). Zie voor een tamelijk recente toepassing Hof Amsterdam 21 augustus 2008, *WR* 2009, 4, r.o. 4.9, waar het hof redeneert dat artikel 6:97 BW de rechter ‘ruime vrijheid’ biedt voor het begroten van de schade en de rechter (dus) ook vrij is aan te sluiten bij het Besluit huurprijzen woonruimte. Zie voor een overzicht van rechtspraak betreffende verminderd woongenot, dat kan worden aangemerkt als een gebrek zoals bedoeld in artikel 7:204 BW, en het recht op schadevergoeding Huurrecht (Huydecoper), art. 204, aant. 31-33.

²⁰⁷ Zie voor (alweer wat oudere) rechtspraak Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 96, aant. 47.2. Zie over deze materie m.n. Salomons 1993, nr. 21. Vgl. Lindenbergh, die schrijft: ‘Wanneer het (...) gaat om een gebruiksmogelijkheid die in het economisch verkeer veelvuldig pleegt te worden gewaardeerd, bijvoorbeeld omdat het gebruikelijk is dergelijke zaken voor bepaalde tijd te huren, zoals auto’s en huizen, dan is het nadeel zeer wel in geld uit te drukken’ (Lindenbergh 1998, p. 88-89).

²⁰⁸ Bloembergen 1965, nr. 56. Zie ook nr. 57: ‘de eigenaar van het huis heeft tijdelijk geen last van de hinder omdat hij in het buitenland vertoeft; zijn gezin heeft er echter wel last van. Als men werkelijk ernst maakt met de concrete schadeberekening, komt men in deze, toch waarschijnlijk niet zeldzame situatie, voor niet geringe theoretische mogelijkheden te staan: de eigenaar lijdt immers, concreet be-

Samenvattend kan gezegd worden dat tijdelijk verminderd gebruiksgenot zowel een vordering tot vergoeding van vermogensschade als tot vergoeding van ‘ander nadeel’ kan opleveren. De kwalificatie van gedeeld gebruiksgenot – als vermogensschade of als ‘ander nadeel’, of als beide – hangt af van de wijze waarop de vordering tot vergoeding ervan wordt ingekleed.²⁰⁹ Ligt de nadruk op economische aspecten, dan zal sprake zijn van vermogensschade, ligt de nadruk op gevoelens, emoties, dan zal sprake zijn van ‘ander nadeel’. De vordering zal worden beoordeeld vanuit het gekozen perspectief (vermogensschade of ‘ander nadeel’).

3.3 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen in het planschaderecht

Artikel 6.1 lid 1 Wro kent degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt als gevolg van een planologische maatregel, recht op een tegemoetkoming toe.

Een onderscheid dat niet in artikel 6.1 lid 1 Wro, maar wel in de literatuur wordt gemaakt, is dat tussen directe en indirecte planschade.²¹⁰ Van directe planschade is sprake als de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak van de burger beperkt zijn – of zelfs geheel zijn ‘wegbestemd’ – door een planologische maatregel. Van indirecte schade is sprake als de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van een nabij gelegen onroerende zaak in het nadeel van de burger zijn gewijzigd.²¹¹ Een voorbeeld van indirecte planschade: de weilanden waarop wordt uitgekeken (agrarische bestemming zonder bebouwingsmogelijkheden) worden een nieuwbouwwijk (woonbestemming). De komst van de nieuwbouwwijk doet ook de waarde van de huizen waar vanuit werd²¹² uitgekeken op de weilanden dalen. Verreweg het merendeel van de planschadeclaims heeft betrekking op indirecte planschade.

3.3.1 Artikel 6.1 lid 1 Wro

Van inkomensderving ex artikel 6.1 lid 1 Wro is sprake als een ondernemer ten gevolge van een planwijziging minder omzet draait en/of hogere kosten heeft.²¹³ Gedacht kan worden aan het blijvend moeilijker bereikbaar worden van een winkelpand door de verlegging van een autoweg of aan het tijdelijk moeilijker bereikbaar worden van een winkelpand door uitvoe-

zien, geen schade, want hij zou (...) niet in een huis zonder hinder gewoond hebben. Zijn gezin lijdt wel schade, want mist het gebruik (...) van een ongehinderd huis.’

²⁰⁹ Enzo A-G Wissink in zijn conclusie voorafgaande aan HR 25 maart 2011, *RvdW* 2011, 427, onder 2.15.

²¹⁰ In artikel 6.2 Wro wordt niet over directe en indirecte planschade gesproken, maar er wordt in lid 2, aanhef en onder b, wel opgemerkt dat het forfait van 2% niet geldt voor de waardevermindering van een onroerende zaak die ‘het gevolg is van de bestemming van de tot de onroerende zaak behorende grond, of van de op de onroerende zaak betrekking hebbende regels als bedoeld in artikel 3.1’. Hiermee wordt wat in de literatuur directe planschade genoemd wordt uitgesloten van het 2%-forfait.

²¹¹ Vgl. *Kamerstukken II* 1958/59, 4233, nr. 6, p. 16, r.k.-17, l.k.: ‘Een onroerend goed is niet alleen van betekenis voor de eigenaar of gebruiker van dat goed, maar ook voor degenen, die met die eigenaar of gebruiker in een gemeenschap verenigd leven. Voor hen is dat goed omgeving. Bovendien bepalen de toestand, waarin het goed zich bevindt en het gebruik, dat van het goed wordt gemaakt, mede de structuur van het gebied, waarvan het goed deel uitmaakt. Hieruit vloeit voort, dat de eigenaar of gebruiker zich met betrekking tot zijn handelen ten aanzien van het goed beperkingen zal moeten opleggen in verband met andere belangen dan de zijne. Indien een bestemmingsplan deze beperkingen slechts concretiseert, is er geen grond voor schadevergoeding. Bepalingen, die meer inhouden, leggen een onevenredig zware last op en geven dus aanleiding tot tegemoetkoming in de schade.’

²¹² *Werd of wordt*; in het planschaderecht is niet relevant of een plan al dan niet is gerealiseerd. Van belang is slechts of een in lid 2 van artikel 6.1 Wro genoemd besluit is genomen, waarover hieronder meer. Zie ook hfdst. 2 (m.n. § 2.3.3).

²¹³ Hierover nader Van der Schans 2007, p. 207-208, l.k. en zie voorts Van Ravels 2009a, p. 122.

ringswerkzaamheden.²¹⁴ Inkomensderving is zelden het gevolg van een planologische maatregel (maar eerder het gevolg van het benutten van de mogelijkheden die een geldend planologisch regime biedt). Afdelingsuitspraken hierover zijn (dan ook) zeldzaam.²¹⁵

Om te bezien of er sprake is van een vermindering van de waarde van een onroerende zaak ex artikel 6.1 Wro wordt, volgens vaste rechtspraak,²¹⁶ een vergelijking gemaakt tussen de prijs die een redelijk denkend en handelend koper onmiddellijk vóór de planologische wijziging zou hebben geboden en de prijs die hij op het tijdstip direct ná de wijziging zou hebben geboden voor de onroerende zaak.²¹⁷ De redelijk denkend en handelend koper wordt geacht rekening te houden met alle voorhanden zijnde planologische regelingen, zowel op gemeentelijk als op provinciaal niveau.²¹⁸ Niet van belang is hoe de feitelijke situatie eruit zag of ziet, maar hetgeen op grond van de planologische regimes maximaal kan worden gerealiseerd.²¹⁹

Op grond van artikel 6.1 Wro komt ander nadeel dan vermogensschade niet voor vergoeding in aanmerking. Het is niet verwonderlijk dat de wetgever deze schadecategorie niet heeft opgenomen in artikel 6.1 Wro; in de rechtspraak op artikel 49 WRO (oud) wordt als volgt geoordeeld:²²⁰

‘Het standpunt van verweerder dat schade die verband houdt met de aantasting van woongenot moet worden beschouwd als immateriële [sic] schade en derhalve niet voor vergoeding op grond van art. 49 WRO in aanmerking komt, kan de Afdeling geschillen niet delen. Ook door vermindering van woongenot en aantasting van het woon- en leefklimaat kan immers schade in de zin van voormeld artikel worden geleden. Indien evenwel schade van deze aard wordt verdisconteerd in de waardedaling van de woning [bedoeld zal zijn: de vergoeding van de waardedaling, WD], is geen plaats meer voor een afzonderlijke vergoeding.’²²¹

Ik lees de overweging zo dat ervan wordt uitgegaan dat aantasting van woongenot ‘ander nadeel’ kan veroorzaken, maar dat dit ‘ander nadeel’ niet als zelfstandige schadepost voor vergoeding in aanmerking komt; verminderd woongenot bestaande uit ‘ander nadeel’ wordt (geacht te zijn/worden) vergoed door (of, misschien beter: met) de vergoeding van vermogensschade.²²² In het handboek van Van Buuren cum suis is het volgende te lezen:

²¹⁴ Deze uitvoeringswerkzaamheden moeten uiteraard wel het gevolg zijn van de planwijziging. Zie bijv. ABRvS 6 september 2006, nr. 200509762/1, m.n. r.o. 2.5.1 (*Parkeergarage De Nieuwe Passage*).

²¹⁵ Wie Afdelingsuitspraken zoekt op <www.raadvanstate.nl> kan ik het zoekveld beter ‘omzetschade’ invullen dan ‘inkomensderving’ (uiteraard gecombineerd met woorden als ‘plan’ en ‘schade’ en de afkorting ‘wro’, omdat anders ook niet planschaderechtelijke uitspraken worden gevonden); ‘inkomensderving’ levert, anders dan ‘omzetschade’, geen relevante uitspraken op.

²¹⁶ Vgl. Van Ravels, die zich de vraag stelt of de vergelijkingsmaatstaf, zoals die onder de WRO werd gehanteerd, onder de Wro wordt verlaten (Van Ravels 2009a, p. 140-143). Na een aantal schijnbewegingen is zijn antwoord (vooralsnog) ‘nee’ (p. 143).

²¹⁷ Bijv. ABRvS 21 oktober 2009, nr. 200903485/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Barendrecht*).

²¹⁸ Kritisch hierover o.m. Van Buuren 2001, p. 424, r.k.

²¹⁹ Bijv. ABRvS 19 april 2006, JOM 2007, 105, r.o. 2.1 (*Meerssen*).

²²⁰ Het navolgende citaat is afkomstig van een uitspraak van de Afdeling geschillen. De Afdeling bestuursrechtspraak is haar voorganger gevolgd, zie bijv. ABRvS 25 juli 1994, BR 1995, 599, p. 603, r.k. (*Planschade bestemmingsplan "Seinpostduin"*); ABRvS 12 oktober 1995, BR 1996, 664, p. 666, r.k. (*Ontsluitingsstructuur Helmond*); ABRvS 13 maart 1997, AB 1997, 362, p. 1455, r.k. (*Planschade vliegveld Welschap*; m.nt. B.J. Schueler). Zie hierover Van den Broek 2002, p. 42 met verwijzingen.

²²¹ AGRvS 20 augustus 1992, AB 1992, 653, p. 1834, r.k. (*Het Slotplein te Capelle aan den IJssel*). Vgl. (bijv.) AGRvS 19 april, AB 1989, 337 (*Feenstra/Gemeente Ede*; m.nt. P.J.J. van Buuren), in welke uitspraak de Afdeling geschillen overweegt dat ‘de schade ten gevolge van de toename van de overlast (...) niet van immateriële aard (is). Deze toename kan immers een waardevermindering van het onroerende goed van benadeelde tot gevolg hebben’ (p. 987, l.k.).

²²² Vgl. Van den Berk 1997, p. 34-35. De Afdelingsjurisprudentie is overigens niet steeds consistent geweest. Zie voor een (kort) overzicht van inconsistente rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-

‘Er wordt wel gezegd dat bij verminderd woongenot als gevolg van toegenomen geluidshinder, vermindering van privacy of uitzichtschade gaat om immateriële schade, maar die opvatting is niet juist. Vermindering van woongenot bijvoorbeeld kan op geld worden gewaardeerd en is daarom te beschouwen als vermogensschade.’²²³

De gedachte achter de benadering is goed te volgen: als het woongenot vermindert, daalt de waarde van de onroerende zaak direct voor de huidige eigenaar (de eigenaar geniet minder van zijn woning). Bij de verkoop van de onroerende zaak wordt deze schade – het verminderd woongenot – vaak pas zichtbaar; de verkoper krijgt een lagere prijs voor zijn rijtjeshuis mét uitzicht op een flat dan voor zijn rijtjeshuis zónder uitzicht op een flat en mét uitzicht op een weiland.

De routes van de Afdeling – er wordt wel ‘ander nadeel’ geleden, maar dit nadeel komt niet als zelfstandige schadepost voor vergoeding in aanmerking, als tenminste de geleden vermogensschade vergoed wordt – en van Van Buuren cum suis – er is slechts sprake van vermogensschade en deze komt voor vergoeding in aanmerking – hebben onder het oude planschaderecht niet tot verschillende uitkomsten geleid.

3.3.2 Tijdelijk verminderd woongenot

De ‘afgrenzing’ van artikel 6.1 Wro zou, volgens de toelichting op dit artikel, ‘materieel niet afwijken’ van artikel 49 WRO (inmiddels oud).²²⁴ Er is niettemin een wijziging doorgevoerd: tijdelijk verminderd woongenot – denk met name aan hinder die burgers, niet zijnde ondernemers, ondervinden ten gevolge van de uitvoering van een planologische maatregel –²²⁵ komt onder de Wro niet voor vergoeding in aanmerking.²²⁶ Artikel 6.1 Wro biedt geen grond voor de vergoeding van tijdelijk – dus ook maandenlang – verminderd woongenot (de nachtrust van buurtbewoners wordt bijvoorbeeld maandenlang verstoord); in de toelichting op artikel 6.1 Wro wordt gezegd dat ‘(e)en tijdelijke waardevermindering van een zaak (...) niet een vergoeding van de schade (rechtvaardigt)’, omdat deze het normaal maatschappelijk risico niet zou overstijgen.²²⁷

In haar rechtspraak van voor de invoering van de Wro merkt de Afdeling tijdelijke vermindering van het woongenot steeds aan als vermogensschade en beziet ze, vrijwel steeds,²²⁸ aan de hand van de aard, ernst en duur van de schade of de schade voor vergoeding in aanmerking komt. Een illustratieve uitspraak handelt over tijdelijke uitvoeringsschade die is veroorzaakt door de aanleg van de Betuweroute. De Afdeling overweegt als volgt:

spraak op dit punt de noot van Schlössels onder ABRvS 30 mei 2000, JB 2000, 201 (*Schadevergoeding IJsselmonde*), p. 839, r.k.

²²³ Van Buuren e.a. 2010, p. 285. In de voetnoot bij dit citaat (4) wordt verwezen naar de uitspraak *Krieger/Raalte*, waarin wordt overwogen dat ‘niet valt in te zien hoe bepaalde vormen van overlast (in casu geur- en wateroverlast) tot een waardedaling van de woning kunnen leiden *anders dan* door aantasting van het woongenot’ (zie ABRvS 21 januari 2004, nr. 200301556/1, r.o. 2.4 (*Krieger/Raalte*)). Zie Van der Schans: ‘Een permanente vermindering van woongenot kan worden omgezet in een aanspraak op vergoeding wegens waardevermindering van de woning. Daarin lossen de claims wegens vermindering van woongenot zich krachtens de vigerende jurisprudentie op’ (Van der Schans 2004, p. 15, l.k.).

²²⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 112.

²²⁵ Hinder die ondernemers ondervinden kan tot inkomensderving leiden en die inkomensderving komt voor tegemoetkoming in aanmerking.

²²⁶ Hierover Van den Broek 2004, p. 645, l.k.; Van Buuren e.a. 2010, p. 285; Van Buuren 2008, p. 138.

²²⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 63.

²²⁸ De uitspraak van 6 juni 2007 lijkt de uitzondering te zijn die de regel bevestigt. Zie ABRvS 6 juni 2007, AB 2008, 44, r.o. 2.9 en zie hierover vooral de noot van Van den Broek, onder 4.

‘De Afdeling is (...) van oordeel dat de Minister deze schade redelijkerwijs *niet geheel ten laste van appellanten heeft kunnen laten, omdat duur, intensiteit en omvang van de hinder van dien aard zijn dat deze het normaal maatschappelijk risico te boven gaan*. Daarbij is van belang de periode van overlast, te weten achttien maanden, en het feit dat gedurende deze periode dag en nacht wordt c.q. is doorgewerkt. Verder is van gewicht dat de voornaamste bouwplaats op slechts 56 meter afstand van de woning van appellanten is gelegen, alsmede de aard van de hinder, te weten trillingshinder, geluidsoverlast door boor- en heismachines en uitzichtschade, en het feit dat een en ander plaatsvindt in een voorheen rustige en landelijke omgeving (mijn cursivering, WD).’²²⁹

In een uitspraak die een week later wordt gewezen, is de Afdeling duidelijker over de soort schade die ontstaat bij tijdelijk verminderd woongenot. In de casus die ten grondslag ligt aan de uitspraak, is sprake van ‘beperkt verlies aan uitzicht’ dat wordt veroorzaakt door de realisatie van een AZC. De Afdeling overweegt:

‘Thans komt ingevolge artikel 49 van de WRO de vraag aan de orde of deze schade, *welke als vermogensschade is aan te merken* door appellant vergoed dient te worden, dan wel dat deze redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van [wederpartijen sub 1] en [wederpartij sub 2] behoort te blijven. De Afdeling is gelet op het vorenstaande van oordeel dat appellant zich (...) terecht op het standpunt heeft gesteld dat de schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Daarbij is van gewicht dat het gaat om *schade bestaande uit tijdelijke vermindering van woongenot* door enkel uitzichtverlies, welk verlies door appellant door de aanleg van een aarden wal en/of groenvoorziening gedeeltelijk is gecompenseerd. *In aanmerking genomen de aard van de schade, de geringe ernst en de beperkte duur daarvan, moet worden geoordeeld dat de schade redelijkerwijs ten laste van [wederpartijen sub 1] en [wederpartij sub 2] dient te blijven* (mijn cursivering, WD).’²³⁰

Omdat de overlast tijdelijk van aard was én er maatregelen zijn genomen om de overlast te verminderen – ‘een aarden wal en/of groenvoorziening’; een ‘aarden wal’ lijkt me wel wat anders dan ‘vrij uitzicht’, maar dat geheel terzijde – moet de (resterende) geleden schade voor rekening van de burger blijven.²³¹ Deze uitzonderlijk uitvoerig gemotiveerde overwegingen laten zien dat tijdelijk verminderd woongenot, aangemerkt als vermogensschade, onder de WRO (oud) voor vergoeding in aanmerking kon komen.²³²

Het is niet vreemd dat tijdelijk verminderd woongenot door de Afdeling bestuursrechtspraak wordt aangemerkt als vermogensschade;²³³ tijdelijk verminderd woongenot zorgt er immers voor dat een gedeelte van het op geld te waarderen woongenot de burger wordt ontnomen.²³⁴

²²⁹ ABRvS 16 maart 2005, nr. 200404817/1, r.o. 2.7.3.

²³⁰ ABRvS 23 maart 2005, *Gst.* 2006, 72, r.o. 2.10.

²³¹ Bij de ‘tijdelijke aard’ van de schade kunnen overigens vraagtekens worden geplaatst; het vrije uitzicht vanaf de begane grond en aan de achterzijde is blijvend ‘verloren gegaan’ (r.o. 2.3).

²³² In 2010 is de Afdeling ook ten aanzien van schadevergoedingsverzoeken op basis van artikel 49 WRO (oud) – welke bepaling op grond van overgangsrecht nog van toepassing kan zijn op planschade – ‘om’ gegaan. Uitvoeringsschade kan volgens de nieuwe jurisprudentie niet worden aangemerkt als gevolg van een planwijziging. De enige reden die ik kan bedenken voor deze koerswijziging, is dat de Afdeling haar jurisprudentie op artikel 49 WRO (oud) in overeenstemming wil brengen met de nieuwe planschaderegeling (Afdeling 6.1 Wro). Zie over de koerswijziging vooral de noot van Van den Broek onder ABRvS 21 oktober 2010, *TBR* 2010, 115 (*Tijdelijke overlast Gulpen-Wittem*) en Van Ravels 2010b, p. 249 (ook voor verdere verwijzingen). Zie over het ‘tamelijk gecompliceerde’ overgangsrecht Van Buuren e.a. 2008, p. 200-202.

²³³ Zie vooral Van der Schans 2004, m.n. p. 14, r.k. en zie voorts de instructieve noot van Van den Broek onder ABRvS 6 juni 2007, *AB* 2008, 44 (m.n. onder 1 en 2).

²³⁴ Naar de formulering van Bloembergen, zie Bloembergen 1965, nr. 56 en in diens navolging ook Van den Broek in onder meer haar noot onder ABRvS 21 oktober 2009, *TBR* 2010, 115 (*Tijdelijke overlast Gulpen-Wittem*), onder 1.

Om deze vermogensschade te berekenen mag volgens de Afdeling gebruik van huurprijzen worden gemaakt, ook wanneer het niet een huurder, maar een eigenaar van een onroerende zaak is die tijdelijke overlast heeft moeten ondergaan.²³⁵

Onder de WRO (oud) kwam tijdelijk verminderd woongenot slechts voor vergoeding in aanmerking als het normaal maatschappelijk risico was overstegen. De vraag of schade al dan niet onder het normaal maatschappelijk risico valt, werd beantwoord met behulp van een ‘alle omstandigheden van het geval’-toets.²³⁶ De Afdelingsuitspraak over de Betuweroute laat zien dat het zeer wel mogelijk is dat de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Het is daarom opmerkelijk dat de wetgever de vergoedbaarheid van tijdelijk verminderd woongenot categorisch heeft uitgesloten, zeggend omdat deze schade nooit het normaal maatschappelijk risico zou overstijgen. Te meer daar het normaal maatschappelijk risico voor de overige plan-schade is ‘afgedekt’ met het forfait van artikel 6.2 Wro.²³⁷

3.3.3 De vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming of beperking van schade²³⁸

Onder de vigour van artikel 49 WRO (oud) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat kosten ter beperking van schade voor vergoeding in aanmerking komen als deze kosten zijn aan te merken als een ‘noodzakelijk uitvloeisel’ van de schadeveroorzakende maatregel.²³⁹ Ik ga ervan uit dat de Afdeling haar koers, zoals uitgezet onder de WRO (oud), onder de Wro blijft volgen. De Afdeling meent dat kosten ter beperking van planschade als ‘noodzakelijk uitvloeisel’ van de schadeveroorzakende maatregel zijn aan te merken als is voldaan aan twee voorwaarden.²⁴⁰ De eerste voorwaarde is dat de genomen maatregelen de schade daadwerkelijk moeten beperken.²⁴¹ De tweede voorwaarde is dat de kosten niet hoger mogen zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als niet schadebeperkend was opgetreden.²⁴² Deze twee voorwaarden hebben een retrospectief karakter en zijn daarmee nogal streng te noemen.²⁴³ Het is immers op voorhand niet altijd eenvoudig om te voorspellen in hoeverre bepaalde schadebeperkende maatregelen de schade *daadwerkelijk* zullen beperken en of de kosten van de maatregelen de schade niet zullen overstijgen.

3.3.4 Kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand

De kosten voor deskundige bijstand kwamen een tijdlang niet voor vergoeding in aanmerking op grond van artikel 49 WRO (oud).²⁴⁴ De kosten voor deskundige bijstand die werden gemaakt tijdens het rechterlijk traject – in beroep bij de rechtbank en de Afdeling bestuursrechtspraak – kwamen op grond van artikel 8:75 Awb wel voor vergoeding in aanmerking. Met de in de bezwaarfase gemaakte kosten bleef de burger zitten. De Afdeling ging eind jaren negentig (gelukkig) ‘om’; zowel de kosten voor deskundige bijstand gemaakt tijdens het bestuurlijk als die gemaakt tijdens het rechterlijk traject kwamen voortaan voor vergoeding in aanmer-

²³⁵ Zie bijv. ABRvS 12 januari 2005, nr. 200400020/1, r.o. 2.4 en Van den Broek 2002, p. 43-44, 55, 240 en 258.

²³⁶ Dat is gangbaar bij nadeelcompensatie. Hierover nader Tjepkema 2010, p. 416 e.v., zie voor andere opvattingen p. 415-416 en 420-423.

²³⁷ Zie hierover nader § 2.3.2.1.

²³⁸ In de literatuur wordt niet steeds gesproken over de vergoedbaarheid van kosten ter *voorkoming* van schade. Er wordt evenwel niet bedoeld de vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming van schade uit te sluiten.

²³⁹ ABRvS 22 juli 1994, BR 1995, 327, p. 328, r.k. (*Restaurant Nijmegen*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

²⁴⁰ Zie, ook voor verwijzingen, Van den Broek 2002, p. 57.

²⁴¹ ABRvS 21 maart 1995, BR 1996, 504, p. 505, l.k. (*Waardevermindering Dronten*).

²⁴² ABRvS 22 juli 1994, BR 1995, 327, p. 328, r.k. (*Restaurant Nijmegen*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

²⁴³ Evenzo Van den Broek 2002, p. 57.

²⁴⁴ Zie bijv. ABRvS 25 juli 1989, BR 1990, 39, p. 41, l.k. (*Benzinestation Bakel en Milheeze*) en ABRvS 26 september 1994, BR 1995, 687, p. 688, r.k. (*Fruitteeltbedrijf Heusden*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

king op grond van artikel 49 Wro (oud), tenminste, indien de burger recht bleek te hebben op een planschadevergoeding.²⁴⁵ De Afdeling introduceerde in haar rechtspraak de zogenoemde ‘dubbele redelijkheidstoets’, die ook al door de burgerlijke rechter werd gehanteerd, die inhoudt dat de burger zijn kosten vergoed krijgt als hij deze redelijkerwijs heeft kunnen maken en de omvang van de kosten redelijk is.²⁴⁶ In elk geval niet redelijk acht(te) de Afdeling de kosten van een deskundigenrapport dat is aangevraagd nog voordat aan het bestuursorgaan een deskundigenrapport is uitgebracht.²⁴⁷ Als eenmaal een (concept)advies is overgelegd, is het wel redelijk zelf ook een rapport te laten opstellen.²⁴⁸

Met de invoering van artikel 6.5 Wro heeft de deskundigenkostenvergoeding een wettelijke basis gekregen. Dit artikel bepaalt in de aanhef en onder a:

‘Indien burgemeester en wethouders een tegemoetkoming als bedoeld in artikel 6.1 toekennen, vergoeden burgemeester en wethouders daarbij tevens de redelijkerwijs gemaakte kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand.’

De voorwaarde dat de burger recht moet (blijken te) hebben op een planschadevergoeding, blijft gehandhaafd. Het lijkt vanzelf te spreken dat degene die ten onrechte – als in: zonder recht – aanspraak maakt op planschadevergoeding ook geen recht heeft op een vergoeding van deskundigenkosten. Men bedenke echter dat de burger zelf niet – althans: niet steeds – in staat is te beoordelen of het deskundigenadvies dat aan de gemeente is uitgebracht (enigszins) juist is. Als de burger een beeld wil krijgen van het aan de gemeente uitgebrachte deskundigenrapport, zal hij zelf een deskundige moeten inschakelen. Het inschakelen van een deskundige is risicovol voor de burger in die zin dat hij de kosten hiervan zal moeten dragen als blijkt dat hij geen recht heeft op planschadevergoeding.²⁴⁹

3.4 Vergelijking

3.4.1 Inkomensderving

Over inkomensderving is weinig te melden. Op grond van artikel 6.1 lid 1 Wro komt inkomensderving die het gevolg is van een planologische maatregel als genoemd in lid 2 van voormeld artikel voor vergoeding in aanmerking. Dit is evenwel zelden het geval; inkomensderving wordt eerder veroorzaakt door het benutten van de mogelijkheden die een geldend planologisch regime biedt, dan door de wijziging van een planologisch regime. Mocht een planologische maatregel (toch) inkomensderving veroorzaken, dan komt deze voor tegemoetkoming in aanmerking. Dit is mutatis mutandis hetzelfde in het privaatrechtelijk schadever-

²⁴⁵ Zie over het ‘om’ gaan van de Afdeling Van den Broek 2002, p. 58-59.

²⁴⁶ ABRvS 20 januari 1998, AB 1998, 143, p. 649 (*Haan/Valburg*; m.nt. G.M. van den Broek).

²⁴⁷ ABRvS 4 februari 2000, BR 2000, 857, r.o. 2.7 (*Kerkwijk*; m.nt. P.C.E. van Wijmen). Dit is rechtspraak van voor de invoering van de Wro. Mocht een gemeente de aanvraag heel streng beoordelen en mocht een burger met het oog hierop zijn aanvraag onderbouwen met een deskundigenonderzoek, dan lijkt me dat de kosten van dit onderzoek wel vergoed moeten worden (zie hierover § 7.3.1). Vgl. Van Zundert 2007, p. 18, r.k. Voor wat betreft het aantonen van inkomensschade acht Van Zundert het in ieder geval redelijk om een deskundigenonderzoek te laten doen (p. 19, l.k.). Vgl. het advies van de Raad van State betreffende de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten: ‘In de toelichting op artikel 4.5.4, de verwijzing naar de bekritiseerde jurisprudentie in planschadezaken, waarbij deze kosten in beginsel niet worden vergoed indien de benadeelde, zonder het advies van een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 af te wachten, zelf een adviseur heeft ingeschakeld, laten vervallen, aangezien deze jurisprudentie in nadeelcompensatiezaken geen navolging heeft gevonden en ook het nieuwe artikel 6.5 Wro spreekt over de «redelijke kosten»’ (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 4, p. 14).

²⁴⁸ ABRvS 25 februari 2004, BR 2004, 690, r.o. 2.6.1 (*Hummelo en Keppel*; m.nt. J.W. van Zundert).

²⁴⁹ Zie ook Van Ravels 2010a, p. 549, r.k.-550, l.k.

goedingsrecht; de beide schadevergoedingsregelingen wijken hier niet (onnodig) van elkaar af.

3.4.2 De duiding van verminderd gebruiksgenot

Aantasting van het gebruiksgenot kan tot drie soorten schade leiden.²⁵⁰ Ten eerste kan er sprake zijn van permanente vermogensschade, denk aan zaakschade – er wordt een deuk in een auto gereden – of aan zuivere vermogensschade – het parkje tegenover een rij huizen krijgt een woonbestemming, waardoor de huizen met uitzicht op het parkje in waarde dalen. Ten tweede kan er sprake zijn van tijdelijke waardevermindering van een goed. Ook deze schade is te duiden als vermogensschade. Er wordt immers een gedeelte van het op geld te waarden genot van het goed ontnomen. Ten derde kan er sprake zijn van ander nadeel dan vermogensschade. Te denken valt aan gevoelens van onlust die worden opgewekt door het verdwijnen van het uitzicht op het parkje en aan ergernis omdat een product niet naar behoren functioneert (zoals het geval is in de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Pollen/Linssen Yachts*). Het is zeer wel mogelijk dat vermogensschade en ‘ander nadeel’ naast elkaar bestaan.²⁵¹ Laat mij een voorbeeld geven om dit punt te verduidelijken.

Maria en Jozef hebben een huwelijksreis geboekt naar Israël, het land waar de roots van beide geliefden liggen en waar ze elkaar enkele jaren eerder hebben leren kennen. Na een geslaagd huwelijksfeest wordt het pasgetrouwde stel vanuit hun woonplaats, Rozenburg, per ezel naar Schiphol vervoerd. Daar aangekomen wacht hun een onaangename verrassing: de vliegtickets blijken niet geldig en op korte termijn kan er geen andere vlucht naar Israël worden geboekt. Het huwelijk van Maria en Jozef begint in mineurstemming.

De kosten van de vliegtickets, het ritje op de ezel en de verspilde vakantiedagen – of de nog op te nemen vakantiedagen om de vakantie ‘in te halen’ – zijn aan te merken als geleden verlies en dus vermogensschade in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW.²⁵² Hiernaast is er ook sprake van ‘ander nadeel dan vermogensschade’. Maria en Jozef hebben hun reis naar Israël gemist, nota bene hun huwelijksreis. Het is niet moeilijk voorstelbaar dat dit de nodige spanning, teleurstelling, frustratie en wat al niet meer voor negatieve gevoelens teweeg heeft gebracht. Naast vermogensschade is er ook andere schade dan vermogensschade geleden. Een ander punt is of deze schade ook voor vergoeding in aanmerking komt. Zoals ik hierboven, onder 3.2.2.1, kort uiteen heb gezet zal dit niet snel het geval zijn.

Dit (privaatrechtelijk georiënteerde) voorbeeld laat zien dat vermogensschade en ‘ander nadeel’ goed naast elkaar kunnen bestaan. Ook in het planschaderecht kunnen vermogensschade en ‘ander nadeel’ naast elkaar bestaan. Denk aan het geval dat er ten behoeve van de realisatie van een nieuwbouwwijk dagen- en nachtenlang wordt doorgewerkt met graaf-, hei- en andersoortige machines. Buurtbewoners derven hierdoor woongenot. Dit gederfd woongenot bestaat uit vermogensschade – een gedeelte van het op geld te waarden genot van de woning wordt ontnomen –, maar ook uit ‘ander nadeel’: de buurtbewoners zijn hun (nacht)rust kwijt.²⁵³ Deze gemiste rust is niet vermogensschade. De schade is immers niet aan het vermogen te relateren. Of, in de woorden van Verheij: ‘(o)f men nu in een villa woont of huursubsidie ontvangt, dit betekent niet dat de slapeloze nachten, vermoeidheid en concentratieproblemen verschillen’.²⁵⁴

²⁵⁰ Zie bijv. Van den Broek 2002, p. 40-41 en Van der Schans 2007, p. 202-204, l.k.

²⁵¹ Vgl. Tjepkema 2010, p. 302: ‘Het onderscheid tussen immateriële en materiële schade is bij aantasting (...) niet altijd even duidelijk te maken’.

²⁵² Zie PG Boek 6, p. 379, HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55, r.o. 3.3.1 (*Burger/Brouwer Motors*; m.nt. Jac. Hijma), Hijma in zijn noot onder het arrest, onder 4 en HR 5 november 2008, NJ 2010, 579, r.o. 3.4 e.v. (*Pollen/Linssen Yachts*; m.nt. Jac. Hijma). Zie over deze materie Lindenbergh 2008a, nr. 43.

²⁵³ Zie vooral Van den Broek 2002, p. 40-41, zie ook voetnoot 96.

²⁵⁴ Verheij 2002, nr. 282.

Nu duidelijk is dat aantasting van het gebruiksgenot (ook) in het planschaderecht kan leiden tot permanente en tijdelijke vermogensschade en ‘ander nadeel’, ga ik hieronder nader in op de vergoedbaarheid van deze verschillende typen schade.

3.4.3 De vergoedbaarheid van verminderd gebruiksgenot

3.4.3.1 Blijvend verminderd gebruiksgenot

Blijvend verminderd gebruiksgenot komt in het privaatrecht voor vergoeding in aanmerking ex artikel 6:96 lid 1 BW; blijvend verminderd gebruiksgenot moet, in de terminologie van het BW, gezien worden als geleden verlies en/of gederfde winst. In het planschaderecht komt blijvend verminderd gebruiksgenot voor tegemoetkoming in aanmerking ex artikel 6.1 lid 1 Wro; blijvend verminderd gebruiksgenot leidt tot een vermindering van de waarde van een onroerende zaak.

3.4.3.2 Tijdelijk verminderd gebruiksgenot, vermogensschade

Ook *tijdelijk* verminderd gebruiksgenot wordt in zowel het privaatrecht als het planschaderecht aangemerkt als vermogensschade. In het privaatrecht kwam deze schadesoort (weer)²⁵⁵ voor het voetlicht dankzij het arrest *Pollen/Linssen Yachts*. In het arrest *Burger/Brouwer Motors* oordeelt de Hoge Raad dat in het geval kosten, die zijn gemaakt ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel, hun doel missen, deze kosten moeten worden aangemerkt als vermogensschade en dat deze in beginsel geheel vergoed moeten worden. Men bedenke dat het in de kwestie *Burger/Brouwer Motors* handelt om een blijvend verloren gegaan plezier (deelname aan een rally). In de kwestie *Pollen/Linssen Yachts* handelt het om een tijdelijke vermindering van het gebruiksgenot van een jacht; zestien maanden lang kon de eigenaar niet zo hard en zo ver varen als hij eigenlijk zou willen. Daarbij is hij het jacht, vanwege reparatiewerkzaamheden, enige tijd kwijt geweest. De Hoge Raad oordeelt:

‘In zo'n geval kan bij de begroting van de door de koper door gemis van onstoffelijk voordeel geleden vermogensschade niet zonder meer, zoals Pollen in deze zaak heeft verlangd, als uitgangspunt gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op het totaal van de uitgaven die de koper heeft gedaan (met inbegrip van waardevermindering die het jacht ten gevolge van veroudering in die periode heeft ondergaan en rentederving) teneinde het voor de betreffende periode beoogde onstoffelijke voordeel te verkrijgen, reeds omdat niet kan worden gezegd dat dat voordeel hem geheel is ontgaan, en die uitgaven hun doel geheel hebben gemist.’²⁵⁶

Kosten ter verkrijging van onstoffelijk voordeel moeten voor een aanzienlijk deel hun doel hebben gemist, willen ze voor vergoeding in aanmerking komen. Er moet, anders gezegd, sprake zijn van een zekere ernst, wil tijdelijk verminderd gebruiksgenot in de zin van vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen.²⁵⁷ In zekere zin is de ernst-drempel die de Hoge Raad opwerpt te vergelijken met de drempel van het normaal maatschappelijk risico, die onder het oude planschaderecht werd opgeworpen, althans bij de vraag of tijdelijk verminderd woongenot recht gaf op een tegemoetkoming.²⁵⁸ In het maatschappelijk verkeer bezorgen mensen elkaar nu eenmaal enige (over)last en die (over)last moet tot op zekere hoogte ‘geslikt’ worden. Of, om met Van Wijmen te spreken: ‘(h)et is het soort nadeel, hinder dat

²⁵⁵ Zie eerder m.n. Bloembergen 1965, nr. 51 e.v.

²⁵⁶ HR 5 november 2008, NJ 2010, 579, r.o. 3.6 (*Pollen/Linssen Yachts*; m.nt. Jac. Hijma).

²⁵⁷ Over deze ernst-drempel nader de conclusie van A-G Wuisman voorafgaande aan HR 5 november 2008, NJ 2010, 579 (*Pollen/Linssen Yachts*; m.nt. Jac. Hijma), onder 2.6-2.8.

²⁵⁸ Zie Van den Broek 2002, p. 43-44, zie ook p. 55.

allen ondervinden als gevolg van bevolkingsdichtheid, bevrediging van bepaalde behoeften en wensen en technologische ontwikkeling.²⁵⁹

Daar houdt het wat betreft overeenkomsten tussen de ernst-drempel van de Hoge Raad en de drempel van het normaal maatschappelijk risico op. Uit het arrest *Pollen/Linssen* maak ik op dat tijdelijk verminderd gebruiksgenot geheel voor vergoeding in aanmerking kan komen, als het genot – hoewel ‘slechts’ tijdelijk – voor een aanzienlijk deel verloren is gegaan. Deze uitleg sluit ook aan bij de praktijk, waarin tijdelijk verminderd genot van onroerende zaken tot een vergoeding van (een deel van) de huurprijs kan leiden – de hoogte van de vergoeding hangt uiteraard af van de hoogte van de schade –, ook wanneer geen sprake is van huur, maar van koop. Wanneer de schade als voldoende ernstig wordt aangemerkt, komt deze geheel voor vergoeding in aanmerking. Onder de oude WRO kwam alleen het gedeelte van de schade voor vergoeding in aanmerking, dat uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. Onder de nieuwe Wro komt tijdelijk verminderd gebruiksgenot, anders dan onder de oude WRO,²⁶⁰ niet voor vergoeding in aanmerking, zeggend omdat de tijdelijke vermindering het normaal maatschappelijk risico niet zou overstijgen.

3.4.3.3 Tijdelijk verminderd gebruiksgenot; ruimte binnen artikel 6:106 BW

Zoals gezegd kan tijdelijk verminderd gebruiksgenot heel goed ook ‘ander nadeel’ veroorzaken. ‘Ander nadeel’ komt niet snel voor vergoeding in aanmerking; er moet sprake zijn van een zekere ernst, wil er recht bestaan op een vergoeding. In het navolgende wil ik bezien of, en zo ja wanneer, er sprake kan zijn van vergoedbaar ‘ander nadeel’ ex artikel 6:106 BW bij tijdelijk verminderd gebruiksgenot. (Want, zoals hierboven duidelijk is gemaakt, komt ‘ander nadeel’ ex artikel 6.1 Wro niet voor vergoeding in aanmerking.) Ik concentreer me op tijdelijk verminderd woongenot, ten behoeve van de te maken vergelijking met het planschaderecht.

Tijdelijk verminderd woongenot is lastig in de categorieën ‘lichamelijk letsel’ of ‘schending van eer of goede naam’ onder te brengen. De categorie die wellicht ruimte biedt is ‘aantasting op andere wijze’ – waaronder ook ‘geestelijk letsel’ valt –, welke categorie, zoals gezegd, ook een recht op vergoeding biedt wanneer een fundamenteel (mensen)recht is geschonden.²⁶¹ Voor wat het tijdelijk verminderd woongenot betreft denk ik hierbij aan (de schending van) het recht op privacy *casu quo* ‘de persoonlijke levenssfeer’ en dan met name aan het recht dat hieruit voortvloeit: de ‘eerbiediging van de woning’, zoals gecodificeerd in onder meer artikel 8 EVRM.

De Hoge Raad heeft zich (slechts) eenmaal uitgelaten over een inbreuk op de ‘eerbiediging van de woning’ en wel in een tamelijk extreem geval. De casus is kortweg de volgende. Een woning wordt in de nacht van 30 op 31 december tot drie keer toe belaagd door een groep jongeren. De bewoners vragen de politie telefonisch ten minste vijf keer, ten eerste rond

²⁵⁹ Van Wijmen 1978, p. 176, r.k.-177, l.k.

²⁶⁰ Zie evenwel de nieuwe rechtspraak op artikel 49 WRO (oud). Uitvoeringsschade kan volgens de nieuwe rechtspraak niet worden aangemerkt als gevolg van een planwijziging. Zie over de koerswijziging de noot van Van den Broek onder ABRvS 21 oktober 2010, TBR 2010, 115 (*Tijdelijke overlast Gulpen-Wittem*) en Van Ravels 2010b, p. 249 (ook voor verdere verwijzingen).

²⁶¹ Vgl. Van der Schans, die schrijft: ‘Bij ‘ander nadeel’ moet men, zo blijkt uit art. 6:106 BW, denken aan aantasting van de gedupeerde in zijn persoon. Wil de aantasting van het woongenot in deze categorie vallen, dan moet sprake zijn van een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, al dan niet vergezeld van psychisch of fysiek letsel. Voldoet de aantasting van het woongenot niet aan deze kwalificatie, dan kan de daaruit voortvloeiende schade *alleen worden aangemerkt als vermogensschade*. Is deze schade tijdelijk van aard, dan is sprake van tijdelijke vermogensschade in de vorm van tijdelijk verlies van het genot waarop men als huurder of eigenaar van een onroerende zaak aanspraak kan maken’ (Van der Schans 2004, p. 14, r.k., mijn cursivering, WD). Op het gecursiveerde stukje na ben ik het met Van der Schans eens.

21:50, om hulp en bescherming. De ME komt om ongeveer 02:30 aan om orde op zaken stellen. De rechtbank overweegt:

‘Er is naar het oordeel van de rechtbank in dit geval sprake geweest van een aantasting van de persoonlijke levenssfeer van X. c.s. Het recht op eerbiediging van bedoelde persoonlijke levenssfeer en met name de woning is neergelegd in art. 10 en 12 van de Grondwet en art. 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens. Dat recht is een van de meest fundamentele rechten van de burger in zijn verhouding tot de overheid en het bepaalt mede de inhoud van het persoonlijkheidsrecht in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.’²⁶²

De Hoge Raad stemt in met het oordeel van de rechtbank.²⁶³ Dit biedt mogelijkheden om tot vergoedbaarheid van tijdelijk verminderd woongenot te komen via artikel 6:162 en artikel 6:106 BW.²⁶⁴ Hierbij moet bedacht worden dat artikel 6:106 BW ook gebruikt kan worden – en: gebruikt wordt – om in de pas te (blijven) lopen met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het lijkt me bijvoorbeeld niet heel waarschijnlijk dat de burgerlijke rechter zonder artikel 6 EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof op dit artikel een recht op een vergoeding ex artikel 6:106 BW zou hebben toegekend aan een burger die hinder heeft ondervonden van een talmende overheid.²⁶⁵ Ik denk dat gezegd kan worden dat de rek die in artikel 6:106 BW, zit mede wordt bepaald door de rechtspraak van het Europees Hof. Om zicht te krijgen op de reikwijdte van artikel 8 EVRM noem ik hier (kort) enige rechtspraak op dit artikel, die betrekking heeft op tijdelijk verminderd woongenot.

Artikel 8 lid 1 EVRM luidt als volgt:

‘Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.’

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens achtte een inbreuk op de ‘eerbiediging van de woning’ onder meer aanwezig in het geval van ‘enige geluidsoverlast’ van vliegtuigen die gedurende de zomermaanden overvliegen,²⁶⁶ hinder van een afvalverwerkingsfabriek – ‘severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health’ –,²⁶⁷ het (door derden) dumpen van karrenvrachten mest voor de deur en onder de ramen,²⁶⁸ slapeloosheid, veroorzaakt door het uitgaansleven²⁶⁹ en (geluids)overlast – 24 uur per dag, zeven dagen per week, vier jaar lang – veroorzaakt door bezoekers van een computerclub (‘(t)he club’s clients, mostly teenagers and young adults, often gathered in front of the building, chatting loudly and shouting, drinking alcohol, and smoking cigarettes and allegedly even narcotic drugs. They would often break the door of the building and enter the passageway, where they drank and smoked. The noise and the vi-

²⁶² R.o. 4.7 van het vonnis van de rechtbank, opgenomen in *NJ* 2005, 391.

²⁶³ HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 (*Groninger oudejaarsrellen*; m.nt. J.B.M. Vranken). Zie r.o. 3.11: ‘Op grond van de aard en de ernst van deze nalatigheid, die naar het kennelijke oordeel van de rechtbank leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning, heeft zij kunnen oordelen dat van aantasting van de persoon van X. en zijn echtgenote sprake is geweest’.

²⁶⁴ Zie voor een verkenning van de vergoedbaarheid van ‘hinder’ via artikel 6:106 BW Verheij 2002, nr. 238, 276 en 282, met verwijzingen naar (lagere) rechtspraak.

²⁶⁵ Hierover Dijkshoorn in zijn noot onder Hof Den Haag 24 februari 2009, *JA* 2009, 67, onder 2.2.

²⁶⁶ EHRM 21 februari 1990, appl.no. 9310/81, § 40 (*Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*).

²⁶⁷ EHRM 9 december 1994, appl.no. 16798/90, § 51 (*López Ostra/Spanje*).

²⁶⁸ EHRM 20 april 2004, appl.no. 48995/99, § 50 e.v. (*Surugiu/Roemenië*).

²⁶⁹ EHRM 16 november 2004, appl.no. 4143/02, § 54 (*Moreno Gómez/Spanje*). Het Hof beschouwt deze uitspraak zelf als een standaarduitspraak, zie bijv. EHRM 8 augustus 2006, appl.no. 34494/97, § 26 (*H.M./Turkije*).

brations generated by them, both while inside the club and while entering or leaving the premises, could be clearly heard and felt’).²⁷⁰

De rechtspraak van het Europees Hof over de schending van artikel 8 EVRM is, net als de rechtspraak van de Hoge Raad over de ‘aantasting op andere wijze’, nogal casuïstisch van aard en het is lastig om in te schatten welke schadegevallen er (volgens het Hof) nog meer recht geven op een vergoeding van ‘ander nadeel’ ex artikel 8 (juncto artikel 13) EVRM. Om in de pas te blijven met het Europees Hof, zal de burgerlijke rechter evenwel in zaken met een vergelijkbare strekking als de hierboven (kort) aangehaalde zaken (zeer waarschijnlijk) een recht op vergoeding ex artikel 6:106 (juncto artikel 6:162) BW aannemen. Doet hij dit namelijk niet, dan zal het Europees Hof – als het zover komt – een schending van het EVRM constateren.

3.4.3.4 Normatief oordeel

De vraag die tot dusver onbesproken is gebleven, maar wel bespreking behoeft, is de volgende: is het *wenselijk* dat tijdelijk verminderd woongenot voor vergoeding in aanmerking komt? Het is goed mogelijk dat de wetgever er – ondanks zijn opmerking dat het schadevergoedingsrecht in de Wro materieel niet afwijkt van artikel 49 WRO (oud) en zijn opmerking dat tijdelijk verminderd woongenot het normaal maatschappelijk risico nooit overstijgt – voor gekozen heeft tijdelijk verminderd woongenot niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen met het oog op (eventuele) claims en de maatschappelijke consequenties hiervan. Deze gedachte is (bij mijn weten) nergens uitgesproken. Mocht dit evenwel toch de gedachte achter de keuze van de wetgever zijn – kosten besparen is een van de drijfveren geweest om het planschaderecht ingrijpend te herzien –,²⁷¹ dan lijkt ze me ongegrond; hoewel resultaten uit het verleden geen garantie voor de toekomst bieden, is de Afdeling bestuursrechtspraak in het verleden zelden gekomen tot het toekennen van een vergoeding voor tijdelijk verminderd woongenot.²⁷² (Geheel overigens is het de vraag of een reële angst voor (veel) claims redengevend zou mogen zijn voor het niet voor vergoeding in aanmerking kunnen laten komen van bepaalde schade.) Als ik het goed zie, zijn er in elk geval geen principiële bezwaren om tijdelijk verminderd woongenot niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen.²⁷³

Daarbij meen ik dat het categorisch uitsluiten van een vergoeding van tijdelijk verminderd woongenot – of deze nu als vermogensschade of als ‘ander nadeel’ moet worden aangemerkt – onwenselijk is. Ten eerste omdat, het is eerder gezegd, tijdelijk verminderd woongenot het normaal maatschappelijk risico kan overstijgen (denk aan maandenlange geluidsoverlast en trillingshinder). De opmerking van de wetgever dat tijdelijk verminderd woongenot het normaal maatschappelijk risico nooit overstijgt moet, gelet op de Afdelingsrechtspraak, als onjuist worden bestempeld.

Een tweede reden houdt verband met een eventuele schending van het EVRM, met name artikel 8 EVRM. Ik maak uit de rechtspraak van het Europees Hof op artikel 8 EVRM – zoals

²⁷⁰ EHRM 25 november 2010, nr. 43449/02 en nr. 21475/04, § 13, zie ook § 97 (*Mileva e.a./Bulgarije*).

²⁷¹ Zie de brief van de toenmalige Minister van VROM, Pronk, onder het kopje ‘Toename planschadeclaims’ gepubliceerd in *BR* 1999-8 (p. 665-667). Zie voorts *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 61.

²⁷² Van Buuren 2008, p. 138, l.k. schrijft: ‘Nu zijn er *niet veel* voorbeelden van geslaagde verzoeken om vergoeding van planschade in verband met tijdelijke storing van woongenot bekend, maar ze bestaan wel’ (mijn cursivering, WD). Vgl. Smeehuijzen, die (in een heel ander verband) schrijft: ‘Dat het steeds of ook maar in de meerderheid van de gevallen misgaat is (...) geen vereiste om tot gedachtevorming te komen over de civielrechtelijke sanctie, net zo min als nodig is dat het wegdek vol gaten zit om over de aansprakelijkheid van de wegbeheerder te denken. Waar het om gaat is dat het probleem zich voordoet’ (Smeehuijzen 2009, p. 329, l.k.).

²⁷³ In gelijke zin ten aanzien van ‘ander nadeel’ Tjepkema 2010, p. 301.

kort besproken onder 3.4.3.3 – op dat het niet voor vergoeding in aanmerking laten komen van tijdelijk verminderd woongenot strijd kan opleveren met het EVRM.

Tegen deze punten kan worden ingebracht dat met de burger ex artikel 4:126 Awb burgemeester en wethouders kan vragen om nadeelcompensatie. (Dit zou uiteraard niet mogelijk zijn als de wetgever terecht zou hebben opgemerkt dat tijdelijk verminderd woongenot het normaal maatschappelijk risico nooit overstijgt.) Problematisch is, dat de burger tegen een besluit ex artikel 4:126 Awb geen beroep kan instellen volgens artikel 8:2a lid 1 Awb, omdat de processuele connexiteit ontbreekt. Wanneer een burger zowel blijvende als tijdelijke genotsderving ondervindt vanwege de wijziging van een planologisch regime, zal hij zowel een verzoek tot vergoeding van de blijvende schade moeten indienen op grond van artikel 6.1 Wro als een verzoek tot vergoeding van de tijdelijke schade moeten indienen op grond van artikel 4:126 Awb. Verder zal de burger vanwege het vereiste van de processuele connexiteit (artikel 8:2a Awb) bij een voor hem negatief besluit op bezwaar een civiele procedure moeten opstarten om zijn tijdelijke schade vergoed te krijgen. Het moeten doorlopen van twee procedures om schade vergoed te krijgen die (welbeschouwd) door één en dezelfde maatregel wordt veroorzaakt, jaagt de burger onnodig op extra kosten (denk aan de relatief hoge kosten van een civiele procedure, maar ook aan de leges van ten hoogste € 500,- die de burger twee keer verschuldigd is, zie artikel 6.4 Wro en artikel 4:128 Awb).

Van Ettekoven, Van Ravels en Tjepkema merken terecht op dat het moeten doorlopen van twee procedures ‘voor de meeste burgers en ondernemers te veel van het goede is’ en dat het vereiste van processuele connexiteit moet worden gekwalificeerd ‘als een beperking van de toegang tot de rechter, die een *effective remedy* als bedoeld in art. 13 EVRM in de weg staat dan wel ernstig bemoeilijkt’.²⁷⁴ Het planschaderecht zou in lijn moeten worden gebracht met het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, en wel zo dat het de burger die tijdelijk gebruiksgenot (van betekenis) derft, de mogelijkheid biedt deze schade vergoed te krijgen.

3.4.4 De vergoedbaarheid van kosten ter (voorkoming of) beperking van schade

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht komen kosten ter beperking of voorkoming van schade voor vergoeding in aanmerking als er een causaal verband tussen het schadebeperkend handelen van de schadelijgende en het schadetoebrengend handelen van de schade-toebrengende bestaat – de schadelijgende moet de (schadebeperkende) handelingen hebben verricht om zijn schade te beperken – en als de kosten zowel naar aard als naar omvang redelijk zijn.

In de planschaderechtspraak is uitgemaakt dat de kosten ter beperking van planschade niet snel voor vergoeding in aanmerking komen, namelijk slechts indien en voor zover de genomen maatregelen de schade *daadwerkelijk* beperken en de kosten van de schadebeperkende maatregelen *niet hoger* zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als niet schadebeperkend was gehandeld.

Anders dan onder het planschaderecht hoeven de door de schadelijgende genomen maatregelen in het privaatrecht geen effect te sorteren in die zin dat de schade werkelijk beperkt wordt. Verder kan het zijn dat de kosten van de schadebeperkende maatregelen hoger uitvallen dan de schade. Hiermee is niet gezegd dat deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen. De vraag is of de schadelijgende vooraf, dus voordat hij de schadebeperkende maatregelen trof, redelijkerwijs kon verwachten dat de kosten de schade zouden overtreffen. Moet deze vraag ontkennend beantwoord worden, dan komen de kosten voor vergoeding in aanmerking.

Sprekend voor de privaatrechtelijke benadering is de volgende omschrijving van Bloembergen: ‘Het is onmiddellijk evident en dan ook algemeen aanvaard, dat de kosten, die de bena-

²⁷⁴ Van Ettekoven, Van Ravels & Tjepkema 2011, p. 66, l.k.

deelde maakte ter voorkoming of beperking van de schade, ten laste moeten komen van de dader'.²⁷⁵ Dit laatste woord, 'dader', illustreert duidelijk het verschil tussen privaatrecht en planschaderecht. In het privaatrecht is er een 'dader', iemand die een fout begaat, en een 'slachtoffer', iemand die door de fout van de 'dader' schade lijdt. Van het slachtoffer wordt niet snel verwacht dat hij actie onderneemt om de schade te beperken. En wanneer hij wel actie onderneemt wordt niet snel aangenomen dat de kosten die hij maakt, niet voor vergoeding in aanmerking komen.

Het planschaderecht kent geen daders en ook geen slachtoffers. Er is een overheid die vanuit het algemeen belang (in beginsel) rechtmatige handelingen verricht en er zijn burgers die hiervan nadeel ondervinden. De benadering van de vergoedbaarheid van kosten ter beperking van planschade – twee nogal strenge voorwaarden – vloeit hier naar mijn idee logischerwijs uit voort; de overheid is slechts gehouden die schade te vergoeden die het normaal maatschappelijk risico overstijgt, dus waarom zou ze de extra kosten die de burger maakt – kosten waarmee de burger denkt zijn schade te beperken, maar waarmee hij feitelijk zijn schade vergroot – moeten vergoeden? De overheid is alleen gehouden de kosten te vergoeden als ze werkelijk 'goedkoper' uit is door het handelen van de burger.

Mogelijk komt de vraag op waarom ik wel pleit voor de vergoedbaarheid van tijdelijk verminderd woongenot en niet voor een soepelere benadering van kosten ter voorkoming of beperking van planschade. De reden hiervoor is dat de eerstgenoemde schadepost het normaal maatschappelijk risico kan overstijgen en de tweede, voor zover deze de initiële vergoedingsplicht van de overheid overstijgt, niet; het tweede type schade brengt de burger, voor zover deze de initiële vergoedingsplicht van de overheid overstijgt, aan zichzelf toe.

3.4.5 De vergoedbaarheid van deskundigenkosten

De wijze waarop het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht de vergoedbaarheid van deskundigenkosten benaderen verschilt, in elk geval op het eerste gezicht. In het planschaderecht worden de deskundigenkosten benaderd als 'bijkomende kosten'; als aan de schadelijgende een tegemoetkoming voor planschade wordt toegekend, heeft deze in principe ook recht op een vergoeding van de deskundigenkosten. In principe: hij heeft geen recht op een vergoeding als hij een deskundige inschakelt nog voordat de door burgemeester en wethouders ingeschakelde deskundige zijn advies heeft uitgebracht. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht ligt dat anders. In het arrest *Bravenboer/London* heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat deskundigenkosten op grond van artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW als een zelfstandige schadepost gezien moet worden.²⁷⁶ Dat betekent dat deze kosten voor vergoeding in aanmerking (kunnen) komen, ook als (nog) niet vaststaat of het normschendend handelen zelf schade heeft veroorzaakt.

Het verschil in benadering van de deskundigenkosten laat zich eenvoudig verklaren. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht staat steeds een normschending centraal. Degene die bijvoorbeeld een onrechtmatige daad heeft begaan, is ertoe gehouden alle schade die voortvloeit uit deze onrechtmatige daad (financieel gezien) ongedaan te maken. Onder dit ongedaan maken valt ook het vergoeden van deskundigenkosten; degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld, zou deze kosten immers niet hebben hoeven maken als jegens hem niet onrechtmatig was gehandeld. Het uitgangspunt in het planschaderecht is dat planschade in principe niet vergoed hoeft te worden. Slechts wanneer de planschade het normaal maatschappelijk risico overstijgt, bestaat er een aanspraak (op een tegemoetkoming). Als burgemeester en wethouders niet aansprakelijk kunnen worden gehouden, heeft de burger geen recht op een planschadevergoeding en dus ook niet op een vergoeding voor gemaakte deskundigenkosten. Immers, is er geen aansprakelijkheidsgrond, dan bestaat er ook geen vergoedingsplicht. Dit

²⁷⁵ Bloembergen 1965, nr. 280.

²⁷⁶ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50, r.o. 3.5.6 (*Bravenboer/London*; m.nt. J.B.M. Vranken).

alles laat uiteraard onverlet dat het voor de burger lastig kan zijn om in te schatten óf hij aanspraak kan maken op een tegemoetkoming.

Ten aanzien van de kosten van de juridische deskundige – de advocaat – die door de schadelijgende wordt ingeschakeld, geldt in het planschaderecht dat deze vergoed worden, voor zover redelijk naar aard en omvang, als de schadelijgende recht blijkt te hebben op een tegemoetkoming. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht ligt dat even anders. Advocaatkosten die de schadelijgende maakt, komen volledig voor vergoeding in aanmerking voor zover deze naar aard en omvang redelijk zijn, als het niet tot een juridische procedure komt. Komt het wel tot een juridische procedure, dan komt slechts een gedeelte van de kosten van rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking. Dit verschil is goed te verklaren en ook te billijken; in het privaatrecht leidt een juridische procedure, anders dan in het planschaderecht, vaak tot een gedeeltelijke toe- of afwijzing en kan op voorhand niet steeds goed worden ingeschat welke partij in haar recht staat. Het volledig vergoeden van proceskosten wordt in de privaatrechtelijke literatuur dan ook gezien als een mogelijke belemmering van de toegang tot de rechter. In het planschaderecht speelt mogelijk precies het tegenovergestelde: wanneer slechts een gedeelte van de proceskosten voor vergoeding in aanmerking zou komen, dan zou dit er weleens toe kunnen leiden dat burgers hun aanspraak op planschadevergoeding niet verzilveren.

3.5 Conclusie

De hoofdvraag die in dit boek centraal staat, luidt: kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht? Ik kom nu tot de beantwoording van deze hoofdvraag ten aanzien van het deelonderzoek naar typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen.

Voor wat betreft de duiding van de verschillende soorten schade zitten het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en het planschaderecht nagenoeg op één lijn. In het planschaderecht wordt reeds onderscheid gemaakt tussen vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade. Blijvend verminderd woongenot leidt tot vermogensschade. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in het verleden erkend dat deze blijvende vermindering ook ‘ander nadeel’ kan veroorzaken, maar dat dit nadeel niet zelfstandig voor vergoeding in aanmerking komt. Tijdelijk verminderd woongenot wordt in de planschadeliteratuur vrijwel steeds en in de rechtspraak steeds aangemerkt als vermogensschade, omdat deze vermindering het vermogen direct raakt: de schadelijgende heeft zijn onroerende zaak aangeschaft om er gebruiksgenot van te hebben en dit genot is tijdelijk (deels) onmogelijk. Met name Van den Broek en Van der Schans hebben in de planschadeliteratuur onder de aandacht gebracht dat tijdelijk verminderd woongenot ook ‘ander nadeel’ kan veroorzaken.

Ten aanzien van het type schade inkomensderving zitten het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht op één lijn; beide schadevergoedingsstelsels kennen bij inkomensderving de schadelijgende een recht op vergoeding (dan wel tegemoetkoming) toe.

Blijvend verminderd woongenot komt onder de Wro voor tegemoetkoming in aanmerking. Met tijdelijk verminderd woongenot ligt dit anders. Deze schadesoort is in artikel 6.1 Wro niet opgenomen. Ik denk dat het privaatrecht hier iets te bieden heeft. In het arrest *Pollen/Linssen* heeft de Hoge Raad aangegeven dat tijdelijke genotsderving, bestaande uit vermogensschade, van een zekere ernst moet zijn, wil er een recht op vergoeding bestaan. Ook in de rechtspraak op artikel 6:106 BW wordt een ernst-drempel gehanteerd. Een drempel maakt het mogelijk onderscheid te maken tussen serieuze en minder serieuze claims en daarmee maakt hij maatwerk mogelijk. Daarbij lijken er geen principiële bezwaren te bestaan om deze schade niet voor vergoeding in aanmerking te laten te komen. Onder het oude planschaderecht hanteerde de Afdeling ook een ernst-drempel, middels het criterium van het normaal maatschappelijk risico. Onder het nieuwe planschaderecht komt tijdelijk verminderd woongenot in

het geheel niet voor vergoeding in aanmerking, omdat deze schade in het geheel tot het normaal maatschappelijk risico gerekend moet worden, aldus de wetgever. En dat terwijl de rechtspraak van de Afdeling onder het oude planschaderecht meermaals heeft laten zien dat schade, bestaande uit tijdelijk verminderd woongenot, zeer wel het normaal maatschappelijk risico kan overstijgen. Ik meen dat artikel 6.1 Wro zo moet worden aangepast dat tijdelijk verminderd woongenot (van een zekere ernst) voor vergoeding in aanmerking komt.

Ten aanzien van de vergoedbaarheid van de kosten die de schadelijgende maakt om schade te voorkomen of te beperken, heeft het privaatrecht het planschaderecht niets te bieden. De strenge voorwaarden die de Afdeling bestuursrechtspraak stelt aan de vergoedbaarheid van deze kosten, zijn goed te verklaren vanuit het idee dat de overheid slechts is gehouden die schade te vergoeden die het normaal maatschappelijk risico overstijgt.

De onderzoeksvraag moet voor wat het de vergoedbaarheid van deskundigenkosten betreft ontkennend worden beantwoord. Sinds 1998 hanteert de Afdeling bestuursrechtspraak de dubbele redelijkheidstoets – de kosten moeten naar hun aard en omvang redelijk zijn –, die eerder ook al door de burgerlijke rechter gehanteerd werd. Daarbij geldt in het planschaderecht, evenals in het burgerlijk recht, dat er een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis moet hebben plaatsgevonden, wil er recht bestaan op een vergoeding van de gemaakte deskundigenkosten. Hier heeft het privaatrecht niets toe te voegen. Ook ten aanzien van de vergoedbaarheid van de advocatenkosten – de kosten van rechtsbijstand – heeft het privaatrecht niets aan het planschaderecht toe te voegen; het planschaderecht is hier voor de schadelijgende vriendelijker dan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, omdat ervoor gewaakt moet worden dat de schadelijgende burger niet wordt ontmoedigd om zijn aanspraak op planschadevergoeding te verzilveren.

4. Causaal verband

4.1 Inleiding

Het uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is dat eenieder zijn eigen schade draagt.²⁷⁷ Hoewel er veel uitzonderingen op deze ‘regel’ zijn, is het nog altijd de schadelijgende die een grond moet aandragen wanneer hij wil dat een ander en niet hijzelf voor de door hem geleden schade opdraait.²⁷⁸ Zonder een aansprakelijkheidsgrond blijft de schade waar zij valt.²⁷⁹ Is er een aansprakelijkheidsgrond – bijvoorbeeld artikel 6:74 BW of artikel 6.1 Wro –, dan is het

²⁷⁷ Zie hierover (bijv.) Hartlief 1997b en Sieburgh 2000, p. 5-6 en 14 e.v.

²⁷⁸ Zie hierover Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 4 e.v.

²⁷⁹ Hartlief schrijft: ‘Het ‘beginsel’ dat ieder zijn eigen schade draagt, is niet meer dan een tautologie, een natuurlijk uitgangspunt. De schade ligt waar zij valt’ (Hartlief 1997a, p. 129).

niet steeds eenvoudig om vast te stellen welke schade precies is veroorzaakt door het handelen van de aangesprokene.

Wanneer A *als gevolg van* een wanprestatie van B schade lijdt, kan A deze schade op B verhalen (artikel 6:74 BW). Stel nu dat advocaat B te laat hoger beroep instelt voor zijn cliënt A. Laatstgenoemde heeft hiermee de kans verloren om bij het hof (alsnog) gelijk te krijgen. Welke schade lijdt A nu als gevolg van B's toerekenbaar tekortschieten? Moet een deel van de claim van A aan de tekortschietende B worden toegerekend?

Wanneer A *als gevolg van* de wijziging van een bestemmingsplan inkomen derft, kan A aanspraak maken op een tegemoetkoming in zijn schade (artikel 6.1 lid 1 Wro). Stel dat de bestemmingswijziging de komst van een winkelcentrum mogelijk maakt en dat dit winkelcentrum ervoor zorgt dat de winkel van A voor het publiek minder goed zichtbaar en minder goed te bereiken is. En stel dat met de bestemmingswijziging ook A's concurrenten B en C zich in de buurt hebben gevestigd (ze betrekken namelijk allebei een bedrijfsruimte in het winkelcentrum). Welke inkomensschade wordt dan door de planwijziging veroorzaakt?

Een vraag die (in elk geval in het privaatrecht) volgt op: 'welke schade *is veroorzaakt* door de aangesprokene?', is: 'welke schade *moet* aan de aangesprokene *worden toegerekend*?'. In dit hoofdstuk staat centraal hoe het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en het planschaderecht omgaan met causaliteitsvragen, zowel die van feitelijke als die van normatieve aard. Eerst wordt aandacht besteed aan het privaatrecht (§ 4.2) en dan aan het planschaderecht (§ 4.3). In § 4.4 kom ik tot een vergelijking. Hierbij worden ook eventuele punten ter verbetering van het planschaderecht (ontleend aan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht) betrokken. In § 4.5 kom ik tot de beantwoording van de vraag die in dit boek centraal staat: kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

4.2 Causaal verband in het privaatrecht

4.2.1 De twee-fasentoets

De vaststelling van causaal verband geschiedt in het privaatrecht in het algemeen in twee fasen.²⁸⁰ De eerste fase is die van het *condicio-sine-qua-nonverband*.²⁸¹ *Condicio sine qua non* kan vrij worden vertaald met 'voorwaarde zonder welke het gevolg niet zou zijn ingetreden'.²⁸² Het *condicio-sine-qua-non*criterium is zelf een weinig onderscheidend criterium; in principe is elke handeling terug te voeren op bijvoorbeeld (de normschending van) Adam en Eva.²⁸³ Nieuwenhuis schrijft:

²⁸⁰ Dat is althans de heersende opvatting (zie Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 50; Klaassen 2007, nr. 18). Van Dunné is een andere mening toegedaan (zie Van Dunné 2004b, p. 399 e.v. Zie vooral niet p. 383-384, waar nog wordt opmerkt dat het 'dogmatische onderscheid (...) terecht door de meeste auteurs onderhand (is) verlaten. (...) Het bepleite onderscheid lijkt mij een stuipreuking van de AQT-visie te zijn; in de recente rechtspraak is geen steun voor de tweedeling te vinden').

²⁸¹ Zie HR 9 april 2004, NJ 2004, 308, r.o. 3.4.2 (*Fibromyalgie*; m.nt. W.D.H. Asser), waarin de Hoge Raad opmerkt dat 'van 'zodanig verband' als bedoeld in art. 6:98 BW eerst sprake kan zijn, indien is voldaan aan de eis van het *condicio sine qua non-verband*' en HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, r.o. 4.4 (*Baby Kelly*; m.nt. J.B.M. Vranken) waarin de Hoge Raad overweegt dat (d)e door de verloskundige gemaakte fout (...) wel degelijk in het door de artikelen 6:74 BW (met betrekking tot de vordering van de moeder) en 6:162 BW (met betrekking tot de vordering van de vader) vereiste *condicio sine qua non-verband* tot de schade (staat) die de ouders lijden door de geboorte van hun gehandicapte kind'.

²⁸² Het is *condicio* (voorwaarde) en niet *conditio*; *conditio* betekent 'het innemen van peulvruchten'. Zie hierover Nieuwenhuis 2008, p. 41, voetnoot 1.

²⁸³ Zie vooral Buruma 2008, p. 222-223.

‘Zonder beperkingen van buitenaf is de *sine qua non* test de bron van een oeverloos uitdijende kring van “zuiver logische” gevolgen. Het onrechtmatige besluit van Caesar om Gallië aan te vallen, en daarover vervolgens een boek te schrijven, staat in zuiver logisch, *sine qua non*, verband met het mislukken, ruim tweeduizend jaar later, van de loopbaanplannen van D, omdat deze bij gelegenheid van zijn schoolexamen niet erin slaagde een correcte vertaling te leveren van de zinsnede: *horum omnium fortissimi sunt Belgae*’.²⁸⁴

De condicio-sine-qua-nontoets dient er toe de logisch irrelevante omstandigheden uit te sluiten, om met Hartkamp te spreken,²⁸⁵ en heeft zo een corrigerende functie – de condicio-sine-qua-nonreeks begint immers pas bij een normschending. Nieuwenhuis’ voorbeeld laat echter duidelijk zien dat sommige *rechtstreekse* oorzaken zo ver van de schade verwijderd zijn dat het *onredelijk* is deze als schadeveroorzakend aan te merken.

Er zijn ook gevallen denkbaar waarin er wel een *directe* oorzaak is aan te wijzen, maar het *niet redelijk* is aan deze oorzaak de (gehele) schade toe te rekenen. Een voorbeeld ter verduidelijking: het arrest *Haagse Post*.

In het opinieweekblad *Haagse Post* verschijnt een open brief met daarin bewust onjuiste, negatieve informatie over een bepaald bedrijf. In dezelfde editie van *Haagse Post* staat tevens een artikel waarin de inhoud van de open brief wordt onderschreven en verder wordt uitgewerkt. De lezer wordt verteld dat later meer noviteiten over het betreffende bedrijf openbaar zullen worden gemaakt. Verder wordt flink reclame gemaakt voor de editie van *Haagse Post* waarin de open brief is gepubliceerd. Veel aandeelhouders verkopen hun aandelen met als gevolg dat de aandelen in waarde dalen. Dan komt uit dat de informatie die in *Haagse Post* is verschenen onjuist is en de waarde van de aandelen stijgt tot deze weer bijna evenveel waard zijn als voor de publicatie van de open brief. Een van de voormalig aandeelhouders wil dat de brieven-schrijvers zijn schade – hij heeft zijn aandelen tegen een lage prijs verkocht – vergoeden. Wanneer nu de *directe* oorzaak als schadeoorzaak wordt aangemerkt, blijft de voormalig aandeelhouder met zijn schade zitten; hij heeft er immers zélf voor gekozen zijn aandelen te verkopen.²⁸⁶ Er is een condicio-sine-qua-nonverband tussen zijn handelen en het intreden van de schade, maar is het ook redelijk om hem met de schade te laten zitten?

Het condicio-sine-qua-nonverband heeft geen andere dan een afbakeningsfunctie.²⁸⁷ In sommige gevallen wordt (zelfs) voorbijgegaan aan het condicio-sine-qua-nonverband, bijvoorbeeld wanneer het *onmogelijk* is vast te stellen welk handelen precies de oorzaak is van de schade – vandaar mijn opmerking hierboven dat de vaststelling van causaal verband *in het algemeen* in twee fasen geschiedt. Een aardig voorbeeld hiervan is het arrest *Des-dochters*. Eiseressen zijn verminkt ter wereld gekomen omdat hun moeders tijdens de zwangerschap het middel Des hebben geslikt. Dat middel werd overigens voorgeschreven ter voorkoming van vroeggeboorte. Het condicio-sine-qua-nonverband tussen de verminkingen en het slikken van Des staat vast. Wat niet vaststaat is welke producent welke schade precies heeft veroorzaakt; Des werd vervaardigd door meerdere producenten en de moeders konden niet meer aantonen

²⁸⁴ Nieuwenhuis 2002, p. 1700-1701.

²⁸⁵ Hartkamp 2004, nr. 425.

²⁸⁶ De rechtbank en P-G Noyon stellen zich op dit standpunt. Zie HR 3 februari 1927, *NJ* 1927, 636, p. 637, l.k.-638, l.k. (*Haagse Post*; m.nt. E.M. Meijers).

²⁸⁷ Gezegd kan worden dat het condicio-sine-qua-nonvereiste een processuele functie heeft. Het komt er kortweg op neer dat de eiser – ex artikel 150 Rv – te bewijzen heeft dat er een causaal verband bestaat tussen het handelen van de gedaagde en de schade. In artikel 150 Rv is verder te lezen dat uit ‘enige bijzondere regel’ of uit ‘eisen van redelijkheid en billijkheid’ een andere bewijslastverdeling kan voortvloeien. Een uitgebreide behandeling van deze materie valt buiten het bestek van dit onderzoek. Ik volsta op deze plaats met een verwijzing naar Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 76.

welk merk Des-tabletten ze precies geslikt hadden. Toch neemt de Hoge Raad causaal verband aan; hij acht alle producenten hoofdelijk aansprakelijk.²⁸⁸

Het *condicio-sine-qua-non* verband is bij de vaststelling van het causaal verband dus weliswaar doorgaans een eerst te nemen horde, maar niet steeds een (beslissend) vereiste.²⁸⁹ Er is een tweede vereiste, dat wel (en: steeds) van doorslaggevend belang is: de schade moet redelijkerwijs kunnen worden toegerekend aan het (schadeveroorzakend) handelen van de schade-toebrengende.²⁹⁰ Hieronder ga ik nader in op dit tweede vereiste.

4.2.2 De leer van de redelijke toerekening

4.2.2.1 Achtergronden

Om een duidelijk beeld te krijgen van de leer van de redelijke toerekening is het goed te bezien hoe deze is ontstaan. De leer moet worden afgezet tegen zijn voorganger, de adequatietheorie, die begin twintigste eeuw werd geïntroduceerd in het (Nederlandse)²⁹¹ privaatrecht,²⁹² in 1927 door de Hoge Raad werd aanvaard in het arrest *Haagse Post* en hierna vrijwel onafgebroken door hem is toegepast tot 1970.²⁹³ Bij de adequatietheorie staat de voorzienbaarheid van de schade centraal;²⁹⁴ de vraag is steeds of de laedens de door hem veroorzaakte schade redelijkerwijs had kunnen voorzien.²⁹⁵ In *Haagse Post* formuleerde de Hoge Raad het aldus:

‘dat toch onder de door eischer gestelde omstandigheden de schade, geleden tengevolge van den verkoop van de aandelen tijdens de tijdelijke daling van den beurskoers, het rechtstreeksch en onmiddellijk gevolg is van de handeling, welke die tijdelijke daling in het leven riep, niet alleen dan wanneer de verkoop noodzakelijk was, maar tevens wanneer de verkoop,

²⁸⁸ HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 535, r.o. 3.7.1-3.8 (*Des-dochters*; m.nt. C.J.H. Brunner). Zie voor meer uitzonderingen op de regel: Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 79 en 86 e.v. Gezegd kan worden dat ‘de uitzondering de regel bevestigt’. Van Dunné is de mening toegedaan dat er te veel uitzonderingen zijn op de regel en dat daarom het *condicio-sine-qua-non* vereiste géén vereiste meer is. ‘(A)ls er ‘onmiddellijk en dadelijk’ verband is, zoveel te beter. Maar men hoeft er niet naar te zoeken’, aldus Van Dunné 2004b, p. 385.

²⁸⁹ Zie ook Jac. Hijma in zijn noot onder HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 (*Burger/Brouwer Motors*), onder 3: ‘De *condicio*-toets wordt waar hij knelt vaker genegeerd’.

²⁹⁰ ‘Uiteindelijk is bepalend of de schade in redelijkheid aan de hiervoor aansprakelijk gestelde persoon is toe te rekenen in de zin van art. 6:98 BW. Dit impliceert tweeërlei: enerzijds is met een positief antwoord op de *csqn*-toets het causaal verband niet per definitie gegeven en anderzijds is met een negatieve uitkomst van de *csqn*-toets niet per definitie gegeven dat causaal verband ontbreekt’, aldus Klaassen 2007, nr. 18.

²⁹¹ Zij werd in Duitsland ontwikkeld (Von Kries 1888, p. 179-240).

²⁹² De theorie is door Simons en Scholten uit Duitsland geïmporteerd (zie Simons 1902, p. 6-92 en Scholten 1902, p. 265-312 en 414-467). Voordat de adequatietheorie werd geïntroduceerd, werd alleen de leer van *condicio sine qua non* toegepast; de Hoge Raad hanteerde het vereiste van een *onmiddellijk* en *dadelijk* gevolg (zie bijv. HR 2 februari 1912, W 1912, 9319, p. 1, r.k. (*Hoorn/Stoombootdienst Margaretha*; m.nt. E.M. Meijers) of *directe* oorzaak (HR 27 januari 1928, NJ 1928, 417, p. 418, l.k. (*Teunissen/Nieuwveld*; m.nt. P. Scholten), welk vereiste verrassend veel lijkt op het vereiste van het *rechtstreeks* gevolg dat de Afdeling bestuursrechtspraak pleegt te hanteren (waarover meer hieronder, onder 4.3). Evenzo Tjepkema 2010, p. 325-326.

²⁹³ Zie HR 27 januari 1928, NJ 1928, 417, p. 418, l.k. (*Teunissen/Nieuwveld*; m.nt. P. Scholten) voor een uitzondering op de regel.

²⁹⁴ De Hoge Raad hanteerde verschillende varianten van de adequatietheorie die grofweg hierop neerkomen, zie over deze varianten Köster 1963, p. 8-9.

²⁹⁵ De voorzienbaarheid in de adequatietheorie wordt dus anders ingevuld dan de voorzienbaarheid als onderdeel van het normaal maatschappelijk risico, zoals we dat in het bestuursrecht kennen. De voorzienbaarheid waarop in het bestuursrecht wordt gedoeld is niet die van de schadeveroorzakende, maar die van de schadelijgende partij (zie hierover Van Ravels 2005, p. 12 e.v.).

ofschoon vrijwillig geschied, *het redelijkerwijze te verwachten gevolg* was van de gepleegde handeling' (mijn cursivering, WD).²⁹⁶

In de literatuur was men niet bepaald tevreden met de adequatietheorie. Het grootste bezwaar dat rechtsgeleerd Nederland had – en overigens nog steeds heeft – is dat de theorie onderscheidend vermogen mist.²⁹⁷ De adequatietheorie verleidde de rechter ertoe de meest onmogelijke gevolgen als voorzienbaar aan te merken.²⁹⁸ Nieuwenhuis verwoordt het als volgt:

‘Werd aansprakelijkheid redelijk geoordeeld op andere gronden dan de voorzienbaarheid van de schade dan kregen zelfs de meest onwaarschijnlijke gevolgen het certificaat ‘voorzienbaar’. Een en ander leidde tot een versluiering van de werkelijke argumenten die aan de beslissing omtrent de aansprakelijkheid ten grondslag lagen’.²⁹⁹

Juist deze ‘versluiering van de werkelijke argumenten’ was voor Köster aanleiding een nieuwe causaliteitstheorie te ontwikkelen.³⁰⁰ In 1962 lanceerde hij zijn ‘toerekening naar redelijkheid’, die de adequatietheorie zou moeten vervangen. ‘Dit lijkt een vluchten naar een vage, en op zichzelf inhoudsloze, algemene formule’, geeft Köster alvast toe aan de mogelijke tegenstanders,³⁰¹ maar, zo vervolgt hij, ‘(...) de rechtsontwikkeling bewijst dat op vele gebieden scherp omliggende regels, waarmede bevredigend kan worden gewerkt, niet langer bereikbaar zijn. Een algemene regel omtrent “redelijke toerekening” verschaft aan rechtspraak en wetenschap een reële mogelijkheid om schadegevallen en de schadefactoren in te delen in categorieën, waartussen kan worden gedifferentieerd door het uitwerken van aan iedere categorie aangepaste regels’.³⁰²

De leer van de redelijke toerekening maakt het de rechter mogelijk ieder geval op zijn eigen merites te beoordelen en zo met een pasklare oplossing voor elk geval te komen. Köster meent dan ook dat zijn theorie ‘(...) de rechter (...) vrijheid van beslissing (laat), doch (...) de mogelijkheid en ook de plicht (schept), om te motiveren waarom hij t.a.v. bepaalde schadegebeurtenissen of schade-categorieën een bepaalde wijze van toerekening redelijk acht. Langs deze weg kunnen uit de telkens weer nieuwe schadegevallen en categorieën van schadegevallen nadere regels worden opgebouwd, en de rechter zal niet (...) worden belemmerd “om

²⁹⁶ HR 3 februari 1927, NJ 1927, 636, p. 638, r.k.-639, l.k. (*Haagse Post*, m.nt. E.M. Meijers).

²⁹⁷ Zie voor een overzicht Van Dunné 2004b, p. 371-379; Hartkamp & Sieburgh 2009, m.n. nr. 55.

²⁹⁸ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 1963, NJ 1963, 401, p. 974, r.k. (*Schoondorp/De Centrale Werkgevers Risico Bank*). Het hof overweegt ‘dat het van algemene bekendheid is, dat van de aan het verkeer als wielrijder deelnemende personen, een zij het gering, doch daarom niet te verwaarlozen, aantal minder valide is; dat voorts voorzienbaar is, dat van de aan het verkeer deelnemende fietsers – zowel valide als minder valide – een aanmerkelijk aantal bij een – zelfs lichte – aanrijding ten val zal komen en dat een aantal hunner, dat bij de minder valide waarschijnlijk hoger zal liggen dan bij de valide, die val niet goed zal kunnen opvangen waaraan bij minder validen de bij hen bestaande mindere validiteit debet kan zijn; dat derhalve, nu een breuk van een der benen, i.e. een breuk van de dijbeenhals, als redelijkerwijs te verwachten gevolg van een ongelukkige val niet uitgesloten te achten is, de in de grief genoemde omstandigheden aan het causaal verband tussen de onr. daad en het opgelopen letsel niet in de weg staat’. Zie hierover Visser 't Hooft 1968, p. 407-408. Zie voor meer voorbeelden Van Schellen 1972, p. 90 e.v.

²⁹⁹ Nieuwenhuis 1982, p. 480, r.k. Vgl. Bloembergen 1965, nr. 126.

³⁰⁰ Köster zelf baseerde zijn theorie overigens op gedachten van Rutten en Drion (Köster 1963, voetnoot 36).

³⁰¹ Hoewel Köster hier alvast wat gras voor de voeten van de mogelijke tegenstanders wegmaait, wordt de grasmaaier later nog herhaaldelijk over hetzelfde plekje bewogen. Zo schrijft bijvoorbeeld Schut: ‘Dit systeem (is het nog wel een “systeem”?) komt er dus op neer, dat het aan het (nagenoeg) vrije inzicht van de rechter wordt overgelaten de omvang van de vergoedingsplicht te bepalen, als eenmaal het feit van de aansprakelijkheid vaststaat. Een dergelijk “open” stelsel zal, vrees ik, in gesanctioneerde willekeur ontaarden’ (Schut 1963, p. 95). Vgl. Molengraaff 1887, p. 393.

³⁰² Köster 1963, p. 14.

openlijk uit te komen voor wat hij eigenlijk doet”³⁰³. De redelijkheid zélf biedt de rechtspraak geen houvast.³⁰⁴ De kracht van de leer van de redelijke toerekening zit hem in de argumentatie; de open norm moet door de rechter worden ingevuld en de rechter moet zijn invulling verantwoorden.³⁰⁵

In het arrest *Waterwingebied* gaat de Hoge Raad ‘om’ en aanvaardt hij de leer van de redelijke toerekening.³⁰⁶ In casu gaat het om een vrachtautocombinatie die bij een ongeluk zo’n zevenduizend liter gasolie verliest in een waterwingebied. Juist omdat de vrachtwagencombinatie in een waterwingebied is verongelukt, is de schade omvangrijker dan wanneer hij buiten een waterwingebied zou zijn verongelukt. De vraag die aan de Hoge Raad ter beantwoording voorlag, was of de schade die door het ongeval was ontstaan, voor rekening van het transportbedrijf komt. Vanuit de adequatieleer geredeneerd is het vrijwel ondenkbaar dat het transportbedrijf voor de schade moet opdraaien. De Hoge Raad gooit het over een andere boeg. Hij overweegt:

‘dat de gronden, welke het Hof voor het wél aannemen van een zodanig verband heeft aangevoerd, hierop neerkomen, dat in Nederland de grond o.m. fungeert als opslagplaats voor water voor de drinkwatervoorziening, en dat dan ook, in geval van een massaal uitstromen van olie over de grond door het verongelukken van een vrachtautocombinatie waarmee olietanks worden vervoerd, schade ter zake van de waterwinning hier te lande niet een zo uitzonderlijke vorm van schade t.g.v. een dergelijk ongeluk is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet – als veroorzaakt door dat ongeluk – ten laste zou mogen worden gebracht van degenen, die krachtens de wet de aanspr. voor de gevolgen van het ongeluk draagt. (...) (D)oor aldus te beslissen (heeft het Hof) niet blijk (...) gegeven van een onjuiste rechtsopvatting’.³⁰⁷

De Hoge Raad overweegt voorts ‘dat het Hof, uitgaande van de eerder genoemde gronden voor zijn beslissing, geen aandacht behoeft te besteden aan de vraag of de bestuurder van de vrachtautocombinatie wist of behoorde te weten, dat zich ter plaatse van het ongeval een waterwingebied bevond’.³⁰⁸ In arresten van later datum – met name *Neurotische depressie*, *De aangereden hartpatiënt* en *Rijksweg 12* – bevestigt de Hoge Raad zijn nieuwe koers.³⁰⁹

In 1992 is de leer van de redelijke toerekening gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek.³¹⁰ In artikel 6:98 BW staat het volgende:

³⁰³ Köster 1963, p. 15.

³⁰⁴ Brunner merkt op dat de formule van de redelijke toerekening ‘(o)p zichzelf beschouwd (...) tenminste evenzeer die van een toeverformule (is), (...) een lege formule. In feite is zij nog toeverachtiger en nog leger. De adequatieleer lijkt immers een nadere uitwerking van de leer van de redelijke toerekening te zijn: het is redelijk aan iemand toe te rekenen wat naar ervaringsregelen als gevolg van zijn gedraging kon worden verwacht’ (Brunner 1981a, p. 211, r.k.).

³⁰⁵ Zie ook Bloembergen 1965, nr. 127.

³⁰⁶ Uiteraard was niet direct duidelijk welke kant de Hoge Raad precies op wilde (zie hierover Hartkamp 2004, nr. 430). Wel direct duidelijk was dát hij een nieuwe koers koos (zie de noot van Scholten onder *Waterwingebied* (HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251), p. 704, l.k.). Anders Van Dunné 2004b, p. 381-382, die het, op zijn Cruijffs gezegd, achteraf al lang zag aankomen (zie ook de voetnoten op deze pagina’s).

³⁰⁷ HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251, p. 703, l.k. (*Waterwingebied*; m.nt. G.J. Scholten).

³⁰⁸ HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251, p. 703, l.k. (*Waterwingebied*; m.nt. G.J. Scholten).

³⁰⁹ HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360, p. 1144 (*Neurotische depressie*; m.nt. G.J. Scholten), HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372, p. 1126, l.k. (*De aangereden hartpatiënt*; m.nt. G.J. Scholten) en HR 19 december 1975, NJ 1976, 280, p. 815 (*Rijksweg 12*; m.nt. G.J. Scholten). Zie voor een eerste bespreking van de ontwikkeling in de toerekeningsjurisprudentie Nuis 1981, p. 149-154 en p. 165-170.

³¹⁰ Anders Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009, p. 43, r.k. (‘In het burgerlijk recht is bij de toepassing van dit artikel de leer van de toerekening naar redelijkheid de geldende causaliteitsleer’).

‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend’.

Opvallend is dat in het artikel niet wordt gerept over de redelijkheid. In de Memorie van Toelichting is te lezen dat ‘(e)en uitdrukkelijke verwijzing naar de redelijkheid (...) achterwege (is) gelaten, teneinde niet te suggereren als zou het hier gaan om een discretionaire bevoegdheid van de rechter, waarbij hij aan geen andere maatstaf dan de redelijkheid gebonden zou zijn’.³¹¹ Aldus wordt – in de geest van Köster – de motivering als kern van de toerekening naar redelijkheid gekozen. Hieronder zet ik uiteen hoe de leer van de redelijke toerekening vorm heeft gekregen in het privaatrecht.³¹²

4.2.2.2 Factoren die een rol (kunnen) spelen bij de toerekening van schade

Nadat de rechter heeft stilgestaan bij het *condicio-sine-qua-non* verband – dat hierboven, onder 4.2.1 aan de orde kwam, beziet hij of de schade ook redelijkerwijs toegerekend kan worden aan het schadeveroorzakend handelen.³¹³ Zoals we hierboven hebben gezien, is met zowel de ontwikkeling als de invoering van de leer van de redelijke toerekening geenszins bedoeld de rechter een ‘volkomen vrijbrief’ te geven.³¹⁴ Integendeel, zou ik willen zeggen; Köster heeft de leer geïntroduceerd om de rechter te dwingen zich te verantwoorden voor zijn beslissing.³¹⁵

De leer ‘verschafft aan rechtspraak en wetenschap een reële mogelijkheid de schadegevallen en de schadefactoren in te delen in categorieën, waartussen kan worden gedifferentieerd door het uitwerken van aan iedere categorie aangepaste regels’, aldus Köster.³¹⁶ Zelf noemt hij ‘met name de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (...), de aard van de schade, de graad van waarschijnlijkheid waarmee het ontstaan van de schade viel te verwachten’³¹⁷ (...) en de onevenredig zware last, welke voor de aangesproken partij, mede gelet op de financiële positie van de benadeelde, uit de schadevergoedingsverplichting kan voortvloeien’.³¹⁸ Bij de ‘aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust’ moet men denken aan bijvoorbeeld aansprakelijkheid uit rechtmatige of uit onrechtmatige daad, wettelijke of contractuele aansprakelijkheid en schuld- of risicoaansprakelijkheid.³¹⁹ Voorbeelden

³¹¹ PG Boek 6, p. 345.

³¹² Voor een (algemeen) overzicht van literatuur Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 27.

³¹³ Dit hangt blijkens de formulering van artikel 6:98 BW wel af van de stellingen van de gedaagde.

³¹⁴ De typering is van Van der Grinten die met deze ‘volkomen vrijbrief’ overigens wel vrede kan hebben, omdat ‘(v)ragen omtrent de juridische causaliteit (...) onvoldoende (zijn) uitgekristalliseerd om door de wetgever tot een bevredigende oplossing te worden gebracht’ (W.C.L. van der Grinten 1976, p. 1193).

³¹⁵ Men bedenke dat het begrip redelijkheid refereert aan de rede en dus aan argumentatie. Redelijkheid is niet hetzelfde als billijkheid, welke zich naar haar aard moeilijk met argumenten laat staven. Vgl. PG Boek 6, p. 64: ‘men zou kunnen zeggen dat bij de ‘redelijkheid’ het hoofd is betrokken en bij de ‘billijkheid’ het hart’. Zie nader Rijken 1994, nr. 3.

³¹⁶ Köster 1963, p. 14.

³¹⁷ De ‘oude’ adequatie-leer is zo een onderdeel van de ‘nieuwe’ leer van de redelijke toerekening. Zie hierover Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 69 e.v. Anders Van Schellen, die meent dat de adequatiethoorie geheel heeft afgedaan (aanvankelijk voorzichtig, zie Van Schellen 1972, hfdst. IV (m.n. p. 143-144), maar later fel, zie Van Schellen 1985, nr.45 e.v.). Van Dunné ziet ‘geen noodzaak om zo in tegenstellingen te denken en het begrip voorzienbaarheid in de ban te doen’. Hij schrijft dat de voorzienbaarheid van de schade ‘de toerekening slechts eenvoudiger (maakt), omdat het op zich reeds redelijk is, in beginsel, om de dader voorzienbare schadelijke gevolgen van zijn handeling toe te rekenen. Bij onvoorziene gevolgen wordt het in de regel pas spannend, in de causaliteit’ (Van Dunné 2004b, p. 385).

³¹⁸ Köster 1963, p. 14.

³¹⁹ Mendel 2003 komt terecht op tegen het gebruik van begrippen als ‘de aard van de overeenkomst’ en ‘de aard van de rechtsregel’ zonder enige toelichting. In zijn optiek kunnen ook deze formuleringen

bij de categorie ‘aard van de schade’ zijn zaakschade, letselschade en zuivere vermogensschade. De overige categorieën spreken naar mijn idee voor zich.³²⁰

Bloembergen geeft als eerste gehoor aan Kösters ‘oproep’ om meer deelregels te ontwikkelen en somt de volgende (aanvullende)³²¹ factoren op: de normen van geschreven recht (‘Zo zal bij de vraag of belastingschade voor vergoeding in aanmerking komt de belastingwetgeving een rol spelen’), de heersende rechtsovertuiging en de in het verkeer geldende opvattingen, het vermogen om de schade te dragen³²² en de zin en strekking van de schadevergoeding in het algemeen (‘Zo zal bij de beantwoording van de vraag, of schade die het gevolg is van een zgn. renteneurose, voor vergoeding in aanmerking komt, stellig van veel betekenis zijn, dat de schadevergoeding niet moet strekken om een toestand welke schade teweegbrengt, te bestendigen’).³²³

Een derde rechtsgeleerde auteur die zich heeft gebogen over de ontwikkeling van deelregels, is Brunner. Tien jaar nadat de Hoge Raad de leer van de redelijke toerekening heeft aanvaard, publiceert hij een aantal deelregels die hij heeft gedistilleerd uit de rechtspraak van de Hoge Raad.³²⁴ De regels worden in de literatuur wel aangeduid als ‘de deelregels van Brunner’. In Brunners optiek heeft de Hoge Raad in de tien jaar na het arrest *Waterwingebied* de leer van de redelijke toerekening consequent toegepast en biedt zijn jurisprudentie handvatten ‘die het mogelijk maken in concrete gevallen uit te maken of een schade al dan niet moet worden toegerekend’.³²⁵ Brunners deelregels zijn de volgende:³²⁶

1. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Omgekeerd is toerekening minder aanvaardbaar naar mate het gevolg uitzonderlijker, abnormaler, minder waarschijnlijk is.
2. Naar mate het schadelijk gevolg minder ver verwijderd is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is toerekening eerder gerechtvaardigd.
3. De aard der aansprakelijkheid kan meebrengen, dat de schade ruim dan wel beperkt moet worden toegerekend.
- 3a. Voor iedere beschermingsnorm kan en moet worden vastgesteld of het doel waarmee zij in het leven is geroepen, toerekening van de in concreto gevorderde schade rechtvaardigt.
- 3b. Verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, rechtvaardigen een ruime toerekening van dood- en letselschade.

leiden tot een versluiering van werkelijke argumenten. Mendel maakt een vergelijking met de poëzie: ‘Wat doen dichters met ‘de aard’ van hun onderwerp? Neem bijvoorbeeld het bekende gedicht De Waterlelie van Frederik van Eeden. De dichter beperkt zich niet tot de vaststelling dat hij de waterlelie om haar aard liefheeft. Hij licht toe, motiveert, en geeft zo het gedicht zijn unieke zeggingskracht’ (p. 11).

³²⁰ Opgemerkt moet worden dat, in het geval er sprake is van een onevenredig zware last voor de aangesproken partij, de rechter (op het moment) de mogelijkheid heeft de schadevergoedingsplicht te matigen ex artikel 6:109 BW, zie hierover kort hiervoor § 2.2.4.

³²¹ Bloembergen noemt evenals Köster de graad van de waarschijnlijkheid, de aard van de schade en de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust – zij het dat Bloembergen de laatste factor aanvult met ‘de aard van de overtreden norm’ –, zie Bloembergen 1965, nr. 129-130.

³²² Bloembergen doelt hier op de draagkracht van de *individuele* schadeveroorzaker en niet op die van een *categorie* schadeveroorzakers, zie Bloembergen 1965, nr. 131, onder b.

³²³ Bloembergen 1965, nr. 129-130. Van Tilburg laat overigens zien dat men ten aanzien van de vergoeding van schade die ontstaat door renteneurose heel goed positie kan bepalen – zoals Bloembergen in het hiervoor aangehaalde citaat doet –, maar dat het in de praktijk vrij lastig is hieraan uitwerking te geven, omdat er tot dusver geen methoden zijn waarmee de stoornis kan worden vastgesteld (Van Tilburg 2008, p. 209-226).

³²⁴ Zie over de toerekeningsfactoren ook Schut 1978, p. 380-403.

³²⁵ Brunner 1981a, p. 213, r.k.

³²⁶ Zie Brunner 1981a, p. 213, r.k.-216, r.k.

- 3c. Aansprakelijkheid zonder schuld geeft in beginsel aanleiding tot een beperkte toerekening van schade; naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren zwaarder is, is ruimere toerekening van schade meer gerechtvaardigd.
4. Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven, en schade door vermogensverlies eerder dan derving van winst.

Van Schellen merkt over Brunners deelregels op dat ‘de oplossing in concreto problematisch wordt, als de relevante factoren in verschillende richtingen wijzen. Juist in lastige casusposities is dat het geval, en dan is het schema onhanteerbaar’.³²⁷ Brunner heeft met zijn deelregels echter geenszins bedoeld hapklare oplossingen te presenteren voor om het even welke casus.³²⁸ Brunner schrijft dat ‘(d)oor voor toerekening van schade meer factoren gelijktijdig van betekenis te achten, (...) een belangrijk verschil (bestaat) met causaliteitsleren die slechts één factor van belang achten. Leiden die laatste noodzakelijkerwijs tot een ja-neen oordeel voor de toerekening van schade, een “multi-factor-benadering”, een “systeem van meervoudige toetsing” leidt tot meer-minder oordelen voor ieder van de relevante factoren. (...) Aan de hand van het schema kan een afweging worden gemaakt, zonder dat daaruit steeds voortvloeit hoe die afweging moet uitvallen, indien de relevante factoren in verschillende richtingen wijzen’.³²⁹

Het is de taak van de rechter om uit de aan hem voorliggende casus de relevante factoren te filteren, deze op een weegschaal te leggen – Klaassen merkt op dat er in de concrete casus steeds een ‘common sense’ boven komt borrelen –³³⁰ en te motiveren waarom hij meent dat de balans naar een bepaalde kant moet doorslaan. Het is al gezegd, maar *bis repetita manent*: de kern van de leer van de redelijke toerekening is de motivering. Het is deze motivering die beslissingen beter controleerbaar maakt.³³¹ Wanneer men de (lagere) rechtspraak onder de loep neemt, is te zien dat de rechter prima uit de voeten kan met de ‘multifactorbenadering’.³³²

4.3 Causaal verband in het planschaderecht

³²⁷ Van Schellen 1985, nr. 39. Zie ook nr. 196 (‘de TNR zoals daar is weergegeven hinkt op twee gedachten en leidt tot oeverloos in- en uitpraten, waar voor éénzelfde casuspositie tegelijkertijd in twee verschillende richtingen wordt gewezen’). Van Schellen meent dat Brunner onderkent ‘dat de oplossing in concreto problematisch wordt’. Dit is niet het geval. Brunner merkt op dat ‘een afweging kan worden gemaakt, zonder dat daaruit steeds voortvloeit hoe de afweging moet uitvallen, indien de relevante factoren in verschillende richtingen wijzen. In de rechtspraak moet die afweging leiden tot min of meer handzame regels voor categorieën van gevallen en van schade. Zo zal de omvang van de aansprakelijkheid van ouders voor buiten hun schuld door kleine kinderen veroorzaakte schade, indien zij niet verzekerd zijn tegen wettelijke aansprakelijkheid in beginsel eng moeten worden genomen, ook al zijn zij (...) aansprakelijk’ (Brunner 1981b, p. 234, r.k.-235, l.k.). Van Schellen rukt Brunners opmerking uit haar context.

³²⁸ Van Schellen prefereert een eenduidige regel boven de factorenpotpourri van de redelijke toerekening. Hij presenteert een systeem dat hij zelf omschrijft als ‘het eenvoudigste dat sinds de Tweede Wereldoorlog verdedigd is’: ‘Voor vergoeding komt in aanmerking alle schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem naar redelijkheid als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend, hetgeen het geval is als de kans op de schade door die gebeurtenis is verhoogd’ (Van Schellen 1985, nr. 197). In Van Schellens optiek is er geen ander criterium van belang bij de toerekening naar redelijkheid dan ‘de verhoogde kans’. Deze visie op de toerekening naar redelijkheid is door ‘een haagse advocaat’ geparafraseerd als ‘afrekening naar volledigheid’ (Van Dunné 2004b, p. 386).

³²⁹ Brunner 1981b, p. 233, l.k. en 234, r.k.

³³⁰ Zie Klaassen 2007, nr. 43. Klaassen verwijst naar Visser ’t Hooft 1968, p. 384.

³³¹ Aldus – vrijwel letterlijk – Hartkamp en Sieburgh 2009, nr. 61. Zie ook nr. 83.

³³² Zie voor een uitwerking van factoren in rechtspraak (en literatuur): Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 28 e.v.

In artikel 6.1 Wro is te lezen dat schade *als gevolg van* een planologische maatregel onder bepaalde voorwaarden voor vergoeding (lees: tegemoetkoming) in aanmerking komt. Er moet derhalve een causaal verband bestaan tussen de maatregel en de schade wil de schade vergoedbaar zijn. De Kroon geeft in haar besluiten aangaande planschade – ex artikel 49 WRO (oud) –³³³ aan dat de werking van het bestemmingsplan ‘overheersend’, ‘rechtstreeks’ en ‘zo nauw zal moeten zijn, dat van schade ten gevolge van een bestemmingsplan kan worden gesproken’.³³⁴ Schenk merkt op dat ‘deze formulering (...) geen stap verder (brengt), omdat over de mate van overheersendheid [sic] en rechtstreeksheid niets gezegd wordt en ook niets gezegd kan worden’.³³⁵

De Afdeling geschillen volgt de uitleg van de Kroon; zij overweegt dat ‘uit de bewoordingen en ook uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 49 WRO moet worden afgeleid dat dit artikel ziet op schade die het rechtstreeks gevolg is van de bepalingen van het bestemmingsplan’.³³⁶ In 1991 lijkt de Afdeling geschillen ‘om’ te gaan. Ze overweegt in haar uitspraak *Mossel/Borne* dat ‘de zienswijze van verweerder niet aansluit bij de meer gebruikelijke, in brede kring aanvaarde praktijk waarbij de causaliteitsvraag onderdeel vormt van de vraag of de schade die men lijdt of zal lijden toerekenbaar is aan de schadeveroorzakende maatregel’.³³⁷ Met ‘de brede kring’ kan de Afdeling alleen de civilisten bedoelen en met de ‘praktijk’ wordt bedoeld op het toepassen van de leer van de toerekening naar redelijkheid.³³⁸

Van den Broek meent dat uit de uitspraak *Mossel/Borne* kan worden afgeleid dat de leer van de redelijke toerekening de heersende causaliteitsleer is in het planschaderecht.³³⁹ Zij merkt (wel) op dat ‘(i)n de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (...) nauwelijks andere uitspraken te vinden (zijn) waarin de leer van de redelijke toerekening *expliciet* wordt toegepast’ (haar cursivering).³⁴⁰ Deze omschrijving van de planschadejurisprudentie beschouw ik als een eufemisme; in planschade-uitspraken van later datum is de leer van de redelijke toerekening niet één keer (expliciet) toegepast, niet door de Afdeling geschillen en ook niet door haar opvolgster, de Afdeling bestuursrechtspraak.³⁴¹

Aan Van den Broeks zijde is ook Van Ravels te vinden. Van Ravels kan zich goed vinden in de huidige invulling van het causaal verband. Hij vindt de eis die de Afdeling aanlegt ‘een strenge eis, die (...) mede wordt gemotiveerd door de factoren die (ook) van belang zijn in het kader van de toepassing van art. 6:98 BW (de redelijke toerekening)’ en hij vervolgt:

‘Deze eis van een rechtstreeks causaal verband wordt mede gerechtvaardigd door het feit dat de planologische mutatie geschiedt met het oog op het algemeen belang, door het feit dat het gaat om schadevergoeding naar aanleiding van rechtmatige daad (de aard van de aansprakelijkheid) en de omstandigheid dat het in de regel niet om personenschade, of zaaksschade gaat, maar om zuivere vermogensschade (de aard van de schade)’.³⁴²

³³³ In artikel 49 WRO (oud) stond in plaats van ‘als gevolg van’ ‘ten gevolge van’.

³³⁴ KB 13 maart 1974, 42, *BR* 1974, 109, p. 620, l.k. (*Borsele*); KB 20 mei 1975, 37, *BR* 1975, 101, p. 542, l.k. (*Weert II*; m.nt. R.A. Mörzer Bruyns); KB 6 augustus 1975, 65, *BR* 1976, p. 160, p. 161, r.k. (*Berkel en Rodenrijs*). Zie over rechtspraak vóór het besluit *Borsele* Koeman 1974, p. 129 e.v. Zie voor (felle) kritiek op de conclusies die Koeman trekt uit de jurisprudentie G.J. de Groot 1982, p. 157 e.v.

³³⁵ Schenk 1977, p. 259, r.k. Bloembergen heeft de formulering van de Kroon als toverformule bestempeld (Bloembergen 1975, p. 642, r.k.).

³³⁶ AGRvS 29 december 1992, *BR* 1993, p. 909, p. 911, l.k. (*Planologische schaduwsschade Haarlem*).

³³⁷ AGRvS 31 oktober 1991, *AB* 1992, 269, p. 779, r.k. (*Mossel/Borne*; m.nt. P.J.J. van Buuren).

³³⁸ Aldus ook Van Buuren in zijn noot onder de uitspraak, onder 2.

³³⁹ Van den Broek 2002, p. 73.

³⁴⁰ Van den Broek 2002, p. 80.

³⁴¹ Vgl. Schueler 2005, p. 211.

³⁴² Van Ravels 2006, p. 261-262.

Van Ravels gaat voorbij aan het feit dat in de planschade-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de leer van de redelijke toerekening niets terug te vinden is. De Afdeling spreekt slechts over ofwel een ‘rechtstreeks gevolg’³⁴³ ofwel een ‘rechtstreeks verband’.³⁴⁴ Ten tweede gaat Van Ravels eraan voorbij dat het criterium dat de Afdeling bestuursrechtspraak hanteert, (op zichzelf) een non-criterium is. Welke schade is aan te merken als ‘rechtstreeks gevolg’ van een planologische maatregel? Wat is ‘rechtstreeks’? Wordt daarmee ‘direct’ bedoeld, in de zin van de laatste schakel in een *condicio-sine-qua-non* reeks?

Het komt mij voor dat er de nodige onduidelijkheid bestaat over (met name de invulling van) de leer van de redelijke toerekening.³⁴⁵ Waarom wordt in de planschadeliteratuur wel expliciet gesuggereerd dat het causaal verband in het planschaderecht wordt ingevuld aan de hand van de leer van de redelijke toerekening,³⁴⁶ terwijl even expliciet afstand wordt genomen van de consequenties die deze leer met zich brengt, namelijk dat, nádat wordt bezien of er sprake is van een *condicio-sine-qua-non* verband, nog een normatieve toetsing plaatsvindt en dat de uitkomst van deze normatieve toetsing in het rechterlijk oordeel wordt toegelicht?³⁴⁷

Naar mijn idee leest Van Ravels in de uitspraken van de Afdeling meer dan er staat. Wanneer de Afdeling – in een zaak die niet over planschade handelt – oordeelt dat schade redelijkerwijs moet worden toegerekend aan de intrekking van een vergunning en zij dat motiveert met: ‘De Afdeling is in dit geval niet gebleken van zodanige omstandigheden dat hier anders over zou moeten worden geoordeeld. Vergoeding van deze kosten kan dan ook niet worden afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband’,³⁴⁸ meent Van Ravels dat de Afdeling aansluiting zoekt bij de maatstaf van artikel 6:98 BW.³⁴⁹ Misschien dat Van Ravels zou willen dat de Afdeling aansluiting zoekt bij artikel 6:98 BW – en de wens is de vader van de gedachte –, uit de Afdelingsuitspraken zelf blijkt het evenwel niet.³⁵⁰ Daarmee is het causaliteitsoordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak op het moment moeilijk te beoordelen.

4.4 Vergelijking

4.4.1 Redelijk toerekenen in het planschaderecht en in het privaatrecht

Voordat de adequatietheorie in het privaatrecht werd geïntroduceerd, werd alleen de leer van *condicio sine qua non* toegepast; de burgerlijke rechter hanteerde het vereiste van een *onmiddellijk en dadelijk* gevolg³⁵¹ of *directe* oorzaak,³⁵² welk vereiste verrassend veel lijkt op het vereiste van het *rechtstreeks* gevolg dat de Afdeling bestuursrechtspraak pleegt te hanteren.³⁵³ In de planschadeliteratuur wordt (toch) gemeend dat de Afdeling de leer van de redelijke toe-

³⁴³ Bijv. ABRvS 26 april 2001, nr. 200003440/1, r.o. 2.3.

³⁴⁴ Bijv. ABRvS 24 december 2008, nr. 200801164/1, r.o. 2.10.

³⁴⁵ Vgl. Van Ettekoven & Schueler 2003, p. 165-166. Van Ettekoven en Schueler merken op dat in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep ‘het onderscheid tussen de *condicio sine qua non*-eis (...) en die van de (...) toerekening naar redelijkheid (...) niet of nauwelijks tot uitdrukking wordt gebracht’ (p. 165).

³⁴⁶ Zie ook vooral Van den Broek 2002, p. 80 e.v.

³⁴⁷ Dat het *condicio-sine-qua-non* verband (in elk geval) moet vaststaan spreekt eigenlijk vanzelf en is dan ook vaste rechtspraak. Zie bijv. ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252, r.o. 2.7.4-2.7.5.1 (*Hel-den*; m.nt. B.P.M. van Ravels); ABRvS 5 juli 2006, nr. 200507122/1, r.o. 2.6.

³⁴⁸ ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 251, r.o. 2.6 (*Causaal verband Wet milieubeheer*; m.nt. B.P.M. van Ravels).

³⁴⁹ Zie zijn noot onder ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 251 (*Causaal verband Wet milieubeheer*), onder 2.

³⁵⁰ Vgl. Tjepkema, die het volgende opmerkt: ‘Uit (...) uitspraken blijkt (...) niet van een specifieke bestuursrechtelijke causaliteitsleer op het gebied van de nadeelcompensatie’ (Tjepkema 2010, p. 316).

³⁵¹ Zie bijv. HR 2 februari 1912, W 1912, 9319, p. 1, r.k. (*Hoorn/Stoombootdienst Margaretha*; m.nt. E.M. Meijers).

³⁵² HR 27 januari 1928, NJ 1928, 417, p. 418, l.k. (*Teunissen/Nieuwveld*; m.nt. P. Scholten).

³⁵³ Enzo Tjepkema 2010, p. 325-326.

rekening toepast. Mocht de Afdeling zelf ook menen dat ze de leer van de redelijke toerekening toepast in planschadezaken, dan past ze die onjuist – althans, niet in overeenstemming met de gedachte achter deze leer – toe. Het idee van Köster was namelijk dat de rechter in zijn uitspraak verantwoording zou moeten afleggen van de door hem gemaakte (normatieve) keuzes. De kracht van de leer van de redelijke toerekening zit hem in de argumentatie; de open norm moet door de rechter worden ingevuld en de rechter moet zijn invulling verantwoorden.³⁵⁴ Zonder verantwoording van de normatieve keuzes ten aanzien van de invulling van het causaal verband in de rechterlijke uitspraak kan niet met recht gezegd worden dat de leer van de redelijke toerekening de geldende causaliteitsleer is.

4.4.2 De toegevoegde waarde van de leer van de redelijke toerekening: een casus

De vraag is of de leer van de redelijke toerekening – als ze (op een juiste wijze) wordt toegepast – kan bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht. Ik meen dat deze vraag bevestigend beantwoord moet worden. Laat me dit demonstreren aan de hand van een casus, ontleend aan een Afdelingsuitspraak.³⁵⁵

4.4.2.1 Kate's Het Eiland Mannen- en Vrouwenmode

Kate is eigenaresse van kledingzaak Het Eiland Mannen- en Vrouwenmode aan het Raadhuisplein, een groot plein in het centrum van het dorp Stol. Op enig moment wordt het bestemmingsplan 'Centrum' in die zin gewijzigd, dat het mogelijk wordt op de plek waar het plein ligt een groot overdekt winkelcentrum te realiseren. Het winkelcentrum komt daarmee pal naast Kate's kledingzaak. Het ontwerp voor het winkelcentrum ligt er al. Er komen onder meer twee kledingzaken in het winkelcentrum: Sawyer's Menswear, welke zaak zich op mannenmode richt, en Dr. Jack, welke zaak zich, net als Kate's zaak, richt op de wat hippere mannen- en vrouwenkleding. De bouw van het winkelcentrum verloopt redelijk voorspoedig; binnen twee jaar is het gerealiseerd.

In die twee jaar heeft Kate het heel moeilijk. Haar zaak ligt geruime tijd direct naast een bouwput, die haar zaak feitelijk afscheidt van de rest van het centrum. Als mensen haar zaak willen bezoeken, moeten ze een eind omlopen. Vóór de realisatie van het winkelcentrum was aan 'Kate's zijde' van de bouwput elke donderdag markt. Veel mensen die de markt bezochten, kwamen ook even bij Kate binnen. Op de donderdagen draaide Kate een omzet die soms zelfs die van de zaterdag – voor de meeste winkeliers in Stol de topdagen wat betreft verkoopcijfers – overtrof. Vanwege de bouwwerkzaamheden besloot de gemeente de weekmarkt te verplaatsen naar een ander gedeelte van het centrum. Na de realisatie van het winkelcentrum komt de markt niet terug naar de oude stek, maar blijft op de nieuwe.

Om haar klanten na alle bouwwerkzaamheden terug te winnen, besluit Kate tot een grootschalige reclamecampagne: er worden reclamefolders verspreid en er verschijnen reclameteksten, soms vergezeld van kortingscoupons, in huis-aan-huisbladen. Met name de kortingscoupons leiden tot een toename van klantenbezoek. De meeste klanten bezoeken Het Eiland evenwel eenmalig; ze leveren de coupon in en halen hierna hun kleding weer bij ofwel Sawyer's Menswear ofwel Dr. Jack. Navraag leert dat deze zaken een groter assortiment hebben – ze zitten dan ook in aanmerkelijk grotere bedrijfsruimten – en de kleding bij Dr. Jack is een stuk goedkoper dan die bij Kate. Dit laatste heeft ermee van doen dat Dr. Jack een goede deal heeft met kledingdistributeur Dharma.

Na drie jaar verlies te hebben gedraaid – naast de tegenvallende verkoopcijfers heeft Kate veel geïnvesteerd in reclame; klanten die een coupon inleverden kochten hun kleding tegen

³⁵⁴ Zie ook Bloembergen 1965, nr. 127.

³⁵⁵ ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 (*Helden*; m.nt. B.P.M. van Ravels). Omschrijvingen die in de hoofdttekst volgen, zijn soms woordelijk overgenomen uit voornoemde uitspraak.

inkoopprijs – dient Kate een verzoek tot tegemoetkoming in planschade in.³⁵⁶ Ze stelt planschade, in elk geval bestaand uit inkomensderving, te hebben geleden ten gevolge van zowel de planologische wijziging die de komst van het winkelcentrum mogelijk maakt, als de werkzaamheden in verband met de bouw van het winkelcentrum.

4.4.2.2 Uitwerking van de casus volgens de huidige Afdelingsjurisprudentie

In deze paragraaf bezie ik of en zo ja, in hoeverre Kate volgens de huidige Afdelingsjurisprudentie recht heeft op een tegemoetkoming in de door haar geleden schade.

Allereerst moet gekeken worden of er een (mogelijke) schadeoorzaak, als bedoeld in artikel 6.1 lid 1 juncto lid 2 Wro, aan te wijzen is. De (mogelijke) schadeoorzaak in de casus is het gewijzigde bestemmingsplan ‘Centrum’ (artikel 6.1 lid 1 juncto lid 2, aanhef en onder a, Wro). Waar het oude bestemmingsplan voorzag in een ruim opgezet dorpsplein (bestemming: ‘verblijfsgebied’), voorziet het nieuwe plan in de mogelijkheid een winkelcentrum te realiseren. Deze wijziging leidt (mogelijk) tot vermindering van de waarde van het pand waarin Kate’s zaak gevestigd is. Immers, het object van Kate is – als het winkelcentrum eenmaal gerealiseerd is –³⁵⁷ verminderd zichtbaar voor de klanten en levert daardoor aan ‘attentiewaarde’ in. Deze schade komt, voor zover deze het normaal maatschappelijk risico overstijgt, voor tegemoetkoming in aanmerking.

De bouwput sluit Kate’s kledingzaak feitelijk af van het dorpscentrum, waardoor klanten de wijk nemen. Het is vaste Afdelingsrechtspraak dat uitvoeringsschade voor vergoeding – dat zal nu zijn: tegemoetkoming – in aanmerking kan komen, omdat het nieuwe bestemmingsplan ‘een overheersende werking’ heeft (gehad) op het ontstaan van de schade.³⁵⁸

Als de markt niet door de gemeente was verplaatst, had deze Kate waarschijnlijk nog aan klanten kunnen helpen. Het besluit de markt te verplaatsen is evenwel een besluit dat op zich staat en moet daarmee ‘naar het oordeel van de Afdeling worden onderscheiden als de directe oorzaak van de gestelde schade’.³⁵⁹ Kate zou, wil zij een tegemoetkoming ontvangen in de

³⁵⁶ Ik ga ervan uit dat het bestemmingsplan onherroepelijk is geworden (zie ABRvS 17 juli 2002, *BR* 2003, 330 (*Egmond*; m.nt. J.W. van Zundert onder *BR* 2003, 331). Andere dan causale kwesties laat ik, in elk geval in de hoofdtekst, rusten.

³⁵⁷ Er moet een vergelijking worden gemaakt tussen de maximale invulling van het oude en de maximale invulling van het nieuwe plan, zie bijv. ABRvS 19 april 2006, *JOM* 2007, 105, r.o. 2.1 (*Meerssen*).

³⁵⁸ ABRvS 29 augustus 1996, *AB* 1997, 434, p. 1704, r.k. (m.nt. G.M. van den Broek). Recenter: ABRvS 6 september 2006, nr. 200509762/1, r.o. 2.5.1 (*Schiedam*). Zie over de vergoedbaarheid van uitvoeringsschade (met verdere verwijzingen) G.M. van den Broek in haar noot onder ABRvS 6 juni 2007, *AB* 2008, 44, (m.n.) onder 3. Zie ook Van Buuren e.a. 2010, p. 286. Tot voor kort oordeelde de Afdeling dat tijdelijk verminderd woongenot (veroorzaakt door uitvoeringswerkzaamheden) op grond van artikel 49 WRO (oud) voor vergoeding in aanmerking komt, als een planologische maatregel een overheersende werking had op het ontstaan van de schade. Recentelijk is de Afdeling van deze jurisprudentielijn afgestapt. Ze oordeelt nu dat tijdelijk verminderd woongenot niet als een gevolg kan worden aangemerkt van een planologische maatregel. De enige reden die ik kan bedenken voor deze koerswijziging, is dat de Afdeling haar jurisprudentie op artikel 49 WRO (oud) – dat op grond van de overgangsregeling nog van toepassing is op sommige planschadeclaims – in overeenstemming wil brengen met de nieuwe planschaderegeling (Afdeling 6.1 Wro), waarin de vergoedbaarheid van tijdelijk verminderd woongenot expliciet is uitgesloten. In de Afdelingsuitspraken is het ‘om’ gaan evenwel niet nader toegelicht. Zie over dit ‘om’ gaan Van Ravels 2010b, p. 249, l.k. en p. 249, r.k. en de noot van Van den Broek onder ABRvS 21 oktober 2010, *TBR* 2010, 115 (*Tijdelijke overlast Gulpen-Wittem*). Ik ga ervan uit dat dit ‘om’ gaan niet ook betrekking heeft op uitvoeringsschade die ondernemers lijden.

³⁵⁹ ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, r.o. 2.6.1 (*Helden*; m.nt. B.P.M. van Ravels).

inkomensschade die ze door verplaatsing van de markt lijdt, hiervoor een apart verzoek moeten indienen.³⁶⁰

Wanneer het winkelcentrum eenmaal gerealiseerd is, heeft Kate er twee geduchte concurrenten bij: Sawyer's Menswear en Dr. Jack. De vaste rechtspraak van de Afdeling betreffende schade die wordt veroorzaakt door de toename van concurrentie, luidt aldus: de 'toegenomen concurrentie (kan) weliswaar worden aangemerkt als een gevolg van de planologische mutatie, maar (...) dit (is) geen ruimtelijk relevant gevolg daarvan'.³⁶¹ Het is niet duidelijk of de Afdeling hiermee bedoelt te zeggen dat dit type schade buiten het beschermingsbereik van het planschaderecht valt (en derhalve een relativiteitskwestie is, zie met name artikel 6:163 BW) of dat dit type schade niet aan een planologische maatregel kan worden toegerekend (en derhalve een causaliteitskwestie is); de Afdeling laat het in haar uitspraken bij voormelde zinsnede.

Met het verspreiden van reclamefolders en het plaatsen van reclameteksten en waardecoupons in huis-aan-huisbladen probeert Kate haar inkomensschade te beperken. Nu de planologische wijziging – volgens de geldende Afdelingsjurisprudentie – geen inkomensschade veroorzaakt heeft, komen ook de kosten die Kate heeft gemaakt ter beperking van deze inkomensschade, niet voor vergoeding in aanmerking. Overigens: wanneer aangenomen had moeten worden dat de planologische wijziging wel inkomensschade (heeft) veroorzaakt, zouden de kosten die Kate heeft gemaakt om haar schade te beperken, niet voor vergoeding in aanmerking komen. Kosten ter beperking van planschade komen slechts voor vergoeding in aanmerking als is voldaan aan twee (cumulatieve) voorwaarden: ten eerste moeten de genomen maatregelen de schade daadwerkelijk hebben beperkt en ten tweede mogen de kosten niet hoger zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als niet schadebeperkend was opgetreden.³⁶² Aan de eerste voorwaarde is in de casus niet voldaan.

4.4.2.3 Een alternatieve uitwerking van de casus

In deze paragraaf bezie ik wat (een zuivere toepassing van) de leer van de redelijke toerekening zou kunnen betekenen in de casus van Kate's Het Eiland Mannen- en Vrouwenmode.

In § 4.2 bespreek ik de wijze waarop in het privaatrecht het causaal verband benaderd wordt. Ik zet uiteen dat de vraag of sprake is van causaal verband tussen een bepaald handelen en de schade, wordt opgedeeld in twee stappen. Allereerst wordt gekeken of er een *condicio-sine-qua-non*verband aanwezig is: was de schade ook ontstaan als het handelen achterwege was gebleven? Ik denk dat gezegd kan worden dat zowel de vermindering van de 'attentiewaarde' – en daarmee de daling van de waarde van het pand waarin Kate's Het Eiland Mannen- en Vrouwenmode is gevestigd – als een gedeelte van de inkomensschade rechtstreeks wordt veroorzaakt door de planwijziging. Wanneer de planwijziging wordt weggedacht, zou het winkelcentrum er niet gekomen zijn, zou er geen bouwput zijn ontstaan en zou de markt niet verplaatst zijn. Met de realisatie van het winkelcentrum kwamen ook de concurrenten Sawyer's menswear en Dr. Jack, maar het is niet gezegd dat deze winkels zich niet toch in Stol hadden gevestigd. Omdat niet zeker is of de concurrentie zich niet in Stol had gevestigd als het winkelcentrum niet zou zijn gerealiseerd, is ook niet zeker of er een *condicio-sine-qua-*

³⁶⁰ ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 (*Helden*; m.nt. B.P.M. van Ravels) sluit, als ik het goed zie, niet uit dat de verplaatsing van een markt een grond voor nadeelcompensatie kan opleveren (zie r.o. 2.6.2). Hierover in § 4.4.2.3, meer.

³⁶¹ ABRvS 4 juli 2007, *Gst.* 2007, 149, r.o. 2.5 (*Roermond*; m.nt. J.M.H.F. Teunissen). Zie bijv. ook ABRvS 8 augustus 2007, *Gst.* 2007, 150, r.o. 2.3.1 (*Obdam*; m.nt. J.M.H.F. Teunissen) en ABRvS 29 december 2010, nr. 201005554/1/H2, r.o. 2.7.1 (*Oirschot*). Zie over deze jurisprudentie Van Ravels 2009a, p. 103-104.

³⁶² ABRvS 21 maart 1995, *BR* 1996, 504, p. 505, l.k. (*Waardevermindering Dronten*); ABRvS 22 juli 1994, *BR* 1995, 327, p. 328, r.k. (*Restaurant Nijmegen*; m.nt. P.C.E. van Wijmen). Zie, ook voor verwijzingen, Van den Broek 2002, p. 57.

nonverband bestaat tussen de planwijziging en de schadebeperkende maatregelen die Kate heeft genomen. Ik kom op de komst van concurrentie dadelijk terug.

De tweede stap is die van de redelijke toerekening. De vraag of de waardevermindering van Kate's pand toegerekend kan worden aan de planologische wijziging behoeft naar mijn idee geen bespreking. Het is juist de bedoeling van de wetgever geweest voor dit soort schade een recht op tegemoetkoming te creëren. Daarbij is er over de vergoedbaarheid nauwelijks of geen discussie.³⁶³ De toegevoegde waarde van de leer van de redelijke toerekening komt (vooral) tot uitdrukking wanneer over de vergoedbaarheid van de schade getwist wordt, ofwel in de juridische procedure – de motivering op basis van de leer van de redelijke toerekening legitimeert dan mede het rechterlijk oordeel –, ofwel in de rechtsgeleerde literatuur – de motivering op basis van de leer van de redelijke toerekening dient er dan toe het standpunt dat wordt ingenomen te rechtvaardigen, en hierover kan dan weer (verder) worden gediscussieerd in de literatuur.

Hoewel ook over de vergoedbaarheid van uitvoeringsschade niet of nauwelijks gediscussieerd wordt – althans niet voor zover het schade van ondernemers betreft –³⁶⁴ geeft een bespreking van de vraag of uitvoeringsschade al dan niet toegerekend kan worden aan de planologische mutatie naar mijn idee een goed beeld van wat de leer van de redelijke toerekening zou kunnen toevoegen aan de planschadejurisprudentie.

Zoals gezegd zou Kate geen overlast hebben gehad van de bouwput als het bestemmingsplan niet was gewijzigd. De vraag is nu of de schade die de uitvoeringswerkzaamheden veroorzaakt hebben aan de planwijziging kan worden toegerekend. Het komt mij voor dat dit het geval is. Allereerst de factor 'de aard van de aansprakelijkheid', waarbij de regel is dat aansprakelijkheid zonder schuld beperkter wordt toegerekend dan aansprakelijkheid met schuld. Nu de inkomensschade wordt veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen, pleit dat voor een beperkte toerekening. De factor 'de aard van de schade' wijst niet bepaald in de richting van een beperkte toerekening van de schade; de inkomensschade raakt Kate direct in haar bestaan. De factor 'de graad van waarschijnlijkheid waarmee het ontstaan van de schade viel te verwachten' wijst in de richting van toerekening: de graad van voorzienbaarheid van deze schade is erg hoog;³⁶⁵ het is te verwachten dat, wanneer een bestemmingsplan zo wordt gewijzigd dat een winkelcentrum kan worden gerealiseerd, dit winkelcentrum ook daadwerkelijk gerealiseerd zal worden en dat de realisatie voor overlast zal zorgen. Ook de factor 'het vermogen om de schade te dragen' wijst in de richting van een ruime toerekening; hoewel de schatkist zeker ook een bodem heeft,³⁶⁶ staat de overheid er over het algemeen financieel beter voor dan de burger. De factor 'de verwijderdheid van de schade' wijst eveneens in de richting van toerekening van de schade: de laatste schakel in de *condicio-sine-qua-non*keten zijn de feitelijke handelingen, maar deze feitelijke handelingen hebben alleen plaatsgevonden omdat het bestemmingsplan is gewijzigd.

De factoren 'de zin en strekking van de schadevergoeding in het algemeen' en 'de normen van geschreven recht', 'de heersende rechtsovertuiging' en 'de in het verkeer geldende opvattingen' wijzen ook in de richting van toerekening. Het is reeds lang vaste rechtspraak van de Afdeling dat uitvoeringsschade – althans uitvoeringsschade geleden door ondernemers – als vergoedbare planschade kan worden aangemerkt. En met de invoering van artikel 6.1 lid 1

³⁶³ In zijn oratie pleit Van Ettekoven voor afschaffing van het recht op tegemoetkoming bij indirecte planschade (Van Ettekoven 2011, p. 18-19). Hij staat hierin (vooralsnog) alleen.

³⁶⁴ O.m. Van der Schans 2004, m.n. p. 13.

³⁶⁵ Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 420. Scheltema en Scheltema merken op dat er 'het nodige voor te zeggen (is) om slechts schade ontstaan door de typische gevolgen van de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis voor vergoeding in aanmerking te laten komen'.

³⁶⁶ Vgl. de conclusie van A-G Spier voorafgaande aan HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 (*Meiland/Staat*; m.nt. T. Koopmans), onder 4.2 en zie ook de conclusie van A-G Spier voorafgaande aan HR 25 september 2009, RvdW 2009, 1098 (*Westmaas/Staat*), onder 4.13.3.

Wro is nadrukkelijk tot uitdrukking gebracht dat inkomensschade voor tegemoetkoming in aanmerking komt.

Dan de schade die is veroorzaakt door verplaatsing van de markt. De gemeente had de markt niet verplaatst als er niet een enorme bouwput was ontstaan op het Raadhuisplein. Ook de keuze de markt te verplaatsen houdt derhalve verband met de bestemmingsplanwijziging. Of de inkomensderving die de marktverplaatsing voor Kate meebrengt, aan de planwijziging moet worden toegerekend, is een tweede. Voor wat betreft de hiervoor besproken factoren geldt naar mijn idee overwegend hetzelfde, met de volgende kanttekeningen. Ten eerste is de schade iets verder verwijderd van de planwijziging. Dit pleit voor een beperktere toerekening. Ten tweede kan over de richting waarin de factoren ‘de zin en strekking van de schadevergoeding in het algemeen’ en ‘de normen van geschreven recht’, ‘de heersende rechtsovertuiging’ en ‘de in het verkeer geldende opvattingen’ wijzen verschillend worden gedacht. Hoewel met de invoering van artikel 6.1 lid 1 Wro tot uitdrukking is gebracht dat inkomensschade voor tegemoetkoming in aanmerking komt, heeft de wetgever niet geëxpliciteerd waaruit die inkomensderving zou kunnen bestaan. Daarbij is in de literatuur niet gepleit voor het voor vergoeding in aanmerking laten komen van dit soort schade. Dit laatste houdt mogelijkerwijs verband met de mogelijkheid die de schadelijdende heeft om een verzoek om nadeelcompensatie te doen. Dat er in het geval een markt wordt verplaatst recht kan bestaan op nadeelcompensatie, is door de Afdeling onderkend.³⁶⁷ Nu het regime van artikel 6.1 Wro meer aansluit bij het nadeelcompensatieregime dan artikel 49 WRO,³⁶⁸ lijkt me vanuit het oogpunt van efficiëntie, net als bij uitvoeringswerkzaamheden, toerekening in de rede liggen.³⁶⁹ Waarom twee procedures (moeten) opstarten, als met één procedure kan worden volstaan?

Er zijn overigens goede argumenten te bedenken op grond waarvan Kate geen recht zou moeten hebben op nadeelcompensatie. Kate heeft jarenlang profijt gehad van de markt, zonder dat ze hiervoor (een soort) baatbelasting heeft hoeven betalen aan de gemeente. Daarbij is de gemeente vrij om op enig moment de markt te verplaatsen, als haar dat – met het oog op het algemeen belang – goeddunkt. (Bijvoorbeeld omdat de omwonenden van het Raadhuisplein klagen over de smerigheid en het lawaai die de markt elke week weer meebrengt.) Zolang Kate geen concrete toezegging heeft gekregen van de gemeente met de strekking dat Kate erop mag vertrouwen dat de markt op de oude plek blijft, is de gemeente naar mijn smaak niet gehouden de markt niet te verplaatsen of bij verplaatsing bepaalde belanghebbenden te compenseren.

Hierboven constateer ik dat niet duidelijk is of er een *condicio-sine-qua-non*verband bestaat tussen de planologische wijziging en de komst van Kate’s concurrenten. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht wordt, nadat is gekeken of er een *condicio-sine-qua-non*verband bestaat tussen een bepaald handelen of nalaten en de schade, gekeken of de schade redelijkerwijs aan dit handelen of nalaten kan worden toegerekend. De vraag of de schade redelijkerwijs kan worden toegerekend, ligt óók ter beantwoording voor als het *condicio-sine-qua-*

³⁶⁷ ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252, r.o. 2.6.2 (*Helden*; m.nt. B.P.M. van Ravels). Vgl. evenwel Van Ravels, die het volgende schrijft: ‘In veel gevallen zal (...) tegen een eventuele beslissing omtrent nadeelcompensatie geen bestuursrechtelijke rechtsgang open staan’ en: ‘Kort gezegd gelden voor toewijzing van een verzoek om nadeelcompensatie hogere drempels, dan voor toewijzing van een verzoek om toepassing van art. 49 WRO (oud). Dit verschil zal overigens naar verwachting bij de toepassing van de thans geleden (geldende?, WD) regeling voor tegemoetkoming in planschade (art. 6.1 Wro e.v.) minder worden, zo niet verdwijnen’ (Van Ravels 2010b, resp. p. 249, l.k. en p. 249, r.k.).

³⁶⁸ Ik heb zo mijn eigen gedachten over de wijze waarop het *égalité*beginsel, dat ook ten grondslag ligt aan het nadeelcompensatieregime, vorm heeft gekregen in de Wro en vermoed dat de tegemoetkoming waarop de Wro recht geeft, meer lijkt op de volledige vergoeding waarop de oude WRO recht gaf minus 2%, dan dat deze lijkt op de tegemoetkoming waarop ‘het nadeelcompensatieregime’ recht zou geven. Zie hierover hfdst. 2.

³⁶⁹ Enzo Van den Broek (onder meer haar noot onder ABRvS 21 oktober 2009, TBR 2010, 115 (*Tijdelijke overlast Gulpen-Wittem*), onder 2).

nonverband onzeker is. Ik meen dat de inkomensschade die Kate lijdt tengevolge van de komst van Sawyer's Menswear en Dr. Jack, niet aan de planologische wijziging moet worden toegerekend. De in de literatuur uitgewerkte redelijkheidsfactoren wijzen in dezelfde richtingen als bij de kwestie van de marktverplaatsing. Voor wat het de concurrentieschade betreft geldt evenwel niet dat deze voor nadeelcompensatie in aanmerking zou kunnen komen. Een ander belangrijk – en voor mij: doorslaggevend – argument tegen toerekening is dat Sawyer's Menswear en Dr. Jack zich op enig moment in Stol hadden kunnen vestigen en als zij hiertoe (op enig moment) besloten hadden, Kate ook de concurrentiestrijd had moeten aangaan. (Met enige welwillendheid is dit argument te lezen in de overweging van de Afdeling dat de komst van concurrenten 'geen ruimtelijk relevant gevolg' is van de planologische wijziging.)

Dat brengt me bij de vraag of en zo ja, in hoeverre de kosten die Kate heeft gemaakt met het verspreiden van flyers en het plaatsen van advertenties (al dan niet vergezeld van waardecoupons) voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. Hierover kan ik kort zijn: nu de schade die Kate probeert te beperken – de inkomensschade die ze lijdt ten gevolge van de concurrentie – (naar mijn idee) niet toegerekend moet worden aan de bestemmingsplanwijziging, komen de kosten die ze heeft gemaakt om deze schade te beperken, niet voor vergoeding in aanmerking. Dit was wellicht anders geweest wanneer Kate deze of soortgelijke maatregelen had genomen om de inkomensschade die de bouwput en de verplaatsing van de markt veroorzaakten, te beperken.

4.4.2.4 De casus: conclusie

Hierboven heb ik met behulp van een casus laten zien hoe een planschaderechtelijk causaliteitsoordeel inzichtelijker gemaakt kan worden door middel van het (expliciet) toepassen van de leer van de redelijke toerekening. Deze leer maakt apodictische uitspraken – wanneer is sprake van een *rechtstreeks* verband? – onmogelijk, omdat de rechter wordt gedwongen zijn causaliteitsoordeel te motiveren.

4.4.3 De motivering van het rechterlijk oordeel

In de (privaatrechtelijke) literatuur zijn diverse factoren uitgewerkt die kunnen worden gebruikt bij de motivering van het rechterlijk oordeel, zoals de aard van de schade, de voorzienbaarheid van de schade en de aard van de aansprakelijkheid. Van Ravels heeft meerdere pogingen gedaan de rechtspraak van de Afdeling te ziften aan de hand van de diverse redelijkheidsfactoren.³⁷⁰ Het is echter niet in overeenstemming met de gedachte achter de leer van de redelijke toerekening dat rechtsgeleerde auteurs het oordeel van de rechter motiveren. Het is de rechter die zijn beslissing motiveert en in de literatuur kan vervolgens worden gedebatteerd over zowel de totstandkoming als de wenselijkheid van de beslissing.³⁷¹ Het kan dus niet zo zijn dat iemand als Van Ravels nodig is om uit de doeken te doen waarom de Afdeling tot een bepaald oordeel is gekomen.

Met het oog op de plicht voor de rechter om zijn uitspraak te motiveren, zoals neergelegd in onder meer de artikelen 6 EVRM,³⁷² 121 Gw³⁷³ en 8:77 lid 1, aanhef en onder b, Awb,³⁷⁴ kan

³⁷⁰ Zie Van Ravels 2006, p. 261-262, de noot van Van Ravels onder ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 251 (*Causaal verband Wet milieubeheer*), onder 2 en Van Ravels 2009a, m.n. p. 108-109.

³⁷¹ In gelijke zin A.M.L. Jansen 2006, p. 171-183.

³⁷² Het is niet heel vanzelfsprekend dat artikel 6 EVRM van toepassing is op uitspraken van de bestuursrechter, voor zover deze niet een 'criminal charge' betreffen (zie over de reikwijdte van de 'criminal charge' EHRM 21 februari 1984, appl.no. 8544/79, § 49-53 (*Öztürk/Duitsland*)); onder de 'burgerlijke rechten en verplichtingen' waarover artikel 6 EVRM spreekt vallen echter zo goed als alle bestuursrechtelijke geschillen, zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof (zie EHRM 23 oktober 1985, appl.no. 8848/80, § 32 (*Bentham/Nederland*) en hierover Barkhuysen 2004, p. 61). Het is aardig om te zien hoe in de begindagen werd geworsteld met de toepasbaarheid van artikel 6 EVRM in het bestuursrecht (zie bijv. Hirsch Ballin 1983, p. 66 e.v.).

men zich afvragen of de Afdeling bestuursrechtspraak door te volstaan met ‘rechtstreeks verband ja/nee’ zonder verdere toelichting niet in strijd handelt met deze plicht. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens genieten de verdragsstaten ‘(...) considerable freedom in the choice of the appropriate means to ensure that their judicial systems comply with the requirements of Article 6 (...)’. The national courts must, however, indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision’.³⁷⁵

Het is vaste rechtspraak van het Europees Hof dat artikel 6 EVRM ‘oblige the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (...)’. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil [sic] the obligation to state reasons, deriving from Article 6 (...) of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.’³⁷⁶

De Hoge Raad heeft in het standaardarrest *Vredo/Veenhuis*, net als het Europese Hof,³⁷⁷ gekozen voor een ‘omstandigheden van het geval’-benadering van de motiveringsplicht. Hij overwoog in dit arrest:

‘dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd *dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden* – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – *controleerbaar en aanvaardbaar te maken*. Deze motiveringsplicht heeft uitdrukking gevonden in de art. 121 Grondwet (...), 20 Wet RO, 59 en 429k Rv; hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval (mijn cursivering, WD).’³⁷⁸

Ik meen dat het tijd is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van zich laat horen en aangeeft waarom zij de koers vaart die zij vaart, en ik zou willen pleiten voor (expliciete) toepassing van de leer van de redelijke toerekening in het planschaderecht. Dan zullen de causaliteitsredeneringen van de Afdeling bestuursrechtspraak voor de schadelijdende burger (althans, zijn juridisch adviseur), maar ook voor rechtsgeleerd Nederland beter te beoordelen zijn en kan er worden gediscussieerd over zowel het oordeel van de Afdeling als de (inhoudelijke) totstandkoming ervan.

³⁷³ Hiermee is ‘het ongeschreven grondrecht op behoorlijke rechtspraak’ toch niet geheel ongeschreven (vgl. Elzinga & De Lange 2006, p. 605).

³⁷⁴ In artikel 121 Gw staat dat rechterlijke uitspraken de gronden inhouden waarop zij rusten en in artikel 8:77 lid 1, aanhef en onder b, Awb staat dat een schriftelijke uitspraak de gronden van de beslissing vermeldt. In artikel 6 EVRM is geen frase van soortgelijke strekking te vinden; de motiveringsplicht vloeit voort uit het recht op een eerlijk proces (zie hierover De Smet, Lathouwers & Rimanque 2004, p. 461).

³⁷⁵ EHRM 16 december 1992, appl.no. 12945/87, § 33 (*Hadjianastassiou/Griekenland*).

³⁷⁶ EHRM 9 december 1994, appl.no. 18064/91, § 27 (*Hiro Balani/Spanje*); EHRM 9 december 1994, appl.no. 18390/91, § 29 (*Ruiz Torija/Spanje*). De eerste zin van het citaat is afkomstig uit EHRM 19 april 1994, appl.no. 16034/90, § 61 (*Van de Hurk/Nederland*). Vgl. laatstgenoemde uitspraak met CRvB 20 december 1983, RSV 1984, 99, p. 235, r.k. (*Motiveringsplicht ex artikel 72 lid 1, aanhef en onder c, Beroepswet*); CRvB 7 april 1998, AB 1999, 32, p. 109, r.k. (*Bloembinder*).

³⁷⁷ Zie voor een vergelijking tussen Nederlandse en Europese rechtspraak aangaande de motiveringsplicht in civiele zaken P. Smits 2008, p. 146 e.v.

³⁷⁸ HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, r.o. 3.4 (*Vredo/Veenhuis*; m.nt. D.W.F. Verkade). Zie hierover Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 120-125. De artikelen 20 Wet RO, 59 en 429k Rv zijn op het moment de artikelen 5, 79 en 80 Wet RO en 30, 230 lid 1, aanhef en onder e, en 287 lid 1 Rv. Zie over de functies van ‘het motiveringsbeginsel’ ook Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 657.

4.5 Conclusie

Kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht voor wat (de invulling van) het causaal verband betreft? Ik meen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De rol die het causaal verband speelt in de planschadejurisprudentie, is onduidelijk. De Afdeling bestuursrechtspraak motiveert haar causaliteitsoordelen niet, maar volstaat met ‘rechtstreeks ja/nee’ en haalt door wat naar haar idee niet van toepassing is. Dat kan beter en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht laat naar mijn idee zien hoe.

In de eerste plaats door een scheiding aan te brengen tussen *condicio sine qua non* en toerekening naar redelijkheid. Deze twee stappen lijken in het planschaderecht steeds ineens te worden genomen. Bij de eerste stap moet in het planschaderecht worden betrokken, dat andere schadeoorzaken dan genoemd in artikel 6.1 lid 2 Wro geen vergoedbare schade opleveren. Dit houdt verband met het besluit-denken dat in het gemene bestuursrecht en ook in het planschaderecht de heersende denkwijze is. Er kan wel degelijk (plan)schade worden geleden buiten de besluiten genoemd in artikel 6.1 lid 2 Wro om – ik ga hierop in § 2.4.3 nader in –, maar deze schade komt niet op grond van artikel 6.1 Wro voor vergoeding in aanmerking.

In de tweede plaats kan in de Afdelingsjurisprudentie worden verbeterd, door de leer van de redelijke toerekening (expliciet) toe te passen. Hiermee is niet gezegd dat de uitkomsten van de causaliteitsoordelen van de Afdeling anders zouden moeten uitpakken. Van Ravels heeft meermaals betoogd dat een strikte toerekening goed past bij het karakter van het planschaderecht. En hier is, zoals ik hierboven heb laten zien, veel voor te zeggen. Zo kan gezegd worden dat planschade wordt veroorzaakt door een *normwijziging* en niet door een *normschending* (zie ook § 2.3 en § 2.4.1). De leer van de redelijke toerekening maakt het mogelijk ook hiermee – de aard van de aansprakelijkheid – rekening te houden. Het zou naar mijn idee evenwel de Afdeling en niet Van Ravels moeten zijn die factoren als de aard van de aansprakelijkheid gebruikt om de keuze bepaalde schade wel/niet toe te rekenen aan een planologische maatregel toe te lichten.

5. Voordeeltorekening

5.1 Inleiding

Is er een aansprakelijkheidsgrond en is duidelijk welke schade aan de aansprakelijke kan worden toegerekend, dan komt deze schade in beginsel voor vergoeding of tegemoetkoming in aanmerking. Zowel het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht als het planschaderecht kent een figuur die het mogelijk maakt om op deze vergoeding of tegemoetkoming eventueel genoten voordelen die uit de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voortvloeien, op de vergoeding of tegemoetkoming in mindering te brengen. In de literatuur wordt wel gesproken van voordeelstorekening en van verrekening van voordeel.³⁷⁹ Ik gebruik de eerste term – zij het zonder tussen-s –, omdat hierin het normatieve karakter van de figuur tot uitdrukking komt.

³⁷⁹ Zie voor de eerste term o.a. Bolt 1989. Zie voor de tweede term Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 99.

Stel dat A bij een ruzie de voordeur dichtslaat in B's gezicht, waardoor B schade aan zijn gebit oploopt. B heeft dan ex artikel 6:162 BW een aanspraak op A tot vergoeding van de schade die A aan zijn gebit heeft toegebracht. B laat zijn gebit grondig renoveren en presenteert A de rekening. Uit rapporten van tandheelkundigen blijkt dat B's gebit al vóór het contact met de deur in slechte staat verkeerde. Het voordeel dat de gebitsrenovatie B heeft gebracht, kan ex artikel 6:100 BW op de vergoedingsplicht van A in mindering worden gebracht.³⁸⁰

Stel dat het door een bestemmingswijziging mogelijk wordt om tegenover de woning van A een woonwijk te bouwen en dat A hierdoor uitzichtschade lijdt. A kan dan ex artikel 6.1 Wro aanspraak maken op een tegemoetkoming in zijn schade. Brengt de nieuwe bestemming mee dat A's woning beter bereikbaar wordt en er (meer) parkeergelegenheid komt nabij zijn woning, dan kunnen deze voordelen op de tegemoetkoming in mindering worden gebracht.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt aandacht besteed aan het privaatrecht (§ 5.2) en dan aan het planschaderecht (§ 5.3). Vervolgens kom ik in § 5.4 tot een vergelijking. In § 5.5 kom ik tot de beantwoording van de vraag die in dit boek centraal staat: kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

5.2 Voordeeltorekening in het privaatrecht

5.2.1 De gedachte achter voordeeltorekening

De gedachte die aan Afdeling 6.1.10 BW ten grondslag ligt, is dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden geplaatst in de situatie zoals die zou zijn geweest als de normschending niet had plaatsgevonden. Deze gedachte brengt mee dat het voordeel dat de normschending heeft gebracht, met het nadeel moet worden verrekend.³⁸¹ Artikel 6:100 BW maakt het – binnen de grenzen van de redelijkheid – mogelijk om het voordeel dat de normschending de benadeelde heeft gebracht, op de aan hem te betalen schadevergoeding in mindering te brengen.³⁸² Aldus wordt overcompensatie tegengegaan.³⁸³

5.2.2 Toepassing

Artikel 6:100 BW luidt als volgt:

‘Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.’

Uit dit artikel is een drietal voorwaarden te destilleren. Er moet in de eerste plaats sprake zijn van *voordeel*. Dit voordeel moet, ten tweede, zijn veroorzaakt door *dezelfde gebeurtenis* die ook de schade heeft veroorzaakt. Ten derde en ten slotte moet het *redelijk* zijn het voordeel aan de schadelijgende toe te rekenen. De drie voorwaarden worden hieronder successievelijk besproken.

5.2.2.1 Voordeel

³⁸⁰ Ontleend aan Rb. Amsterdam 24 september 2008, *L&S* 2009, 11 (m.nt. C.A.M. Roijackers).

³⁸¹ Zie o.a. Klaassen 2007, nr. 75.

³⁸² Voordeeltorekening komt in Afdeling 6.1.10 BW ook tot uitdrukking in artikel 6:107a lid 1 BW. Hierover, met in aant. 1 verdere verwijzingen, *Schadevergoeding* (Bolt), art. 107a, aant. 4.

³⁸³ Zie voor een bespreking van andere gronden voor voordeeltorekening Bloembergen 1965, nr. 219; Bolt 1989, p. 10-11 en 188-189. Zie voor een eerste verkenning Van Woudenberg Hamstra 1904, p. 54 en 134.

Uit de rechtspraak blijkt dat het voordeel zowel kan bestaan uit vermogensschade als uit ander nadeel dan vermogensschade (zie de artikelen 6:95, 6:96 en 6:106 BW).³⁸⁴ Uit de rechtspraak blijkt voorts dat het voordeel werkelijk genoten moet zijn of dat het naar redelijke verwachtingen daadwerkelijk genoten zal worden.³⁸⁵ Fictief voordeel – denk aan de *mogelijkheid* om een woning te verhuren en hierdoor inkomsten te vergaren – komt daarmee niet voor toerekening in aanmerking.

5.2.2.2 Een zelfde gebeurtenis

De zinsnede ‘een zelfde gebeurtenis’ wordt in de rechtspraak zeer strikt geïnterpreteerd.³⁸⁶ Dit leidt ertoe dat zelden wordt aangenomen dat het voordeel en de schade door dezelfde normschending worden veroorzaakt. Illustratief is het arrest *Vos/TSN*.³⁸⁷ TSN en Vos zijn een overeenkomst aangegaan met betrekking tot de reparatie en het onderhoud door TSN van Vos’ opleggers voor een periode van ten minste vijf jaar. Vos komt – kort gezegd – haar contractuele verplichtingen niet na en TSN vordert (onder meer) schadevergoeding. In de periode dat Vos haar verplichtingen niet nakomt, sluit TSN overeenkomsten met derden. Vos nu meent dat de winst die TSN met het sluiten van deze overeenkomsten heeft gemaakt, in mindering moet worden gebracht op de schadevergoeding die ze van Vos verlangt. De Hoge Raad wil hiervan niet weten. Hij overweegt als volgt:

‘In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de – op de tekortkoming van Vos gebaseerde – ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel vloeien dus in beginsel niet voort uit ‘een zelfde gebeurtenis’ in de zin van art. 6:100 BW.’³⁸⁸

5.2.2.3 Voor zover redelijk

Het genoten voordeel kan slechts aan de schadelijgende worden toegerekend (en daarmee in mindering worden gebracht op de aan de schadetoebrengende partij rustende vergoedingsplicht) wanneer de rechter dit redelijk voorkomt. De redelijkheid van artikel 6:100 BW heeft daarmee een beperkende werking.³⁸⁹

Over wat precies redelijk is, wordt in de literatuur verschillend gedacht.³⁹⁰ Rechtspraak van de Hoge Raad met een sturend karakter op dit punt is schaars. De lagere burgerlijke rechter komt (daarmee) veel vrijheid toe. Uit rechtspraak van de Hoge Raad, vooral het arrest *Verhaeg/Jenniskens*, blijkt (wel) onder meer dat in het geval ‘de in het geding zijnde aansprakelijkheid gedekt (is) door een verzekering, (...) verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid (zal) zijn’ en dat voor ‘verrekening (...) in het algemeen eerder aanleiding (bestaat) indien sprake is van risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Voorts kan de rechter betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid, in die zin dat voor verreke-

³⁸⁴ Zie vooral HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, r.o. 3.10 (*Wrongful Birth*).

³⁸⁵ HR 1 februari 2002, NJ 2002, 122, r.o. 4.5 (*Van Straaten/Brandts*).

³⁸⁶ Zie voor een voorbeeld HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275, r.o. 3.5 (*De Preter/Van Uitert*).

³⁸⁷ HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43 (*Vos/TSN*; m.nt. Jac. Hijma).

³⁸⁸ HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, r.o. 3.7 (*Vos/TSN*; m.nt. Jac. Hijma). Het arrest heeft de nodige schrijvers in beweging gebracht, zie, naast de annotatie van Hijma, Drion 2009, p. 2337; Hartlief 2010, p. 92-96; Keirse 2009b, p. 107, r.k.-108; Van Asten 2009, p. 318-323; Broeren 2009, p. 223-228; Van Swaaij 2010, p. 1908-1912; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2170; Tjittes & Van Wechem 2010, p. 918; Lindenbergh 2010b, p. 908-909.

³⁸⁹ Over het redelijkheids criterium Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 100-102

³⁹⁰ Zie voor een overzicht Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 100, aant. 4.2. Zie ook Hartlief 2006a, nr. 225.

ning eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schade-toebrengende feit kan worden gemaakt'.³⁹¹

De strikte uitleg van de in artikel 6:100 BW genoemde voorwaarden brengt mee dat er in de praktijk bijna nooit plaats is voor voordeeltorekening.³⁹²

5.3 Voordeeltorekening in het planschaderecht

5.3.1 Voordeel of geen nadeel?

Een planwijziging kan een burger naast nadeel ook voordeel opleveren.³⁹³ Dit voordeel kan onder voorwaarden aan de schadelijdende burger worden toegerekend en op de tegemoetkoming in mindering worden gebracht. Het kan ook zijn dat het voordeel het nadeel opheft, dat er (dus) niet gesproken kan worden van een planologisch nadeliger situatie, en dat daarmee geen aansprakelijkheid gevestigd kan worden.³⁹⁴ Immers, wil er aansprakelijkheid op grond van artikel 6.1 Wro bestaan, dan moet er sprake zijn van een planologisch nadeliger situatie.³⁹⁵

5.3.2 Artikel 6.1.3.4 Bro en artikel 6.3 Wro

In het planschaderecht is de figuur van de voordeeltorekening op een opmerkelijke plek gecodificeerd, namelijk in het Besluit ruimtelijke ordening, het Bro, en niet in Afdeling 6.1 Wro. De figuur is daarbij nogal opmerkelijk vormgegeven. Het is de adviseur die door de gemeente wordt ingeschakeld om aan haar advies uit te brengen over de ingediende aanvraag tot tegemoetkoming in de planschade die ex artikel 6.1.3.4 lid 2 Bro de volgende opdracht heeft:

‘De adviseur adviseert het bestuursorgaan over de hoogte van de toe te kennen tegemoetkoming (...). Heeft een schadeoorzaak als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de wet voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan wordt dit voordeel bij het advies over de te vergoeden schade in aanmerking genomen.’

³⁹¹ HR 1 oktober 2010, JA 2010, 155, r.o. 3.5.3, onder e en f (*Verhaeg/Jenniskens*; m.nt. W.H. Bouman).

³⁹² Aldus Lindenberg 2010a, p. 216.

³⁹³ Leidt een planwijziging alleen tot voordeel, dan mag de burger dit voordeel ‘houden’; de Wro kent geen mogelijkheid voor baatafroming, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 218, nr. 3, p. 22 (‘Baatafroming is niet aan de orde’) en 33 (‘baatafroming is uitgesloten’), *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, nr. D, p. 20 (‘In het Nederlandse stelsel van ruimtelijke ordening worden waardeinstijgingen van grond en vastgoed tengevolge van planologische besluiten en plannen van de overheid niet afgeroomd’) en *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, nr. G, p. 8-9 (‘afoming van deze waardesprong (past) niet in ons huidige Nederlands stelsel van ruimtelijke ordening’). Vgl. Scheltema en Scheltema, die bij de bespreking van de gedachte achter voordeeltorekening opmerken dat dit ‘een reflexwerking van het égalité- of gelijkheidsbeginsel’ is en dit aldus toelichten: ‘Een overheid zal (...) in beginsel door een burger geleden onevenredige schade moeten vergoeden omdat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat de lasten van bepaalde (rechtmatige) besluiten gelijkelijk over burgers moeten worden verdeeld. Een burger zal echter ook ‘onevenredige’ voordelen – dat wil zeggen voordelen die andere burgers in vergelijkbare situaties niet genieten – moeten afstaan die worden genoten door dergelijke besluiten. Het verrekenen van de bedoelde voor- en nadelen van een rechtmatig besluit ligt daarom voor de hand’ (Scheltema & Scheltema 2008, p. 424-425). Het afstaan van voordelen ‘die andere burgers in vergelijkbare situaties niet genieten’ is baatafroming. Dat betekent overigens niet dat voor een baatafromingsregeling in de Wro niet veel te zeggen is. Zie voor een pleidooi voor invoering van baatafroming en een concrete uitwerking vooral Dieperink 2010a, p. 640-649. Uitgebreider over deze materie Dieperink 2010b, m.n. p. 325-338. Zie ook Van Ettehoven 2011, p. 19.

³⁹⁴ Zie bijv. ABRvS 17 maart 2010, JOM 2010, 318, r.o. 2.4.1. Zie ook ABRvS 15 maart 2006, nr. 200505208/1, r.o. 2.9.1 (*Echt-Susteren*).

³⁹⁵ Hierover nader Van Ravels 2009a, p. 123.

Artikel 6.3 Wro bepaalt dat burgemeester en wethouders met betrekking tot de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade bij hun beslissing op de aanvraag in ieder geval de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak (sub a) en de mogelijkheden van de aanvrager om de schade te voorkomen of te beperken (sub b) betrekken. Met de zinsnede ‘in ieder geval’ laat artikel 6.3 Wro ruimte voor burgemeester en wethouders om met het eventuele voordeel dat de planologische maatregel de aanvrager heeft gebracht bij hun beslissing te betrekken. Het was evenwel duidelijker geweest als in deze bepaling ook de voordeeltorekening was opgenomen.

5.3.3 Toepassing

Ook voor de inwerkingtreding van het Bro kende het planschaderecht de figuur voordeeltorekening. Deze is in de rechtspraak geïntroduceerd en uitgewerkt. Uit deze rechtspraak blijkt dat het voordeel reeds moet zijn verwezenlijkt en dat het objectief moet zijn vast te stellen.³⁹⁶ In het geval een rechtspersoon een verzoek tot tegemoetkoming indient, kan dit betekenen dat bij het nadeel dat in filiaal 1 wordt geleden het voordeel dat filiaal 2 heeft wordt betrokken. Zo kan een planwijziging ervoor zorgen dat een benzinstation minder goed bereikbaar is voor (potentiële) klanten. Als een zusterfiliaal van het nadeellijdende benzinstation een deel van het klantenbestand overneemt, kan dit als voordeel op de tegemoetkoming in mindering worden gebracht.³⁹⁷ Uit de Afdelingsjurisprudentie blijkt niet of ook verrekend mag worden tussen filialen met dezelfde bedrijfsnaam, maar een andere franchiser.

De Afdeling heeft eenmaal een uitspraak gedaan waaruit blijkt dat voor- en nadelen niet (precies) hetzelfde vermogen hoeven te raken.³⁹⁸ In casu speelde het volgende.³⁹⁹ Krikke is grootaandeelhouder van G. Krikke en zoon BV; Krikke houdt 39/40 deel van de aandelen, Krikke's vrouw houdt 1/40 deel. De BV heeft sinds 1977 een perceel in eigendom, waarop een woning staat met een aangebouwde bedrijfsruimte. Het overige gedeelte van het perceel is onbebouwd en als grasland in gebruik. Op 1 januari 1988 is de economische eigendom van het woonhuis om fiscale redenen door de BV aan Krikke in privé overgedragen. Op 10 november 1992 wordt een tweetal planologische maatregelen genomen. Als gevolg van deze maatregelen stijgt de waarde van het grasland – de bestemming ‘agrarisch gebied C’ wordt gewijzigd in ‘woondoeleinden’ – en daalt de waarde van de woning – de bestemming ‘buitengebied’ wordt gewijzigd in ‘bedrijfsdoeleinden’. Het voordeel raakt het vermogen van de BV, het nadeel raakt het vermogen van Krikke.

De Afdeling overweegt dat er ‘geen plaats (bestaat) voor het oordeel dat de raad zich in redelijkheid niet op het standpunt heeft mogen stellen dat de nadelen, die Krikke als economisch eigenaar van het woongedeelte ten gevolge van het nieuwe bestemmingsplan heeft ondervonden, kunnen worden gecompenseerd met de aanzienlijke voordelen voor de BV, die uit hetzelfde bestemmingsplan voortvloeiden. Krikke heeft derhalve geen voor vergoeding in aanmerking komende schade geleden’.⁴⁰⁰

In haar noot onder deze uitspraak merkt Van den Broek op dat de Afdeling naar haar idee ‘slechts beoogd heeft een oordeel te geven in deze specifieke situatie’ en ze stelt de vraag ‘bij

³⁹⁶ Bijv. ABRvS 5 juni 1996, *BR* 1996, 1010 (m.nt. P.C.E. van Wijmen), zie vooral de annotatie van Van Wijmen (p. 1011, onder 2). En recenter bijv. ABRvS 7 november 2007, *BR* 2008, 120 (*Arnhem*).

³⁹⁷ Bijv. ABRvS 1 juni 1987, *AB* 1988, 115, p. 300, r.k.-301, l.k. (*Surf'es*; m.nt. P.C.E. van Wijmen) en ABRvS 28 december 28 december 1995, *AB* 1996, 206 (*Prins/Sneek*; m.nt. F.C.M.A. Michiels), zie voor de laatste uitspraak vooral de annotatie van Michiels (p. 682, l.k.). En recenter bijv. ABRvS 7 november 2007, *BR* 2008, 120 (*Arnhem*).

³⁹⁸ Over deze kwestie Ten Have 2008, nr. 145.

³⁹⁹ De feiten zijn ontleend aan r.o. 2.3 van ABRvS 12 augustus 1999, *AB* 2000, 65 (*Krikke/Leeuwarden*; m.nt. G.M. van den Broek).

⁴⁰⁰ ABRvS 12 augustus 1999, *AB* 2000, 65, r.o. 2.6 (*Krikke/Leeuwarden*; m.nt. G.M. van den Broek).

welk deel van de aandelen de grens ligt waarbij verrekening van voor- en nadelen tussen privé-vermogen en vermogen van de BV niet meer mogelijk is. Met andere woorden: hoe zou het oordeel van de Afdeling luiden indien verzoeker slechts 25/40 of 19/40 deel van de aandelen zou bezitten?⁴⁰¹ Deze of soortgelijke vragen zijn tot dusver onbeantwoord gebleven; verdere rechtspraak over het verrekenen van voor- en nadelen die verschillende vermogens raken, is mij onbekend. Ik denk dat de Afdeling in voormelde zaak toerekening toelaatbaar achtte, omdat de vermogens van Krikke en Krikke BV nagenoeg overeen kwamen en dat de Afdelingsuitspraak niet bedoeld is als aansporing om voor- en nadelen die verschillende, zij het elkaar deels overlappende vermogens raken, met elkaar te verrekenen, te meer daar de Afdelingsuitspraak welbeschouwd een witte raaf is.

Constante rechtspraak is dat niet noodzakelijk is dat het voordeel en nadeel uit dezelfde planologische maatregel voortvloeien. Zo kan bij de beoordeling van schade als gevolg van nadelige gevolgen van vrijstellingsbesluiten worden betrokken dat deze besluiten zijn genomen vooruitlopend op een bestemmingsplan dat al in ontwikkeling is en dat aan dit bestemmingsplan objectief vast te stellen voordelen meebrengt en dat dit bestemmingsplan ten tijde van het indienen van het verzoek tot planschadevergoeding reeds al onaantastbaar is.⁴⁰² Wel vereist is dat de besluiten nauw met elkaar verweven zijn.⁴⁰³ Deze benadering strookt niet met de tekst van artikel 6.1.3.4 lid 2 Bro (zie het woord ‘tevens’). Toch denk ik dat de rechtspraak die tot stand is gekomen voor de inwerkingtreding van het Bro, zal worden voortgezet. Artikel 4:126 lid 3 Awb luidt aldus:

‘Indien een schadeveroorzakende gebeurtenis als bedoeld in het eerste lid tevens voordeel voor de benadeelde heeft opgeleverd, wordt dit bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking genomen.’

De redactie van dit artikellid is dezelfde als die van de zinsnede uit artikel 6.1.3.4 lid 2 Bro, ook dit artikellid spreekt van ‘tevens’.⁴⁰⁴ De toelichting op het artikel maakt evenwel duidelijk dat, net als in het planschaderecht, ook besluiten die nauw verweven zijn met de schadeveroorzakende maatregel, mogen worden meegenomen.⁴⁰⁵

5.4 Vergelijking

Zowel het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht als het planschaderecht kent de figuur voordeeltorekening. In de planschadeliteratuur is de gedachte achter de voordeeltorekening niet nader uitgewerkt. Het komt me voor dat deze dezelfde is als die in het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht: het voorkomen van overcompensatie. Ervan uitgaande dat dit inderdaad de gedachte is achter voordeeltorekening in het planschaderecht, kan gezegd worden

⁴⁰¹ Zie haar noot onder ABRvS 12 augustus 1999, AB 2000, 65, r.o. 2.6 (*Krikke/Leeuwarden*), onder 4.

⁴⁰² Vrijwel woordelijk *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 26, met verwijzing naar ABRvS 24 december 2003, AB 2004, 433, r.o. 2.3 (*Zomerrak*; m.nt. A.R. Neerhof).

⁴⁰³ ABRvS 24 december 2003, AB 2004, 433, r.o. 2.3 (*Zomerrak*; m.nt. A.R. Neerhof). Zie over dit vereiste Van Ravels 2009a, p. 123. Vgl. voor nadeelcompensatie buiten de Wro Tjepkema, die schrijft: ‘Gesteld wordt bijvoorbeeld dat een benzinstation dat op één plek in het land wordt geconfronteerd met nadelige verkeersbesluiten, geen onevenredig nadeel lijdt omdat de oliemaatschappij die het benzinstation exploiteert, veelal ook positieve gevolgen ondervindt van de toename van het autoverkeer en de ontwikkeling van de gehele infrastructuur. Tegenover nadeel op één plek staat het voordeel op weer een andere plek. Feitelijk is sprake van een vorm van publiekrechtelijke voordeeltorekening, waarin het draagkrachtbeginsel te herkennen is’ (Tjepkema 2010, p. 343). Tjepkema verwijst hierbij naar één Afdelingsuitspraak, van alweer tien jaar geleden (zie p. 521-522). Ik ben geneigd te denken dat één zwaluw geen zomer maakt. Verder komt het me voor dat deze gedachte niet te verenigen is met de planschadejurisprudentie.

⁴⁰⁴ Ik mag aannemen dat met de Aanpassingswet nadeelcompensatie een soortgelijke bepaling in Afdeling 6.1 Wro wordt opgenomen.

⁴⁰⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 26.

dat het verrekenen van voor- en nadelen die de vermogens raken van franchisers niet in de rede ligt. Immers, ondervindt de ene franchiser nadeel en de andere voordeel, dan wordt de franchiser die nadeel ondervindt er niet beter van dat de andere voordeel ondervindt. Het ‘gevaar’ van overcompensatie is daarmee niet aanwezig.

Een overeenkomst tussen de privaatrechtelijke en planschaderechtelijke voordeeltorekening is dat er werkelijk voordeel moet zijn/worden geleden, wil dit aan de schadelijgende kunnen worden toegerekend.

Een tweede overeenkomst is dat in zowel het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht als het planschaderecht het redelijkheids criterium een zekere rol speelt bij het antwoord op de vraag of een bepaald voordeel wel of niet aan de schadelijgende kan worden toegerekend. In artikel 6.1.3.4 Bro onbreekt het criterium evenwel en het criterium is niet constant aanwezig – althans niet op de voorgrond – in planschadeuitspraken. Het lijkt er veeleer op dat, wanneer een planologische maatregel – of een daarmee nauw samenhangend besluit – daadwerkelijk voordeel oplevert voor de schadelijgende burger, dit voordeel (zonder meer) op de tegemoetkoming in mindering kan worden gebracht. In de planschadeliteratuur en de planschadepraktijk wordt niet geklaagd over de onredelijkheid hiervan. Dat voordeel in het planschaderecht in principe wordt toegerekend aan de schadelijgende – als er voordeel is, dan toerekenen –, past in de sleutel die de Hoge Raad in het arrest *Verhaeg/Jenniskens* de lagere burgerlijke rechter aanrijkt: de rechter kan ‘betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid, in die zin dat voor verrekening eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schadetoebrengende feit kan worden gemaakt’. Omdat aansprakelijkheid in het planschaderecht is gestoeld op rechtmatig (overheids)handelen, wijst (ook) deze (privaatrechtelijke) sleutel in de richting van toerekening van voordeel. Ook op dit punt lijken het planschaderecht en het privaatrecht dus met elkaar te stroken.

Een in het oog springend verschil tussen de privaatrechtelijke voordeeltorekening en de planschaderechtelijke voordeeltorekening is dat voordeeltorekening in het privaatrecht tot een vermindering van de schadevergoeding kan leiden, terwijl voordeeltorekening in het planschaderecht ertoe kan leiden dat er in het geheel geen aansprakelijkheid gevestigd kan worden. De verklaring hiervoor is, dat er in het planschaderecht pas sprake is van aansprakelijkheid, als er een voor de burger nadelige planologische maatregel is genomen. Overstijgt het voordeel dat een maatregel meebrengt, het nadeel, dan is er geen sprake van een planologisch nadeliger situatie voor de burger.

Een privaatrechtelijke kwestie waarin het voordeel het nadeel overstijgt, is moeilijk te bedenken. Mocht zo een geval zich (toch) voordoen, dan zal de te vergoeden schade op nihil worden gesteld. Wel zou het nog zo kunnen zijn dat de proceskosten voor rekening van de schadeveroorzakende partij komen (zie voor een toelichting § 3.2.1 en § 3.4.5).

Een tweede in het oog springend verschil tussen de privaatrechtelijke en planschaderechtelijke voordeeltorekening is dat de zinsnede ‘een zelfde gebeurtenis’ uit artikel 6:100 BW restrictief wordt uitgelegd, terwijl het woord ‘tevens’ uit artikel 6.1.3.4 lid 2 Bro – welk woord taalkundig dezelfde functie heeft als ‘een zelfde gebeurtenis’ in artikel 6:100 BW – niet letterlijk moet worden genomen; ook het voordeel dat voortvloeit uit besluiten die nauw samenhangen met het schadeveroorzakende besluit, mag aan de aanvrager worden toegerekend.

Al met al kan gezegd worden dat de privaatrechtelijke figuur voordeeltorekening en de planschaderechtelijke figuur voordeeltorekening veel op elkaar lijken. Van de twee hierboven genoemde verschillen laat één zich verklaren vanuit het verschil in aansprakelijkheidsgrondslag. Het andere verschil is niet te rechtvaardigen en zou – al was het maar voor de duidelijkheid – moeten verdwijnen. In het kader van de duidelijkheid zou in Afdeling 6.1 Wro een bepaling over de voordeeltorekening moeten worden opgenomen en deze bepaling zou ook een

redelijkheidseis moeten bevatten, welke in planschadeuitspraken – zij het niet steeds op de voorgrond – een rol speelt.

5.5 Conclusie

Kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht voor wat de figuur voordeeltorekening betreft? Het komt me voor dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Gedacht zou kunnen worden aan het overnemen van de zinsnede ‘voor zover dit redelijk is’. Dit redelijkheidscriterium speelt evenwel in de planschaderechtspraak al een rol en zou dus alleen vanuit het oogpunt van de duidelijkheid overgenomen moeten worden.

6. 'Eigen schuld', actieve en passieve risicoaanvaarding en de schadebeperkingsplicht

6.1 Inleiding

Is er aansprakelijkheid en is duidelijk welke schade aan de aansprakelijke kan worden toegerekend, dan komt deze schade in beginsel geheel voor vergoeding of tegemoetkoming in aanmerking. Wanneer A B aanrijdt, kan B zijn schade krachtens artikel 6:162 BW op A verhalen. Zo verhuist de schade in principe van B naar A. A kan zich vervolgens (echter) verweeren door te zeggen dat B zelf (mede) schuldig is, 'eigen schuld' heeft aan zijn schade. Dit verweer – het 'eigen schuld'-verweer – is neergelegd in artikel 6:101 BW. Omdat het een verweer is van de schadetoebrengende partij, A, – 'ik heb inderdaad onrechtmatig gehandeld, *maar* B heeft (een deel van) zijn schade zelf te dragen omdat hij 'eigen schuld' heeft aan zijn schade' – is het A die de bewijslast van B's 'eigen schuld' heeft.⁴⁰⁶

Wanneer tegenover de woning van B een ontsluitingsweg wordt aangelegd door gemeente A en B meent dat hij hierdoor schade lijdt – de waarde van zijn huis daalt, net nu hij het wil verkopen – is het B die moet aanvoeren dat hij een aanspraak (op gemeente A) heeft ex artikel 6.1 Wro. Als burgemeester en wethouders van gemeente A menen dat de schade voorzienbaar was voor B – zie artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro –, dan is het gemeente A die moet stellen en bij betwisting bewijzen dat de schade voor B voorzienbaar was.⁴⁰⁷

Wat deze voorzienbaarheid van artikel 6.3 Wro en de 'eigen schuld' van artikel 6:101 BW gemeen hebben is dat ze de aangesproken partij, A, een mogelijkheid bieden om de schade voor rekening van de schadelijdende, B, te laten, omdat deze schade voor diens, B's, risico komt. In het planschaderecht brengt deze 'eigen schuld' van B mee dat deze (over het algemeen) in het geheel geen aanspraak op (enigerlei) vergoeding van zijn schade kan maken.

In dit hoofdstuk vergelijk ik de verschijningsvormen van 'eigen schuld' in het planschaderecht met de privaatrechtelijke verschijningsvormen van 'eigen schuld'.⁴⁰⁸ Met verschijningsvormen van 'eigen schuld' in het planschaderecht bedoel ik de zojuist genoemde voorzienbaarheid – de actieve en passieve risicoaanvaarding –⁴⁰⁹ en de schadebeperkingsplicht. Met verschijningsvormen van 'eigen schuld' in het privaatrecht bedoel ik het 'eigen schuld'-verweer, zoals dat is neergelegd in artikel 6:101 BW, de uit dit artikel voortvloeiende schadebeperkingsplicht en de zogenoemde risicoaanvaarding.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Ik zal hieronder in § 6.2 ingaan op de wijze waarop 'eigen schuld' vorm heeft gekregen in het privaatrecht. In § 6.3 komen de varianten van 'eigen schuld' in het planschaderecht aan de orde. Vervolgens worden in § 6.4 de verschillende verschijningsvormen vergeleken. Hierbij worden ook eventuele punten ter verbetering van het planschaderecht (ontleend aan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht) betrokken. In § 6.5 kom ik tot de beantwoording van de vraag die in dit boek centraal staat: kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

⁴⁰⁶ Zie artikel 150 Rv en hierover Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 21.

⁴⁰⁷ Zie Van Ravels 2010a, p. 545, r.k. met verwijzing naar rechtspraak. Een artikel dat te vergelijken is met artikel 150 Rv ontbreekt in het bestuursrecht. De bewijslastverdeling werkt in het bestuursrecht evenwel hetzelfde. Zie hierover bijv. Schuurmans 2004, m.n. p. 213. Vgl. PG Awb I, p. 205.

⁴⁰⁸ Eerder werd op dit terrein rechtsvergelijkend onderzoek gedaan door met name Van der Schans 1988, p. 49-106 en Neerhof 2003.

⁴⁰⁹ Vgl. Van der Schans 1988, p. 60, die schrijft dat passieve risicoaanvaarding in het privaatrecht wordt behandeld 'onder het motto rechtsverwerking'.

6.2 De verschijningsvormen van ‘eigen schuld’ in het privaatrecht

6.2.1 De ‘eigen schuld’-regeling (artikel 6:101 BW)

De ‘eigen schuld’-regel heeft in het privaatrecht vorm gekregen in artikel 6:101 BW. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

‘Wanneer schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.’

6.2.1.1 ‘Eigen schuld’ in vier stappen⁴¹⁰

De vraag of de schade *mede een gevolg is* van een omstandigheid die aan de schadelijgende kan worden toegerekend is een causaliteitsvraag, die wordt ingevuld met het *condicio-sine-qua-non* vereiste en de leer van de redelijke toerekening. De vraag of een bepaalde *omstandigheid aan de schadelijgende kan worden toegerekend*,⁴¹¹ is niet een causaliteitsvraag; deze vraag moet worden gezien in het licht van de betekenis die in artikel 6:75 en artikel 6:162 lid 3 BW wordt gegeven aan dit element:⁴¹² de omstandigheid kan worden toegerekend indien zij te wijten is aan de schuld van de schadelijgende of aan een oorzaak die krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (denk aan het handelen van bijvoorbeeld kinderen, ondergeschikten en hulppersonen).⁴¹³

Nadat deze twee toerekeningsvragen zijn beantwoord, moet worden gezien hoe de verdeling van de schade uitpakt (welk deel van de schade wordt voor rekening van de schadelijgende gelaten?). Ten slotte kan het zijn dat nog de zogenoemde billijkheidscorrectie wordt toegepast. Tot toepassing van de billijkheidscorrectie wordt overgegaan wanneer de (door de redelijkheid ingevulde) causale verdeling van de schade tussen de schadelijgende en de aangesprokene tot een onbillijke uitkomst leidt. Redenen om de billijkheidscorrectie toe te passen kunnen zijn gelegen in de ernst van de gemaakte fouten – waarop in artikel 6:101 lid 1 BW zelf wordt gewezen –, de mate van verwijtbaarheid van de gemaakte fouten, de aard van de schade en de ernst van het letsel.⁴¹⁴ De toepassing van de billijkheidscorrectie brengt met zich dat de schade deels of zelfs geheel van het bordje van de schadelijgende op het bordje van de aangesprokene wordt geschoven.⁴¹⁵

⁴¹⁰ Zie voor een uitgebreide uitwerking van de vier stappen bijv. Keirse 2003, p. 83 e.v. Opgemerkt moet worden dat het stappenplan niet zozeer als stappenplan, als wel eerder als denkschema moet worden gebruikt. Vgl. Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 114.

⁴¹¹ Zie hierover Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 5, met verwijzingen.

⁴¹² Aangenomen wordt dat een bepaalde gedraging eerder als ‘eigen schuld’ kan worden aangemerkt dan dat een soortgelijke gedraging als onrechtmatig kan worden aangemerkt (zie m.n. Van Wassenae van Catwijck & Jongeneel 1995, nr. 20).

⁴¹³ Het is vanwege deze twee toerekeningsvragen dat de term ‘eigen schuld’ eigenlijk wat ongelukkig is; ‘eigen schuld’ hoeft niet noodzakelijkerwijs ‘eigen’ te zijn en er hoeft evenmin sprake te zijn van ‘schuld’ (vgl. PG Boek 6, p. 351 en zie nadrukkelijk HR 27 april 2001, NJ 2002, 54, r.o. 3.8.3 (*Donkers/Scholten*; m.nt. C.J.H. Brunner). Zie voorts Bloembergen 1965, nr. 272). Omdat de term ‘eigen schuld’ zo is ingeburgerd, zal ik hem toch gebruiken (vgl. Van Wassenae van Catwijck 1971, p. 8). Wel zal ik ‘eigen schuld’ consequent tussen aanhalingstekens plaatsen.

⁴¹⁴ Zie Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 17.1, met verwijzingen.

⁴¹⁵ In de literatuur is wel opgemerkt dat de billijkheidscorrectie overbodig is; overwegingen die bij de toepassing van de billijkheidscorrectie meespelen, zouden eenvoudig kunnen worden overgeheveld naar de toepassing van de leer van de redelijke toerekening (zie bijv. J.M. Smits 1997, p. 222). De ge-

De billijkheidscorrectie wordt onder meer toegepast wanneer jonge kinderen slachtoffer geworden zijn van een verkeersongeval waaraan ze mede schuldig zijn; de aangesproken automobilist kan het schadelijgende kind geen ‘eigen schuld’ voor de voeten werpen en moet de schade van het kind (die dus ook mede door het kind zelf is veroorzaakt) geheel vergoeden, tenzij er sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid aan de zijde van het kind.⁴¹⁶

6.2.1.2 Een beetje meer en een beetje minder

Wanneer het gedrag van de schadelijgende mede heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade, zal over het algemeen een deel van de schade voor zijn eigen rekening komen/blijven. Dit lijkt vanzelf te spreken – in het huidige privaatrecht is het ‘evenredigheid en evenwichtigheid wat de klok slaat’ –,⁴¹⁷ maar vanzelfsprekend is het allerm minst. Tot 1916 gold in het Nederlandse privaatrecht het adagium *compensatio culpa*. Dit adagium brengt met zich dat, wanneer de schuld van de schadelijgende kleiner is dan de schuld van de aangesprokene de schadelijgende zijn schade *volledig* vergoed krijgt en dat, wanneer de schuld van de schadelijgende gelijk is aan of groter is dan de schuld van de aangesprokene, hij zijn schade *niet* vergoed krijgt.⁴¹⁸ Begin 1916 ruidde de Hoge Raad de ‘alles of niets’-benadering in voor een proportionele benadering.⁴¹⁹

De proportionele benadering van ‘eigen schuld’ brengt met zich dat, wanneer de schadelijgende 20% ‘eigen schuld’ heeft aan zijn schade, deze 20% niet ook door de aangesprokene vergoed hoeft te worden. Problematisch aan de proportionele benadering is dat ‘de onderlinge causaliteit in veruit de meeste gevallen niet op een goudschaaltje valt af te wegen’, om met Spier te spreken.⁴²⁰ Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een oordeel over schuldverhouding tussen de schadelijgende en de schadetoebrengende ‘veelal slechts op intuïtief inzicht kan berusten en derhalve van den rechter niet kan worden verlangd, dat hij dit oordeel met redenen omkleedt’.⁴²¹

dachte is dat de factoren die kunnen worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de schade redelijkerwijs kan worden toegerekend niet zijn vastgesteld en er zeker ook ruimte is voor bijvoorbeeld de factor ‘de mate van verwijtbaarheid van de gemaakte fouten’. Anders de heersende leer, zie bijv. HR 16 januari 2001, *NJ* 2001, 379, r.o. 5.2.3 (*Supportersellen Beverwijk*; m.nt. J. de Hullu) en HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400, r.o. 3.7 (*Said Hyati*; m.nt. Jac. Hijma onder *NJ* 1998, 402). Zie ook Hijma die over de billijkheidscorrectie spreekt als ‘volwaardig tweede beoordelingsmoment’ (Hijma 1991, p. 68, l.k.).

⁴¹⁶ Zie voor een overzicht van rechtspraak Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 17.2, onder a. Wanneer de verzekeraar van de schadelijgende procedeert, komt aan de billijkheidscorrectie minder gewicht toe (zie voor een overzicht van rechtspraak Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 17.5). Zie ook Verheij 2005, nr. 40.

⁴¹⁷ Vranken 1995, nr. 137. Vgl. Barendrecht 1997b, p. 2, die schrijft: ‘Dat de tussenoplossing steeds sterker naar voren komt, past in de zoektocht naar rechtvaardigheid in het individuele geval, die het civiele recht de voorbije decennia heeft bepaald.’

⁴¹⁸ Zie hierover Van Wassenae van Catwijck 1971, m.n. p. 3 en 17.

⁴¹⁹ HR 4 februari 1916, *NJ* 1916, 450, p. 453, l.k. (*Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré*). De ‘alles of niets’-benadering geldt nog bij arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een beroep op ‘eigen schuld’ van de werknemer zal volgens artikel 7:658 lid 2 BW (echter) slechts slagen in het geval er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Zie hierover Lindenberg 2009, nr. 30.

⁴²⁰ Spiers conclusie voorafgaand aan HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 286 (*Wijnand & Gemeente Amsterdam/Koblentz*), onder 3.20. Spier wees er eerder al op dat ‘de stelling dat een ‘middenpositie’ *dus* rechtvaardig is, (...) niet veel meer (is) dan een sirenenroep: verlokkelijk en gevaarlijk’ (Spier 1997, p. 92).

⁴²¹ HR 6 november 1959, *NJ* 1960, 104, p. 262, r.k. (*Hessel/Rombout*; m.nt. L.E.H. Rutten). Zie voor een overzicht van rechtspraak Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 22.

Barendrecht meent dat de Hoge Raad het de lagere rechter hiermee ‘wel erg gemakkelijk’ maakt.⁴²² ‘Het zou beter zijn als de lagere rechter een stimulans zou krijgen om zijn beslissing wel zoveel mogelijk te beargumenteren: tot op het punt van waaruit de intuïtieve sprong naar een percentage moet worden gemaakt. (...) Als minimale (...) eis (...) lijkt te moeten worden gesteld dat de rechter voor hij eventueel de billijkheidscorrectie toepast, het resultaat van de causale verdeling weergeeft. Anders is het immers niet inzichtelijk wat en hoeveel hij corrigeert. Ten tweede lijkt van hem te kunnen worden gevergd dat hij expliciet ingaat op de verhouding van de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de oorzaken aan beide kanten. Alleen de uitkomst van de causale afweging vermelden, lijkt onvoldoende. En ten derde lijkt van hem te kunnen worden gevraagd dat hij de omstandigheden of argumenten noemt die hem er toe leiden de billijkheidscorrectie toe te passen’, aldus Barendrecht.⁴²³

Hoewel de vraag of een bepaalde omstandigheid voor toerekening in aanmerking komt en de vraag naar welke maatstaven deze toerekening geschiedt, rechtsvragen zijn⁴²⁴ en dus in cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd kunnen worden, is het lastig om die stimulans waarover Barendrecht schrijft, vorm te geven – bijvoorbeeld door de Hoge Raad vuistregels of een strak toetsingskader te laten ontwikkelen –, juist omdat de Hoge Raad de causaliteitsafweging als een intuïtieve exercitie ziet. Zonder een richtinggevende (lees: corrigerende) Hoge Raad zal het lastig zijn een heldere lijn in de lagere rechtspraak inzake de ‘eigen schuld’ te krijgen.⁴²⁵

6.2.2 Risicoaanvaarding

Hoewel niet gezegd kan worden dat men in het privaatrecht onbekend is met de figuur ‘risicoaanvaarding’, is de ‘risicoaanvaarding’ als *zelfstandige* figuur overbodig.⁴²⁶ De Hoge Raad overweegt in 1991 in het arrest *Dekker/Van der Heide* het volgende:

‘Hetgeen men daarmee [met de figuur ‘risicoaanvaarding’, WD] beoogt te bereiken gaat immers, naar gelang van de aard van het geval, volledig op in enerzijds de vraag of de gedraging in de gegeven omstandigheden jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt en anderzijds die of aan de benadeelde omstandigheden kunnen worden toegerekend die aanleiding kunnen zijn (niet alleen tot een vermindering maar ook) tot een vervallen van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van art. 6:101 NBW, zoals deze ook naar huidig recht toegepast pleegt te worden.’⁴²⁷

Gezegd kan worden dat degenen die deelnemen aan een *cage fight*, het risico op letsel hebben aanvaard en dat de deelnemers vanwege deze ‘risicoaanvaarding’ elkaar na een *cage fight* niet kunnen laten opdraaien voor de aan elkaar toegebrachte schade. Met artikel 6:162 BW kan eenvoudig dezelfde uitkomst worden bereikt. Wanneer iemand letsel oploopt tijdens een *cage fight*, kan degene die het letsel heeft toegebracht, niet aansprakelijk worden gehouden om de

⁴²² Vgl. Keirse, die het volgende opmerkt: ‘Zo komt men meer dan eens rechterlijke beslissingen tegen die, temeer daar nadere motivering ontbreekt, weinig inzicht geven in hoe tot een bepaald percentage is gekomen. Met regelmaat komt het gevoelen op dat een konijn uit de hoge hoed wordt getoverd’ (Keirse 2008, p. 154).

⁴²³ Barendrecht 1997a, p. 169. Barendrecht komt zelf met vuistregels voor verkeersongevallen, zie p. 174 e.v. Vgl. Keirse, die opmerkt ‘dat er voor een eenduidige toepassing in de praktijk behoefte bestaat aan een graduele en symmetrische maatstaf die met behulp van nadere richtsnoeren voldoende is geconcretiseerd’ (Keirse 2008, p. 153).

⁴²⁴ Zie vrijwel letterlijk Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 124. Ook vragen omtrent de toepassing van de billijkheidscorrectie zijn rechtsvragen, zie bijv. HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 59, r.o. 5.2.3-5.2.4.

⁴²⁵ Keirse is optimistischer, zie Keirse 2006, p. 192.

⁴²⁶ Zie hierover bijv. de instructieve noot van Hijma onder HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004, 556 (*Bunink-Van der Laar/Manege Nieuw Amstelland*), onder 4. Zie voor een poging om de risicoaanvaarding aan de man te brengen Streefkerk 1980, p. 121-126, 137-143 en 169-172. En zie over deze poging uitgebreid Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 130.

⁴²⁷ HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622, r.o. 3.4 (*Dekker/Van der Heide*; m.nt. C.J.H. Brunner).

eenvoudige reden dat het tijdens een *cage fight* geoorloofd (of beter: de bedoeling) is om elkaar letsel toe te brengen; de onrechtmatigheid van het schadetoebrengend handelen valt weg.

Als voorbeeld van de ‘eigen schuld’-variant van de ‘risicoaanvaarding’ wordt in de literatuur vaak het meerijden met een dronken automobilist genoemd. Wanneer de dronken automobilist (geheel door eigen toedoen) tegen een boom rijdt, kunnen de passagiers de automobilist niet laten opdraaien voor hun (volledige) schade, omdat ze ‘eigen schuld’ aan hun schade hebben.⁴²⁸ Ook in dit geval/dit soort gevallen is de figuur ‘risicoaanvaarding’ als afzonderlijke rechtsfiguur (dus) overbodig.

6.2.3 De schadebeperkingsplicht

Uit artikel 6:101 BW vloeit de zogenoemde schadebeperkingsplicht voort.⁴²⁹ Anders dan de naam doet vermoeden is de schadebeperkingsplicht geen afdwingbare plicht die op de schadelijgende rust om zijn schade te beperken. Wel is het zo dat de schadelijgende die zijn schade onvoldoende heeft weten te beperken, (een deel van) zijn aanspraak op vergoeding van de schadetoebrengende kan verspelen.⁴³⁰ De reikwijdte van de schadebeperkingsplicht wordt ingevuld door de redelijkheid;⁴³¹ het is steeds de vraag welke maatregelen in redelijkheid van de schadelijgende kunnen worden gevergd en wat redelijk is, hangt af van de omstandigheden van het geval.⁴³² Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat terughoudendheid bij het aannemen van de schadebeperkingsplicht geboden is;⁴³³ ten eerste heeft de schadelijgende partij er niet voor gekozen om schade te lijden en ten tweede is de schadelijgende partij, zoals ieder ander, in beginsel vrij om haar leven in te richten zoals het haar goeddunkt.⁴³⁴

6.2.4 De vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming of beperking van schade

Artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW zou gezien kunnen worden als het spiegelbeeld van de schadebeperkingsplicht. Dit artikel bepaalt:

‘Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht.’

Kort en goed brengt artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW met zich dat de kosten die de schadelijgende maakt om aan zijn schadebeperkingsplicht te kunnen voldoen voor vergoeding in aanmerking komen, voor zover de kosten redelijk zijn. Er moet aan een tweetal eisen zijn voldaan, willen de gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen.⁴³⁵ Ten eerste moet er sprake zijn van causaal verband tussen het schadebeperkend handelen van de schadelijgende en het schadeveroorzakend handelen van de schadetoebrengende. Ten tweede moeten

⁴²⁸ Zie hierover bijv. Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 109 en 129.

⁴²⁹ Zie PG Boek 6, p. 351.

⁴³⁰ Zie over ‘de fundamentele der schadebeperkingsplicht’ Keirse 2003, hfdst. II.

⁴³¹ Dat is ‘onvermijdelijk’, aldus Hartlief 2002, p. 14, l.k.

⁴³² Zie over de reikwijdte van de schadebeperkingsplicht Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 39, met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

⁴³³ Van Dijk concludeert na bestudering van rechtspraak dat over het algemeen ‘mildheid met het oog voor de menselijke maat ten aanzien van het gedrag van de benadeelde past’, maar dat de rechter ‘vrij streng’ voor de schadelijgende is wanneer het gaat om het aanvragen van bepaalde sociale voorzieningen en soms ook als het gaat om re-integratie. Dat de rechter (soms) ‘vrij streng’ is voor de schadelijgende heeft volgens Van Dijk wellicht te maken met veranderde maatschappelijke opvattingen (Van Dijk 2010, p. 126-127).

⁴³⁴ Zie hierover bijv. Dijkshoorn 2007, p. 68, r.k.-71, l.k.

⁴³⁵ Keirse 2003, p. 281 e.v. (met verdere verwijzingen).

de kosten van het schadebeperkend handelen zowel naar aard als naar omvang redelijk zijn.⁴³⁶ Hierbij is van belang dat niet met wijsheid van achteraf naar de gemaakte kosten gekeken mag worden.⁴³⁷ Achteraf kan blijken dat bepaald handelen van de schadelijgende onnodig was – bijvoorbeeld omdat de schade niet zou zijn verergerd als de schadelijgende niet had ingegrepen – of dat bepaald handelen van de schadelijgende de schade alleen maar groter heeft gemaakt. In de Memorie van Antwoord wordt opgemerkt dat ‘(h)et (...) niet nodig (is) dat komt vast te staan dat de maatregelen ter zake waarvan de kosten zijn gemaakt, inderdaad tot een voorkoming of beperking van schade hebben geleid. Voldoende is dat de kosten tot het bedoelde doel zijn gemaakt en dat zij met het oog op dat doel ‘redelijk’ waren’.⁴³⁸

6.3 ‘Eigen schuld’ in het planschaderecht

6.3.1 De voorzienbaarheid van de schade (artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro)

In artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro staat dat burgemeester en wethouders bij hun beslissing op de aanvraag de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak betrekken. Hiermee is bedoeld te zeggen dat de schade die de schadelijgende burger had kunnen voorzien niet voor vergoeding in aanmerking komt, zo blijkt uit de toelichting op de Wro. Hierin wordt opgemerkt ‘(...) dat een benadeelde zich bij zijn investeringsbeslissingen rekenschap dient te geven van de risico’s die hij redelijkerwijs loopt. Hij wordt geacht daarbij de voorzienbare voor hem nadelige overheidsbesluiten te aanvaarden. Dit betekent dat een burger, die op het moment van een investeringsbeslissing of van het maken van kosten redelijkerwijs rekening had kunnen houden met de mogelijkheid van een toekomstig schadetoebrengend overheidsbesluit, of met schade van een bepaalde omvang als gevolg van dat overheidsbesluit, wordt geacht dit besluit of deze schade in zijn beslissing te hebben verdisconteerd en daarmee deze schade te hebben aanvaard’.⁴³⁹

De in artikel 6.3 Wro genoemde voorzienbaarheid is niet dezelfde voorzienbaarheid als de voorzienbaarheid die als relevante omstandigheid wordt meegenomen bij de afweging of bepaalde schade al dan niet boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.⁴⁴⁰ De voorzienbaarheid die onderdeel uitmaakt van het normaal maatschappelijk risico, is een algemenere voorzienbaarheid. Zo is bijvoorbeeld te voorzien dat de overheid bij het uitbreken van een mond-en-klauwzeerepidemie maatregelen neemt die de handel in dieren(vlees) belemmeren. In het arrest *Staat/Harrida* overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘Indien de betrokken burgers of instellingen ondanks de voorzienbaarheid van dergelijke overheidsmaatregelen hun activiteiten aanvangen of voortzetten zonder het nemen van adequate maatregelen om uit dat overheidsingrijpen voortvloeiende nadelige gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen, bestaat geen grond voor toekenning van een vergoeding van schade, omdat die dan is te beschouwen als een normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico.’⁴⁴¹

⁴³⁶ Zie vooral HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, r.o. 3.9 (*Speeckaert/Gradener*). Zie over de zogenoemde hindsight bias het klassieke artikel Fischhoff 1975, p. 288-299.

⁴³⁷ Hierover m.n. Keirse 2003, p. 284-288.

⁴³⁸ PG Boek 6, p. 334-335.

⁴³⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 64.

⁴⁴⁰ Zie bijv. de toelichting op de Wro, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 113, waarin gesproken wordt van ‘de voorzienbaarheid van de schade’ en de aspecten van normaal maatschappelijk risico’ (mijn cursivering, WD). Zie over de verhouding tussen het normaal maatschappelijk risico en de actieve en passieve risicoaanvaarding bijv. Van den Broek 2004, p. 650-651. Zie voorts Hoitink 2002, p. 210.

⁴⁴¹ HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189, r.o. 3.5.3 (*Staat/Harrida*; m.nt. M.R. Mok). Zie ook HR 11 september 2009, NJ 2010, 369, r.o. 3.5 (*Cagemax/Nederland*) en Van Ravels in zijn annotatie onder laatstgenoemd arrest (AB 2010, 13), onder 7.

Met artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro is bedoeld zowel de actieve als de passieve risicoaanvaarding te codificeren. Van actieve risicoaanvaarding wordt gesproken wanneer een burger een onroerende zaak koopt, terwijl hij zou moeten weten dat bijvoorbeeld een bestemmingsplan een voor hem nadelige verandering met zich zou kunnen brengen. Van passieve risicoaanvaarding wordt gesproken wanneer een burger de mogelijkheden die het geldende bestemmingsplan hem biedt – denk aan bouw- of gebruiksmogelijkheden – niet ten volle benut, terwijl hij zou moeten weten dat zijn mogelijkheden in de toekomst beperkt of weggenomen zouden kunnen worden.⁴⁴² Ik beperk me in het navolgende tot de actieve risicoaanvaarding, omdat de criteria die bij de actieve en de passieve risicoaanvaarding gebruikt worden, dezelfde zijn.

6.3.1.1 Reikwijdte van de voorzienbaarheid

Of sprake is van voorzienbaarheid, moet volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak worden beoordeeld aan de hand van het antwoord op de vraag of ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak voor een redelijk denkend en handelend koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen.⁴⁴³ De Afdeling hanteert derhalve een geobjectiveerd kennisvereiste, een maatman.

Van voorzienbaarheid is bijvoorbeeld sprake in het volgende geval. A koopt in 1972 een woning, terwijl een voor A negatief bestemmingsplan van kracht is: op de grond tegenover de woning rust een woonwijkbestemming. Nog voordat de woonwijk tegenover A's woning wordt gerealiseerd, wordt in 1982 een voor A positief bestemmingsplan van kracht: de woonwijkbestemming wordt een agrarische bestemming. In 1996 wordt weer een voor A negatief bestemmingsplan van kracht: de agrarische bestemming wordt weer een woonwijkbestemming. A heeft nu geen recht op planschadevergoeding. Ook al is de bestemming tussentijds gewijzigd, A had er, toen hij de woning in 1972 aanschafte, rekening mee moeten houden dat er een woonwijk gerealiseerd zou gaan worden tegenover de woning. De Afdeling gaat ervan uit dat de realisatie van de woonwijk destijds is verdisconteerd in de verkoopprijs.⁴⁴⁴

Volgens rechtspraak van de Afdeling dient de aspirant koper rekening te houden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt.⁴⁴⁵ Voor het aannemen van voorzienbaarheid is niet vereist dat een beleidsvoornemen een formele status heeft.⁴⁴⁶ Ook hetgeen te lezen is in de *toelichting* op een bestemmingsplan kan de burger worden tegengeworpen.⁴⁴⁷ Verder moeten de 'openingen' in een bestemmingsplan – denk aan de aanduiding 'mogelijke uitbreiding woongebied (nader te bepalen)' – negatief, althans: negatief voor de burger, worden inge-

⁴⁴² Zie over de actieve en passieve risicoaanvaarding Van Buuren e.a. 2010, p. 298-302.

⁴⁴³ Zie over de ontwikkeling van het leerstuk van de actieve risicoaanvaarding in de jurisprudentie Van den Broek 2002, p. 189 e.v.

⁴⁴⁴ ABRvS 27 juni 2007, AB 2007, 348, r.o. 2.5.2 en 2.8 e.v. (*Montfoort*; m.nt. T.E.P.A. Lam). Zie ook ABRvS 16 december 2009, BR 2010, 46, r.o. 2.6.1 (*Sevenum*; m.nt. I.P.A. van Heijst). In de uitspraak *Montfoort* wordt teruggekomen op ABRvS 6 september 2006, nr. 200509826/1, r.o. 2.8 (*Moerdijk*).

⁴⁴⁵ Vanzelf spreekt dat alleen informatie van overheidswege voorzienbaarheid kan opleveren. Zie hierover nadrukkelijk ABRvS 25 januari 2006, BR 2006, 638, r.o. 2.6-2.6.1 (*Hengelo*; m.nt. J.W. van Zundert).

⁴⁴⁶ Zie bijv. ABRvS 30 september 2009, nr. 200900991/1/H2, r.o. 2.5.1 (*Zutphen*). In de uitspraak *Papendrecht* nam de Afdeling voorzienbaarheid aan op basis van een brief van de gemeente aan de burger. In de brief stond 'dat uitgifte van enige grond nabij het Westeind de gemeente zou kunnen beperken in eventuele plannen om de bebouwing langs de dijk te versterken. In dat verband wil de gemeente niet op voorhand de mogelijkheid uitsluiten om de hoek/het kruispunt te begeleiden met woonbebouwing' (ABRvS 6 augustus 2008, nr. 200708273/1, r.o. 2.4.1 (*Papendrecht*)).

⁴⁴⁷ Zie bijv. ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378, r.o. 2.2 (*Slochteren*; m.nt. G.M. van den Broek) en ABRvS 14 april 2004, nr. 200304146/1, r.o. 2.3 (*Rhenen*).

vuld.⁴⁴⁸ De Afdeling heeft een redelijk hoge dunk van de maatman, de redelijk denkend en handelend koper.

6.3.1.2 ‘Een beetje voorzienbaar’

In een aantal uitspraken van tamelijk recente datum heeft de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen voor een proportionele benadering van de voorzienbaarheid. Een voorbeeld is de uitspraak *Rijssen-Holten* uit 2004,⁴⁴⁹ aan welke uitspraak de volgende casus ten grondslag ligt. In een structuurplan uit 1980 staat vermeld dat in de op dat moment nog te realiseren woonwijken Veeneslagen en Opbroek een aantal buurtvoorzieningen zal worden ondergebracht, zoals scholen voor kleuter- en basisonderwijs. Nadat eisers in 1992 bouw kavels in Veeneslagen hebben gekocht, wordt er in plaats van een kleuter- of basisschool een school voor voortgezet onderwijs met regionale functie gebouwd. Was dit nu voorzienbaar voor eisers? De Afdeling oordeelt dat ‘een redelijk denkende en handelende koper ten tijde van de aankoop van de onderhavige kavels in onvoldoende mate uit dit plan heeft kunnen afleiden dat hij ook rekening diende te houden met de bouw van een school van een dergelijke omvang, dat wil zeggen een school voor voortgezet onderwijs met een regionale functie’.⁴⁵⁰ De planschade die de eisers lijden, behoort dan ook niet geheel voor hun eigen rekening te blijven, aldus de Afdeling.

De regel is dat de schade wordt vergoed, voor zover deze niet voorzienbaar was. Ik denk niet dat deze uitspraken als uitzonderingen op de regel gezien moeten worden, maar juist als strikte toepassing van de regel. In het hierboven besproken voorbeeld was niet te voorzien dat een school voor voortgezet onderwijs met regionale functie gebouwd zou worden, wel voorzienbaar was dat een aantal buurtvoorzieningen, waaronder scholen voor kleuter- en basisonderwijs, zou worden gerealiseerd. Het verschil tussen wat wel voorzienbaar was en wat niet voorzienbaar was, is de schade die voor vergoeding (lees: tegemoetkoming) in aanmerking komt.

6.3.2 De schadebeperkingsplicht (artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro)⁴⁵¹

Ex artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro moeten burgemeester en wethouders bij hun beslissing op het verzoek om tegemoetkoming ook de mogelijkheden van de aanvrager om de schade te voorkomen of te beperken betrekken. Van Buuren cum suis merkt op dat dit ‘een algemene regel van schadevergoedingsrecht (is) die (...) geen verdere bespreking behoeft’.⁴⁵² Met dat laatste ben ik het oneens.⁴⁵³ Het is alles behalve duidelijk hoe de wetgever denkt over de reikwijdte van de schadebeperkingsplicht; wat verwacht de wetgever van de schadelijgende

⁴⁴⁸ Zie bijv. ABRvS 4 maart 2009, nr. 200804235/1, r.o. 2.5.1 (*Dalfsen*) en ABRvS 15 juli 2009, nr. 200809396/1/H2, r.o. 2.6.2 (*Dalfsen*). Het is te verwachten dat ook de ruimte die artikel 3.6 lid 1 Wro de gemeente biedt – het opnemen van een wijzigingsbevoegdheid in een bestemmingsplan – tot voorzienbaarheid leidt. Vooralsnog wordt betrekkelijk veel gebruik gemaakt van deze regeling. Zie Planbureau voor de Leefomgeving 2010, p. 37. Zie voorts Van Zundert 2010, p. 128.

⁴⁴⁹ Zie voor een recenter voorbeeld ABRvS 25 augustus 2010, nr. 200909827/1/H2, r.o. 2.4.3 (*Bergen op Zoom*).

⁴⁵⁰ ABRvS 31 maart 2004, *BR* 2004, 772, r.o. 2.7 (*Rijssen-Holten*; m.nt. J.W. van Zundert). Na deze uitspraak is door burgers vaker gepoogd om een deel van de schade als onvoorzienbaar aan te merken, zie bijv. ABRvS 16 maart 2005, nr. 200407663/1, r.o. 2.5 (*Epe*).

⁴⁵¹ De Groot hanteert een ruimere definitie van de schadebeperkingsplicht, waaronder, onder meer, de actieve risicoaanvaarding valt (zie G.J. de Groot 1982, p. 177-189, zie m.n. p. 180, voetnoot 10). De hierna te bespreken schadebeperkingsplicht is beperkter van aard en vergelijkbaar met wat in het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht onder de schadebeperkingsplicht wordt verstaan. Dit is ook de gangbare benaderingswijze in de planschaderechtelijke literatuur.

⁴⁵² Van Buuren e.a. 2008, p. 196.

⁴⁵³ Vgl. Van Zundert, die opmerkt dat ‘(d)e vraag hoe ver deze schadebeperkingsplicht gaat, (...) in de jurisprudentie (zal) moeten worden beantwoord’ (Van Zundert 2008b, p. 2, r.k.).

burger?⁴⁵⁴ Van de burger wordt niet verwacht dat hij bezwaar maakt (en daarna eventueel beroep instelt) tegen een voor hem negatieve planologische maatregel.⁴⁵⁵ Maar moet de burger, wanneer de polder waarop hij vanuit zijn woning uitkijkt, een woonwijk wordt een grote heg achterin zijn tuin plaatsen om zo zijn uitzichtschade te beperken? Moet de burger, wanneer er een provinciale weg achter zijn huis wordt aangelegd, dubbele beglazing nemen om zo de geluidshinder te beperken? Wat kan op grond van de schadebeperkingsplicht van artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro van de burger worden gevergd?

Hieronder, onder 6.4.4, doe ik, na een vergelijking met de privaatrechtelijke schadebeperkingsplicht, enige aanbevelingen over de omvang van de schadebeperkingsplicht in het plan-schaderecht.

6.3.3 De vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming of beperking van schade⁴⁵⁶

In artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro is de schadebeperkingsplicht neergelegd. De privaatrechtelijke variant van de schadebeperkingsplicht is hierboven, onder 5.2.4, besproken, evenals wat ik heb genoemd het spiegelbeeld van de schadebeperkingsplicht, artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW. Een soortgelijke bepaling ontbreekt in de Wro. Dat betekent echter niet dat kosten ter voorkoming of beperking van schade niet voor vergoeding in aanmerking komen.

Onder de vigeur van artikel 49 WRO (oud) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat kosten ter beperking van schade voor vergoeding in aanmerking komen als deze kosten zijn aan te merken als een ‘noodzakelijk uitvloeisel’ van de schadeveroorzakende maatregel.⁴⁵⁷ Ik ga ervan uit dat de Afdeling haar koers, zoals uitgezet onder de WRO (oud), onder de Wro blijft volgen. De Afdeling meent dat kosten ter beperking van planschade als ‘noodzakelijk uitvloeisel’ van de schadeveroorzakende maatregel zijn aan te merken als is voldaan aan twee voorwaarden.⁴⁵⁸ De eerste voorwaarde is dat de genomen maatregelen de schade daadwerkelijk moeten beperken.⁴⁵⁹ De tweede voorwaarde is dat de kosten niet hoger mogen zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als niet schadebeperkend was opgetreden.⁴⁶⁰ Deze twee voorwaarden hebben een retrospectief karakter en zijn daarmee nogal streng te noemen.⁴⁶¹ Het is immers op voorhand niet altijd eenvoudig om te voorspellen in hoeverre bepaalde schadebeperkende maatregelen de schade *daadwerkelijk* zullen beperken en of de kosten van de maatregelen de schade niet zullen overstijgen.

6.4 Vergelijking

6.4.1 Ratio van de ‘eigen schuld’-bepalingen

⁴⁵⁴ Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 64 en 113.

⁴⁵⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 63: ‘De regering heeft overwogen om in de nieuwe regeling het in behandeling nemen van een verzoek tot tegemoetkoming in de schade afhankelijk te stellen van de vraag of de betrokkene in de fase van de voorbereidingsprocedure van het besluit tot vaststellen of wijzigen van een bestemmingsplan, het bestuur heeft gewezen op het intreden van schade ten gevolge van dat besluit. Omdat de schadeoorzaak kan liggen in een samenstel van besluiten (bestemmingsplan op hoofdlijnen en het uitwerkingsbesluit of binnenplanse ontheffing e.d.) heeft de regering besloten hiervan af te zien’. Zie voorts ABRvS 6 mei 2004, *JOM* 2008, 239, r.o. 2.8 (*Jacobswoude*).

⁴⁵⁶ In de literatuur wordt niet steeds gesproken over de vergoedbaarheid van kosten ter *voorkoming* van schade. Er wordt evenwel niet bedoeld de vergoedbaarheid van kosten ter voorkoming van schade uit te sluiten.

⁴⁵⁷ ABRvS 22 juli 1994, *BR* 1995, 327, p. 328, r.k. (*Restaurant Nijmegen*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

⁴⁵⁸ Zie, ook voor verwijzingen, Van den Broek 2002, p. 57.

⁴⁵⁹ ABRvS 21 maart 1995, *BR* 1996, 504, p. 505, l.k. (*Waardevermindering Dronten*).

⁴⁶⁰ ABRvS 22 juli 1994, *BR* 1995, 327, p. 328, r.k. (*Restaurant Nijmegen*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

⁴⁶¹ Enzo Van den Broek 2002, p. 57.

De ratio van zowel het ‘eigen schuld’-verweer als de voorzienbaarheid en de schadebeperkingsplicht is dezelfde: schade die men aan zichzelf toebrengt, hoeft een ander niet te vergoeden.⁴⁶² Zoals ik hierboven, onder 2.4.1, heb opgemerkt, is het uitgangspunt dat aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag ligt dat eenieder zijn eigen schade draagt. Schade ligt waar zij valt. Wil men schade verplaatsen naar een ander, dan moet daarvoor een goede reden zijn. Een onrechtmatige daad van een ander kan zo een goede reden zijn. De ander hoeft echter slechts de schade te vergoeden die het gevolg is van zijn onrechtmatig handelen. Als een gedeelte van de schade wordt veroorzaakt door de schadelijgende zelf, dan geldt (voor dit gedeelte) weer het uitgangspunt, namelijk dat hij zijn eigen schade moet dragen. Voor het plan-schaderecht geldt ongeveer hetzelfde. Hier kan een goede reden om schade te verplaatsen een nadelige planologische wijziging zijn. Als de schadelijgende (echter) zelf debet is aan zijn schade – hij had de schade kunnen en moeten voorzien –, dan heeft hij deze zelf te dragen.

6.4.2 De maatman en het normaal maatschappelijk risico

De maatstaf die door de Afdeling bestuursrecht wordt aangelegd om te zien of sprake is van voorzienbaarheid – ‘de redelijk denkend en handelend koper’ – doet sterk denken aan allerhande privaatrechtelijke maatmannen.⁴⁶³ Zo kent het privaatrecht onder meer de ‘redelijk bewaam en redelijk handelend vakgenoot’ (voor het eerst in het arrest *Speeckaert/Gradener*),⁴⁶⁴ de ‘zorgvuldig schuldenaar’ (artikel 6:204 lid 1 BW) en de ‘zorgvuldig vervoerder’ (artikel 8:1098 BW). Ook in het privaatrecht wordt de vraag bij tijd en wijle gesteld of de maatman geen bovenmenselijke eigenschappen worden toegedicht.⁴⁶⁵ Dat brengt me bij een belangrijke overeenkomst tussen de ‘eigen schuld’ en de actieve en passieve risicoaanvaarding: beide figuren zien op de risicosfeer van de schadelijgende en niet zozeer – of althans, niet uitsluitend – op situaties waarin de schadelijgende een fout heeft gemaakt; of de schadelijgende een fout heeft gemaakt, doet niet ter zake, als de schade hem maar kan worden *toegerekend*.

Duidelijk is dat van voorzienbaarheid in menselijke zin – het criterium ‘redelijk denkend en handelend koper’ refereert daar toch aan – lang niet altijd kan worden gesproken.⁴⁶⁶ Gezegd kan worden dat de term voorzienbaarheid op zijn minst genomen enigszins misleidend is – fallit imago – en dat het harde ‘alles of niets’-karakter van de voorzienbaarheid – iets is namelijk ofwel voorzienbaar ofwel niet voorzienbaar – niet steeds even redelijk lijkt uit te pakken.⁴⁶⁷ Ik denk onder meer aan uitspraken die handelen over de schade die burgers lijden ten gevolge van een ontsluitingsweg die vlak voor hun huis wordt aangelegd. In deze uitspraken wordt overwogen dat het voor de hand ligt ‘dat een woonwijk ontsloten moet worden, zodat

⁴⁶² Zie voor de ratio van het ‘eigen schuld’-verweer en de schadebeperkingsplicht vooral Keirse 2003, p. 69-72. Vgl. Van den Broek 2002, p. 211, die opmerkt dat uit de literatuur blijkt ‘dat in het civiele recht geen duidelijkheid bestaat omtrent de grondslag van het leerstuk van de ‘eigen schuld’.

⁴⁶³ Zie hierover bijv. Castermans e.a. 2008, m.n. de bijdragen van Castermans (2008, p. 3-13) en Kreijger (2008, p. 189-205).

⁴⁶⁴ HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, r.o. 3.7.

⁴⁶⁵ Zie over de vraag ‘wat voor persoon de (...) maatman moet zijn’ K.J.O. Jansen 2006, p. 15-17. Jansen haalt Davies aan (p. 16), die schrijft: ‘The reasonable man is intended to represent the average citizen but, since he is the *judicial idea* of the average citizen, there is undoubtedly a tendency to think that the reasonable man has rather high standards of care’ (cursivering van Jansen).

⁴⁶⁶ Vgl. Van Buuren e.a. 2009, p. 332, voetnoot 44: ‘Zoiets van een gewone koper verwachten, gaat ons inziens in het algemeen te ver’. In de nieuwe druk is de passage geschrapt (zie Van Buuren e.a. 2010, p. 299).

⁴⁶⁷ Vgl. Van den Broek, die schrijft: ‘De grote waarde die aan de voorzienbaarheid van de schade wordt gehecht, duidt op een bescherming van de positie van de grondeigenaar of -gebruiker’ (Van den Broek 2002, p. 206).

een redelijk denkend en handelend koper er niet zonder meer van mag uitgaan dat een ontsluitingsweg niet op de gronden tegenover zijn perceel zal worden aangelegd'.⁴⁶⁸

Bij deze strenge benadering van de voorzienbaarheid speelt mee dat de schade wordt toegebracht door rechtmatig overheids-handelen; rechtmatig toegebrachte schade komt in principe niet voor vergoeding in aanmerking, terwijl onrechtmatig toegebrachte schade in principe wél voor vergoeding in aanmerking komt. Nu lijkt het me goed dat met overheidsgeld voorzichtig wordt omgesprongen,⁴⁶⁹ maar ik vraag me af of het hiervoor nodig is dat de voorzienbaarheid tot voorbij de menselijke voorzienbaarheid wordt opgerekt. Zo zou de aanleg van een ontsluitingsweg mijns inziens niet voorzienbaar moeten worden geacht om de eenvoudige reden dat het maar zeer de vraag is of de aanleg van deze weg ook echt concreet voorzienbaar was. Naar mijn idee zou de aanleg van een ontsluitingsweg beter kunnen worden meegenomen bij de vraag in hoeverre de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt, zoals ook de groei van een dorp en daarmee het verschuiven van de dorpsrand wel wordt meegenomen bij de vraag in hoeverre het verdwijnen van het vrije uitzicht tot het normaal maatschappelijk risico behoort.⁴⁷⁰

6.4.3 Vaker een proportionele benadering?

Een van de belangrijkste verschillen tussen de 'eigen schuld' en de voorzienbaarheid is dat de voorzienbaarheid geen gradaties kent in die zin dat bijvoorbeeld een duidelijk omschreven bestemming, zoals 'woongebied', in een bestemmingsplan eerder als voorzienbaar wordt aangemerkt dan een 'opening' in een bestemmingsplan ('mogelijke uitbreiding woongebied (nader te bepalen)'). En wordt voorzienbaarheid aangenomen, dan vervalt de aanspraak op een tegemoetkoming in de planschade geheel. (Denk aan het wegvallen van het onrechtmatige karakter van het toebrengen van letsel in een *cage fight* (§ 6.2.2).)

Artikel 6:101 BW biedt ruimte om de schade te verdelen tussen de aangesprokene en de schadelijgende naar de mate waarin zij 'schuld' aan de schade hebben. Bij de voorzienbaarheid is 'schuld' bij de schadelijgende – namelijk: hij had de schadetoebrengende maatregel moeten zien aankomen – voldoende om de gehele schade voor rekening van de schadelijgende te laten. De voorzienbaarheid heeft derhalve een 'alles of niets'-karakter, waar de privaatrechtelijke 'eigen schuld' juist een proportioneel karakter heeft.

Het eerste decennium van de eenentwintigste eeuw heeft de Afdeling in haar rechtspraak wel ruimte gegeven voor een proportionele benadering van de voorzienbaarheid voor situaties waarin een wijziging in de ruimtelijke ordening van een grotere omvang is dan kon worden voorzien op basis van het geldende planologische regime. Zoals gezegd is dit eerder een strikte toepassing van de regel dat alleen niet-voorzienbare schade voor vergoeding (lees: tegemoetkoming) in aanmerking komt dan een uitzondering op de regel (§ 6.3.1.2). De vraag is nu of de Afdeling niet vaker voor deze proportionele benadering zou moeten kiezen, bijvoorbeeld ook in de gevallen waarin in een bestemmingsplan de aanduiding 'mogelijke uitbreiding woongebied (nader te bepalen)' wordt gebruikt.⁴⁷¹ Het is namelijk zeer wel denkbaar dat, hoewel door de Afdeling wordt verondersteld dat dit soort risico's is verdisconteerd in de

⁴⁶⁸ ABRvS 22 april 2009, nr. 200807297/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Zaanstad*); ABRvS 22 april 2009, nr. 200807301/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Zaanstad*); ABRvS 22 april 2009, JOM 2009, 694, r.o. 2.8.1 (*Zaanstad*).

⁴⁶⁹ Om Spier te citeren: 'De bodem van de schatkist is – voor zover al niet weggeslagen – in zicht. En de gedachte dat de schatkist door kabouterijtjes wordt gevuld, berust (...) op een misvatting' (zie zijn conclusie voorafgaand aan HR 29 september 2009, RvdW 2009, 1098 (*Westmaas/Staat*), onder 4.13.3).

⁴⁷⁰ Zie bijv. ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, 692 (*Bankfiliaal Liemeer*; m.nt. P.C.E. van Wijmen): 'Vooropgesteld zij dat, zoals reeds eerder is overwogen, aan een bepaald planologisch regime, waardoor bijvoorbeeld een vrij uitzicht mogelijk is, geen blijvende rechten kunnen worden ontleend. Het is een normale maatschappelijke ontwikkeling dat ruimtelijke inzichten en, daaruit voortvloeiende, bestemmingsplannen in de loop der tijd wijzigen' (r.o. 2.4).

⁴⁷¹ Hiervoor pleiten Scheltema & Scheltema 2008, p. 426.

koopprijs,⁴⁷² dit in het geheel niet het geval is. Zo kan bijvoorbeeld een tekort aan woningen in een bepaalde regio mede de prijs van de schaarse te koop staande woningen hoog houden, ondanks de aanduiding ‘mogelijke uitbreiding woongebied (nader te bepalen)’ in het bestemmingsplan.

Een nadeel van de proportionele benadering, waaraan ik hierboven, onder 6.2.1.2, aandacht besteed, is het feit dat grijs in vele tinten komt.⁴⁷³ Om Barendrecht te citeren: ‘Wie tussenoplossingen wil aanvaarden, zal ook moeten kunnen aangeven hoeveel van het nadeel dan bij wie moet komen te liggen. Ja, hij kan het nog even proberen met ‘gewoon ieder de helft’, maar dezelfde argumenten die voor een tussenoplossing pleiten, keren zich al snel ook tegen die uitweg.’⁴⁷⁴ Kort en goed: meer proportionaliteit leidt tot meer onduidelijkheid. En onduidelijkheid kost de samenleving geld; er wordt immers (vrijwel) alleen geprocedeerd wanneer er onzekerheid bestaat over de uitkomst van een procedure.⁴⁷⁵ De harde knip van de voorzienbaarheid pakt niet steeds even redelijk uit, maar hij biedt wel rechtszekerheid.⁴⁷⁶

6.4.4 De schadebeperkingsplicht en de vergoedbaarheid van kosten ter (voorkoming of) beperking van schade

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht worden de contouren van de schadebeperkingsplicht bepaald door de redelijkheid. In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat de burgerlijke rechter tamelijk terughoudend is bij het aannemen van een schadebeperkingsplicht. Voor deze terughoudendheid bestaat een belangrijke reden: de schade is ontstaan door niet-rechtmatig handelen, bijvoorbeeld een onrechtmatige daad of een wanprestatie.

Kosten ter beperking of voorkoming van schade komen voor vergoeding in aanmerking als er een causaal verband tussen het schadebeperkend handelen van de schadelijgende en het schade-toebrengend handelen van de schadetoebrengende bestaat – de schadelijgende moet de (schadebeperkende) handelingen hebben verricht om zijn schade te beperken – en als de kosten zowel naar aard als naar omvang redelijk zijn.

In de toelichting op de Wro worden geen opmerkingen gemaakt over de invulling van de schadebeperkingsplicht in het planschaderecht. De reikwijdte van deze plicht is onduidelijk. Wel is in de rechtspraak uitgemaakt dat de kosten ter beperking van planschade niet snel voor vergoeding in aanmerking komen, namelijk slechts indien en voor zover de genomen maatregelen de schade *daadwerkelijk* beperken en de kosten van de schadebeperkende maatregelen *niet hoger* zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als niet schadebeperkend was gehandeld.

Anders dan onder het planschaderecht hoeven de door de schadelijgende genomen maatregelen in het privaatrecht geen effect te sorteren in die zin dat de schade werkelijk beperkt wordt. Verder kan het zijn dat de kosten van de schadebeperkende maatregelen hoger uitvallen dan de schade. Hiermee is niet gezegd dat deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen. De vraag is of de schadelijgende vooraf, dus voordat hij de schadebeperkende maatregelen trof, redelijkerwijs kon verwachten dat de kosten de schade zouden overtreffen. Moet deze vraag ontkennend beantwoord worden, dan komen de kosten voor vergoeding in aanmerking.

⁴⁷² Zie bijv. ABRvS 5 juli 2006, nr. 200508957/1, r.o. 2.6 (*Leiderdorp*).

⁴⁷³ Aldus Barendrecht 1997b, p. 3).

⁴⁷⁴ Barendrecht 1997b, p. 3.

⁴⁷⁵ In die zin is de ‘doorwerking’ van de ‘eigen schuld’ in de vergoedbaarheid van de buitengerechtelijke kosten (artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder c, BW) ook alles behalve gelukkig. De Hoge Raad koos voor deze route in HR 21 september 2007, NJ 2008, 241, r.o. 3.3-3.4 (*Manege Bergemo*; m.nt. J.B.M. Vranken). Zie hierover kritisch o.m. Dijkshoorn & Lindenberg 2007, m.n. p. 255, r.k.-256.

⁴⁷⁶ Een ander nadeel zou een eventuele vloedgolf aan schadevergoedingsverzoeken kunnen zijn. De vraag is of zo een vloedgolf een reëel ‘gevaar’ is of dat artikel 6.4 lid 3 Wro, dat een heffing van € 500,- mogelijk maakt, een voldoende bescherming biedt.

Sprekend voor de privaatrechtelijke benadering is de volgende omschrijving van Bloembergen: ‘Het is onmiddellijk evident en dan ook algemeen aanvaard, dat de kosten, die de benadeelde maakte ter voorkoming of beperking van de schade, ten laste moeten komen van de dader’.⁴⁷⁷ Dit laatste woord, ‘dader’, illustreert duidelijk het verschil tussen privaatrecht en planschaderecht. In het privaatrecht is er een ‘dader’, iemand die een fout begaat, en een ‘slachtoffer’, iemand die door de fout van de ‘dader’ schade lijdt. Van het slachtoffer wordt niet snel verwacht dat hij actie onderneemt, om de schade te beperken. En wanneer hij wel actie onderneemt wordt niet snel aangenomen dat de kosten die hij maakt, niet voor vergoeding in aanmerking komen.

Het planschaderecht kent geen daders en ook geen slachtoffers. Er is een overheid die vanuit het algemeen belang (in beginsel) rechtmatige handelingen verricht en er zijn burgers die hiervan nadeel ondervinden. De benadering van de vergoedbaarheid van kosten ter beperking van planschade – twee nogal strenge voorwaarden – vloeit hier naar mijn idee logischerwijs uit voort; de overheid is slechts gehouden die schade te vergoeden die het normaal maatschappelijk risico overstijgt, dus waarom zou ze de extra kosten die de burger maakt – kosten waarmee de burger denkt zijn schade te beperken, maar waarmee hij feitelijk zijn schade vergroot – moeten vergoeden? De overheid is alleen gehouden de kosten te vergoeden als ze werkelijk ‘goedkoper’ uit is door het handelen van de burger.

Ik meen dat deze benadering van de vergoedbaarheid van kosten ter beperking van schade meebrengt dat de schadebeperkingsplicht niet te ruim mag worden gezien. Immers, wanneer van een burger op grond van de schadebeperkingsplicht zou worden gevergd dat hij kosten maakt, maar hij niet op voorhand de zekerheid heeft dat deze kosten vergoed zullen worden – eerst moet maar blijken dat zijn inspanningen de schade *daadwerkelijk* beperken en dat de door hem gemaakte kosten niet hoger zijn dan de schade –, dan wordt van hem te veel gevraagd.⁴⁷⁸

Ik zou ervoor willen pleiten deze plicht alleen aan te nemen wanneer duidelijk is dat de burger door een relatief geringe inspanning relatief veel schade kan beperken. Het is lastig om vooraf steeds goed in te schatten in hoeverre een bepaalde maatregel een schadebeperkend effect heeft. Wanneer bijvoorbeeld een horecaondernemer te lijden heeft onder een wegomlegging, dan kan hij door reclamefolders te verspreiden en/of door met borden aan te geven hoe zijn horecagelegenheid te bereiken is zijn inkomensschade waarschijnlijk (enigszins) beperken. De vraag is hoeveel schade er middels deze reclameactiviteiten precies beperkt wordt.⁴⁷⁹ Hetzelfde geldt voor een huiseigenaar die dubbele beglazing laat plaatsen. Het lijkt vanzelf te spreken dat de huiseigenaar door dubbele beglazing te nemen de geluidshinder weet terug te dringen, maar wat is de invloed van deze maatregel nu precies op de waarde van het huis? Een onderzoek naar de effecten van deze maatregelen is al gauw duurder dan de maatregelen zelf. Ik ben geneigd te zeggen dat in geval van twijfel geen schadebeperkingsplicht moet worden aangenomen.

6.5 Conclusie

⁴⁷⁷ Bloembergen 1965, nr. 280.

⁴⁷⁸ Vgl. Keirse, die schrijft: ‘Het zou weinig redelijk zijn de dader enerzijds wel te laten profiteren van geslaagde beredderingspogingen, waartoe hij de benadeelde noopte, maar hem anderzijds niet te belasten met het aan de poging verbonden risico dat het beoogde resultaat uitblijft’ (Keirse 2003, p. 284-285).

⁴⁷⁹ Daarbij komt inkomensschade die een ondernemer lijdt, zelden voor vergoeding in aanmerking onder de Wro, omdat deze schade niet wordt geleden doordat een planologische wijziging wordt doorgevoerd, maar doordat aan een bepaalde planologische maatregel uitvoering wordt gegeven. Zie bijv. ABRvS 6 september 2006, nr. 200509762/1 (*Parkeergarage De Nieuwe Passage*).

Kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht voor wat (de verschijningsvormen van) ‘eigen schuld’ betreft? Ik meen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De privaatrechtelijke ‘eigen schuld’-regeling leent zich er evenwel niet voor één op één te worden overgenomen in het planschaderecht. De privaatrechtelijke ‘eigen schuld’-variant biedt ruimte voor maatwerk: wie ‘een beetje’ ‘eigen schuld’ heeft aan zijn schade, moet ‘een beetje’ van die schade zelf dragen. Het planschaderecht biedt deze ruimte niet. Wie ‘eigen schuld’ heeft aan zijn schade, wiens schade als voorzienbaar moet worden aangemerkt, moet die schade volledig zelf dragen. Deze benadering is tot op zekere hoogte te billijken; het planschaderecht heeft een ‘hard and fast rules’-karakter – zie hierover § 2.3.2.1 – en kenmerkt zich door ‘een afkeer van vaagheid’, om met Van Ravels te spreken.⁴⁸⁰ Daarbij leidt proportionaliteit tot onduidelijkheid en onduidelijkheid leidt tot juridische procedures en de wetgever heeft met de invoering van de Wro juist het aantal planschadeprocedures willen terugbrengen.⁴⁸¹ Het overnemen van de proportionaliteitsbenadering van het privaatrecht lijkt me dan ook niet gewenst.

Ik meen dat de harde knip van de voorzienbaarheid niet steeds is te billijken. Ik denk bijvoorbeeld aan uitspraken die handelen over de schade die burgers lijden ten gevolge van een ontsluitingsweg die vlak voor hun huis wordt aangelegd. In deze uitspraken wordt overwogen dat het voor de hand ligt ‘dat een woonwijk ontsloten moet worden, zodat een redelijk denkend en handelend koper er niet zonder meer van mag uitgaan dat een ontsluitingsweg niet op de gronden tegenover zijn perceel zal worden aangelegd’.⁴⁸² Het is maar de vraag of het concreet voorzienbaar was dat de ontsluitingsweg juist op die plek zou worden aangelegd en dus dat een redelijk denkend en handelend koper hiermee rekening zou (kunnen) houden. Naar mijn idee is dit niet – zeker niet steeds – het geval. Het komt me voor dat de meer abstracte voorzienbaarheid – het is te voorzien dat er *ergens* een ontsluitingsweg zal moeten worden aangelegd – beter meegenomen kan worden bij het antwoord op de vraag of de schade tot het normaal maatschappelijk risico van de schadelijgende moet worden gerekend.

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zijn de (op de schadelijgende rustende) schadebeperkingsplicht (die voortvloeit uit artikel 6:101 lid 1 BW) en de vergoedbaarheid van kosten die (door de schadelijgende) zijn gemaakt om schade te voorkomen en/of te beperken (artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW) elkaars spiegelbeeld.⁴⁸³ In het planschaderecht is niet duidelijk wat de reikwijdte is van de schadebeperkingsplicht (artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro). Wel is uit de rechtspraak van de planschaderechter op te maken dat kosten die zijn gemaakt ter voorkoming en beperking van planschade, zelden voor vergoeding in aanmerking komen. Als ook in het planschaderecht de schadebeperkingsplicht en de vergoedbaarheid van de kosten die zijn gemaakt ter voorkoming en/of beperking van de schade, als elkaars spiegelbeeld moeten worden beschouwd – en dat is naar mijn idee het geval –, zou er in het planschaderecht weinig ruimte voor de schadebeperkingsplicht moeten bestaan.

⁴⁸⁰ Van Ravels 2002, p. 418.

⁴⁸¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 61. Zie ook de brief van de toenmalige Minister van VROM, Pronk, onder het kopje ‘Toename planschadeclaims’ gepubliceerd in *BR* 1999-8 (p. 665-667).

⁴⁸² ABRvS 22 april 2009, nr. 200807297/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Zaanstad*); ABRvS 22 april 2009, nr. 200807301/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Zaanstad*); ABRvS 22 april 2009, *JOM* 2009, 694, r.o. 2.8.1 (*Zaanstad*).

⁴⁸³ Zie ook de toelichting op artikel 4:126 lid 2, aanhef en onder b, Awb (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 25).

7. Schade begroten

7.1 Inleiding

Wanneer vaststaat dat de schadelijgende aanspraak kan maken op ofwel een schadevergoeding ofwel een tegemoetkoming in zijn schade, zal deze schade moeten worden begroot. Met het begroten van schade spelen allerlei praktische problemen op, zoals de toepassing van de vergelijkingsmaatstaf – de toestand zónder schadetoebrengende gebeurtenis minus de toestand mét schadetoebrengende gebeurtenis is de schade – en de (dominante) rol van deskundigen gecombineerd met de beperkte kennis en kunde van de rechter.

In dit hoofdstuk bespreek ik de wijze waarop schadebegroting plaatsvindt in het privaatrecht (§ 7.2) en het planschaderecht (§ 7.3). In § 7.4 kom ik tot een vergelijking. Hierbij worden ook eventuele punten ter verbetering van het planschaderecht (ontleend aan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht) betrokken. In § 7.5 kom ik tot de beantwoording van de vraag die in dit boek centraal staat: kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

7.2 Schade begroten in het privaatrecht

7.2.1 De vordering tot vergoeding van schade

De wijze waarop de vordering tot vergoeding van schade wordt behandeld in het civiele proces, kan worden opgedeeld in twee fasen, die in de praktijk niet steeds goed van elkaar te scheiden zijn. Eerst komt de vraag aan de orde óf er schade is geleden. Deze vraag maakt deel uit van de vraag of er aansprakelijkheid kan worden gevestigd. ‘Schade’ is namelijk een van de elementen van bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsgrondslagen onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), wanprestatie (artikel 6:74 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Wil aansprakelijkheid kunnen worden gevestigd, dan zal ook sprake moeten zijn van schade.

Als eenmaal vaststaat dát er schade is geleden, wordt doorgaans gezien wat de omvang van deze schade is.⁴⁸⁴ Deze tweede fase komt niet altijd (in de initiële procedure) aan de orde; in het geval de rechter zich niet in staat acht de schadevergoeding vast te stellen, kan hij de zaak verwijzen naar een schadestaatprocedure (artikel 612 e.v. Rv).⁴⁸⁵ In de praktijk wordt verwijzing naar de schadestaatprocedure ook wel door één of meer partijen gevorderd, om de discussie over de aansprakelijkheid niet te vertroebelen en/of kosten te besparen.⁴⁸⁶ Wordt aan-

⁴⁸⁴ De rechter kan overgaan tot het vaststellen van de omvang van de schade, het begroten van de schade, als voor hem ‘aannemelijk’ is dat er schade is geleden en hij zich ‘in staat acht’ de schade vast te stellen. Zie bijv. HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746, r.o. 3.3: ‘Het is voldoende voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. *Alsdan staat het de rechter vrij om, mede in aanmerking genomen de aard van de schade, zonder nader bewijs aannemelijk te achten dat schade is geleden* en de omvang hiervan vervolgens te schatten (mijn cursivering, WD).’ Zie voorts HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 371, r.o. 3.4 (*Van de Ven/Van de Ven*).

⁴⁸⁵ Voor verwijzing naar een schadestaatprocedure is het voldoende ‘dat de *mogelijkheid* dat schade is of zal worden geleden, aannemelijk is’ (mijn cursivering, WD). Zie HR 5 juni 1998, *NJ* 1998, 817, r.o. 3.3; HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 371, r.o. 3.4 (*Van de Ven/Van de Ven*). Zie over de vereisten voor verwijzing naar de schadestaatprocedure Tjong Tjin Tai 2008, p. 1-7. Spier schrijft: ‘(zeker) niet iedere hypothetische mogelijkheid zal (steeds) voldoende zijn. Bij een louter hypothetische mogelijkheid (of in voorkomende gevallen wellicht zelfs een zéér kleine kans) kan (doorgaans) niet worden gezegd dat de mogelijkheid dat schade bestaat *aannemelijk* is. En evenmin dat er geen schade is.’ (Conclusie voorafgaand aan HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 371 (*Van de Ven/Van de Ven*), onder 3.43.1.)

⁴⁸⁶ Zie Tjong Tjin Tai 2008, p. 1-2, l.k.

sprakelijkheid in de hoofdprocedure aangenomen, dan kunnen partijen er ook voor kiezen de zaak buiten rechte af te doen. Van een schadestaatprocedure komt het dan niet.

De omvang van de schade wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de situatie zónder de schadeveroorzakende gebeurtenis en de situatie mét de schadeveroorzakende gebeurtenis. Het verschil tussen deze twee situaties is de schade.⁴⁸⁷ Problematisch aan deze ‘vergelijkingshypothese’ is ten eerste dat niet altijd duidelijk is hoe de situatie met de schadeveroorzakende gebeurtenis zich zal ontwikkelen. Dit geldt met name bij schade die intreedt met het verloop van de tijd, zogenoemde duurschade.⁴⁸⁸ Ten tweede is over de situatie zónder de schadeveroorzakende gebeurtenis niks bekend; het is een alternatieve werkelijkheid.⁴⁸⁹ Zo is het onzeker hoeveel winst een ondernemer zou hebben gemaakt als jegens hem niet onrechtmatig was gehandeld.⁴⁹⁰ Er zijn legio omstandigheden die van invloed (hadden kunnen) zijn op de winst van de ondernemer als de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet had voorgedaan. Denk aan bijvoorbeeld conjunctuurwijzigingen, onvoorziene weersomstandigheden, afwijkende valutakoersen, onverwachte politieke ontwikkelingen en grillige kooptrends.⁴⁹¹ Een ander voorbeeld waarmee de problematische aard van de ‘vergelijkingshypothese’ aanschouwelijk wordt is de begroting van het verlies aan arbeidsvermogen van een letselschadeslachtoffer. Misschien is met behulp van een deskundige uit te maken hoe de situatie er nu uitziet – bijvoorbeeld: het slachtoffer is voor 40% arbeidsongeschikt –, maar hoe had de situatie er zonder de schadetoebrengende gebeurtenis uitgezien?⁴⁹² Hoe had de carrière van de schadelijgende zich ontwikkeld? Waar het enige tijd geleden gebruikelijk was om het gehele werkzame leven voor dezelfde baas te werken, is het op het moment heel gewoon om met enige regelmaat van baan te veranderen. Welke keuzes zou de schadelijgende hebben gemaakt? Zou hij op enig moment minder zijn gaan werken (om bijvoorbeeld voor de kinderen te zorgen)? Of zou hij vervroegd zijn uitgetreden?

Het gereedschap waarmee de rechter deze netelige kwesties te lijf moet gaan, is te vinden in de artikelen 6:97 en 6:105 BW.⁴⁹³ Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en dat, wanneer de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zij wordt geschat. Artikel 6:105 BW biedt de rechter de mogelijkheid om de toekomstige schade te begroten na afweging van ‘goede en kwade kansen’. Bij ‘goede en kwade kansen’ moet gedacht worden aan zaken als de verwachte levensduur en het carrièreverloop. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *Van Sas/Interpolis* dat niet van de mogelijkheid hoeft te worden uitgegaan dat de schadelijgende (indien het schadetoebrengende feit zich niet zou hebben voorgedaan) zou hebben gewerkt tot de leeftijd van 65 jaar.⁴⁹⁴

⁴⁸⁷ Zie m.n. Bloembergen 1965, nr. 13.

⁴⁸⁸ Een aanschouwelijk voorbeeld van duurschade geeft HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576, r.o. 3.4-3.5 (*Leeuwarden/Los*; m.nt. J.B.M. Vranken). Zie hierover o.m. Van Boom 2003, p. 94-97.

⁴⁸⁹ Vgl. beeldend Akkermans 2003, p. 93-104.

⁴⁹⁰ Zie hierover Joling 2007, p. 461-467 en zie voorts Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 40.

⁴⁹¹ De opsomming is van Joling 2007, p. 462, r.k.

⁴⁹² Bij jonge letselschadeslachtoffers met blijvend ernstig letsel is deze vraag eigenlijk niet te beantwoorden. Jansen noemt deze categorie slachtoffers ‘de lakmoesproef voor de houdbaarheid van het schadevergoedingsrecht’ (J.F.M. Jansen 2007, p. 110, l.k., zie ook p. 99-113). Met name Kremer heeft ervoor gepleit de alternatieve werkelijkheid (en toekomst) helemaal los te laten en te werken met standdaarden die voor ieder kind hetzelfde zijn (zie bijv. Kremer 2009, p. 139-152).

⁴⁹³ Net als artikel 6:105 BW is ook artikel 6:104 BW een uitwerking van artikel 6:97 BW (zie bijv. HR 26 maart 1993, *NJ* 1995, 421, r.o. 3.4 (*Waeyen-Scheers/Naus*; m.nt. C.J.H. Brunner) en zie recenter HR 18 juni 2010, *WR* 2010, 74, r.o. 3.6 (*Doerga/Ymere*; m.nt. Red.) en HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, r.o. 3.3.2 (*Setel/AVR*)). Artikel 6:104 BW bepaalt dat de schade begroot kan worden op het bedrag van de winst die de schadetoebrengende met de onrechtmatige daad of de wanprestatie heeft gegenereerd. Omdat het causaal verband tussen de winst en het onrechtmatig handelen *casu quo* de wanprestatie lastig is te bewijzen, wordt van dit artikel weinig gebruik gemaakt. Zie Schadevergoeding (Deurvorst), art. 104, aant. 7, met verdere verwijzingen, en zie aant. 22-24 voor rechtspraak.

⁴⁹⁴ HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, r.o. 3.4 (*Van Sas/Interpolis*; m.nt. C.J.H. Brunner).

Door De Groot en Akkermans is er (terecht) op gewezen dat de hypothetische situatie zonder fout geen feit is, maar een fictie en dat het hier dus niet gaat om een kwestie van bewijs van feiten.⁴⁹⁵ De rechter mag ten aanzien van die situatie dan ook uitgaan van de ‘redelijke verwachtingen’ en aan het ‘aannemelijk zijn’ van bijvoorbeeld (de omvang van) verlies aan arbeidsvermogen mogen daarom geen hoge eisen worden gesteld.⁴⁹⁶ Dat betekent dat de bewijslast met betrekking tot de ‘vergelijkingshypothese’ in beginsel rust op degene die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken. Dit brengt evenwel niet mee dat het gemene bewijsrecht, dat is neergelegd in artikel 149 e.v. Rv, niet het uitgangspunt is bij begrotingskwesties.⁴⁹⁷ De gewone bewijsregels staan ook bij de schadebegroting voorop.⁴⁹⁸ De aard van de schade – denk aan letselschade en het niet te bewijzen alternatieve carrièrepad – kan meebrengen dat aan de stelplicht en het bewijs minder hoge eisen worden gesteld.

7.2.2 De rol van de deskundige

In de praktijk speelt de deskundige een grote en belangrijke rol bij het begroten van schade.⁴⁹⁹ In de eerste plaats kan gedacht worden aan de deskundige in de rol van adviseur, iemand die (één van) de partijen en/of de rechter adviseert over het causaal verband en de omvang van de schade.⁵⁰⁰ De deskundige kan partijen en de rechter helpen een (reël) beeld te vormen van de positie van partijen. Partijen kunnen ook een deskundigenrapport inbrengen om hun stellingen kracht bij te zetten.⁵⁰¹ Dit laatste kan gemakkelijk tot een *battle of experts* leiden. De rechter heeft *de iure* het laatste woord in deze strijd – artikel 152 lid 2 Rv bepaalt dat de waardering van bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten –,⁵⁰² *de facto* zou dat nog wel eens anders kunnen zijn. De rechter zal namelijk niet, althans niet steeds, in staat zijn de elkaar tegensprekende deskundigenoordelen op waarde te schatten.⁵⁰³ Natuurlijk kan de rechter zelf een deskundige benoemen om de rapporten van de partijdeskundigen te laten beoordelen (artikel 194 e.v. Rv),⁵⁰⁴ maar dat hoeft hij niet te doen; de rechter heeft de vrijheid te bepalen welk deskundigenoordeel hem (het meest) juist voorkomt en hij heeft zelfs de vrijheid om ook

⁴⁹⁵ G. de Groot & Akkermans 2007, p. 507, r.k. Zie ook Akkermans 2009, p. 101.

⁴⁹⁶ Zie HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624, r.o. 3.5.2 (*Vehof/Helvetia*) en recenter HR 12 maart 2010, JA 2010, 76, r.o. 3.4.

⁴⁹⁷ Tot voor kort was het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de rechter bij het begroten van schade niet gebonden is aan de regels omtrent stelplicht en bewijslast (sinds HR 23 maart 1933, NJ 1933, 888, p. 890, r.k. (*De Kroon/Cooymans*; m.nt. P. Scholten) en zie recenter bijv. nog HR 27 juni 2008, NJ 2008, 476, r.o. 3.4 (*Fernhout/Saaltink*) en zie ook PG Boek 6, p. 339). Hiermee lag de nadruk op de rechterlijke vrijheid. De Groot en Akkermans hebben kritiek geuit op deze rechtspraak (zie G. de Groot & Akkermans 2007, p. 501-509 en Akkermans 2009, p. 87-105). Eind 2009 ging de Hoge Raad ‘om’ (vgl. de conclusie van A-G (F.F.) Langemeijer voorafgaand aan HR 27 november 2009, NJ 2009, 598, onder 2.10 en 2.11), zie HR 27 november 2009, JOR 2010, 43, r.o. 4.11.3 (*World Online*; m.nt. K. Frielink); HR 27 november 2009, NJ 2010, 493, r.o. 4.3 (m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2010, 495); HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494, r.o. 3.5.7 (m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2010, 495).

⁴⁹⁸ Hierover Dijkshoorn & Lindenbergh 2010, p. 539, met verwijzingen.

⁴⁹⁹ Over de rol van de deskundige in het civiele recht is veel geschreven, vooral toch de laatste tien jaar. Ik verwijs hier naar het themanummer van het NTBR (2007-10, met verwijzingen) en het tijdschrift *EeR*, dat sinds januari 2008 verschijnt.

⁵⁰⁰ Strikt genomen is de deskundige natuurlijk geen adviseur; hij beantwoordt de aan hem gestelde vragen.

⁵⁰¹ De medicus die een partij adviseert, wordt aangemerkt als partijdeskundige, maar moet zich wel onafhankelijk en objectief opstellen volgens de gedragsregels. Doet hij dit niet, dan kan hij door het tuchtcollege op de vingers worden getikt. Zie hierover, met verwijzingen, Wilken 2010, p. 1-6.

⁵⁰² Zie HR 14 mei 1993, NJ 1994, 448, r.o. 3.3.

⁵⁰³ Daarnaast kan er over een bepaald onderwerp ook gewoon onenigheid zijn binnen de beroepsgroep. De rechter kan hier zicht op krijgen door de deskundige een set vragen voor te leggen. Zie voor een uitwerking <www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/iwmd/disclosure-statement>.

⁵⁰⁴ Zie bijv. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74, r.o. 3.6 (*Nieuw Vredenburg/NHL*).

nadat hij zelf een deskundige om advies heeft gevraagd (alsnog) zijn eigen plan te trekken.⁵⁰⁵ Wanneer de rechter voor dit laatste kiest, heeft hij wel het een en ander uit te leggen.⁵⁰⁶ uit de rechterlijke beslissing moet blijken waarom de rechter er al dan niet voor heeft gekozen een deskundige te volgen.⁵⁰⁷ Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet van een rechterlijke motivering overigens niet te veel worden verwacht als de deskundige vooral zijn ervaring of intuïtie heeft laten spreken en zich niet baseert op (vak)kennis.⁵⁰⁸

7.2.3 Standaardisering

Omdat de discussie over schadebegroting een vaak tijdrovende en vrijwel steeds (relatief) kostbare discussie is – niet in de laatste plaats vanwege het (moeten) inschakelen van deskundigen –, wordt op verschillende terreinen gewerkt aan standaardisering. De voordelen van standaardisering mogen bekend zijn. Giesen, Kamminga en Barendrecht sommen op: ‘meer rechtszekerheid, meer rechtsgelijkheid, minder (transactie)kosten, meer snelheid, minder belasting voor het slachtoffer en betere mogelijkheden tot premiebepaling waardoor die premie lager blijft (althans zou kunnen blijven)’.⁵⁰⁹

Standaarden hebben hun weg gevonden in de praktijk waar het aankomt op het begroten van schade die samenhangt met de onzekere toekomst. Zo wordt in de praktijk wel gewerkt met carrièreprofielen⁵¹⁰ en sterftetabellen.⁵¹¹

Naast het gebruik van standaarden voor gevallen waarin de schade niet te berekenen is, worden standaarden ook gebruikt in het geval discussie over de exacte schadeomvang relatief kostbaar is, denk bijvoorbeeld aan vervoerskosten, kosten van professionele verzorging en allerlei typen zaakschade, zoals bedrijfsschaderegelingen aangaande taxi's en lesauto's.⁵¹² De Werkgroep Normering, onderdeel van de Letselschade Raad (voorheen het Nationaal Platform Personenschade), houdt zich bezig met het ontwikkelen van richtlijnen aangaande ‘materiële normering’.⁵¹³ Onderwerpen van de op het moment van schrijven uitgevaardigde richtlijnen zijn de kosten van huishoudelijke hulp, de kilometervergoeding, de kosten van studievertraging, het verlies van zelfwerkzaamheid en de ziekenhuisdaggeldvergoeding.⁵¹⁴ Verder wordt in de toekomst ook bij de vaststelling van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte gewerkt met standaarden (wetsvoorstel 32 418).

7.3 Schade begroten in het planschaderecht

7.3.1 De aanvraag van een tegemoetkoming

Wie schade lijdt ten gevolge van een planologische maatregel kan bij burgemeester en wethouders een aanvraag indienen voor een tegemoetkoming in deze schade (artikel 6.1 lid 1 Wro). De aanvraag bevat een motivering – een aanduiding van de oorzaak van de schade (welke maatregel heeft de schade veroorzaakt?) en van de aard van de schade (inkomensderving of vermindering van de waarde van de onroerende zaak) –, alsmede een onderbouwing

⁵⁰⁵ Zie HR 22 april 1983, *NJ* 1983, 666, r.o. 3.2 (*Hart/Dassen*), waarover G. de Groot 2008, p. 393. Zie recent nog HR 12 maart 2010, *JA* 2010, 76, r.o. 3.4.

⁵⁰⁶ Zie A-G Spier in zijn conclusie voorafgaand aan HR 12 maart 2010, *JA* 2010, 76, onder 5.9 e.v. (m.n. 5.10). Spier worstelt met de vraag in hoeverre de motivering van het hof cassatieproof is.

⁵⁰⁷ Zie, ook voor verdere verwijzingen, G. de Groot 2008, p. 402 e.v.

⁵⁰⁸ Zie bijv. HR 17 mei 2000, *NJ* 2000, 627, r.o. 3.5 (*Van den Boogert/Rotterdam*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

⁵⁰⁹ Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 143-144. Zie ook Weterings 2004, p. 125-130.

⁵¹⁰ Zie Lindenbergh 2005, p. 20, l.k.

⁵¹¹ Hierover bijv. Lups 2006, p. 79-93.

⁵¹² Zie Misana 2009, p. 8.

⁵¹³ Zie over de werkwijze van de Werkgroep Normering Storm 2009, p. 10-11.

⁵¹⁴ De richtlijnen zijn te raadplegen via <www.deletselschaderaad.nl>.

van de hoogte van de gevraagde tegemoetkoming (artikel 6.1 lid 3 Wro juncto artikel 6.1.2.2 lid 1, aanhef en onder a en b, Bro⁵¹⁵).⁵¹⁶ In de literatuur wordt opgemerkt dat de burger wel in staat zal zijn de aard van zijn schade te beschrijven, maar dat hij moeite zal hebben de schadeoorzaak aan te wijzen – ten eerste zal de burger niet bekend zijn met de lijst van schadeoorzaken genoemd in artikel 6.1 lid 2 en ten tweede zal hij, wanneer deze lijst hem ter beschikking wordt gesteld, er geen wijs uit worden –⁵¹⁷ en aan te geven wat de omvang van zijn schade is⁵¹⁸ (laat staan deze omvang nader te onderbouwen).⁵¹⁹

Burgemeester en wethouders kunnen de aanvraag buiten behandeling laten indien de burger niet voldoet aan de vereisten van de artikelen 6.1 lid 3 Wro en 6.1.2.2 lid 1 Bro, zo volgt uit artikel 4:5 Awb. Artikel 4:5 lid 4 Awb bepaalt dat burgemeester en wethouders de burger (wel) de gelegenheid moeten geven de aanvraag aan te vullen. De burger kan het zekere voor het onzekere willen nemen – hij zal niet willen dat zijn verzoek niet in behandeling wordt genomen – en een deskundige inschakelen. Als de burger (later) recht blijkt te hebben op een tegemoetkoming, zijn burgemeester en wethouders gehouden ook de gemaakte kosten van deskundige bijstand te vergoeden (artikel 6.5, aanhef en onder a, Wro).⁵²⁰ Omdat burgemeester en wethouders niet (onnodig) veel kosten zullen willen maken, kan ervan worden uitgegaan dat ze niet al te strenge eisen zullen stellen aan de aanvraag.⁵²¹

Het bestuursorgaan kan de aanvraag zelf afdoen als deze kennelijk ongegrond is (artikel 6.1.3.1 lid 1 Bro). Een aanvraag is bijvoorbeeld kennelijk ongegrond als de aanspraak op een vergoeding is verjaard (artikel 6.1 lid 4 en 5 Wro).⁵²² Indien de aanvraag niet kennelijk ongegrond is, wijst het bestuursorgaan een deskundige aan die moet adviseren over de te nemen beslissing (artikel 6.1.3.2 Bro).⁵²³

7.3.2 De rol van de adviseur; de theorie

Artikel 6.1.3.3 lid 1 Bro bepaalt dat onder meer bij gemeentelijke verordening regels (moeten)⁵²⁴ worden gegeven over de aanwijzing van een adviseur en de wijze waarop deze tot een advies komt. Deze regels moeten, zo volgt uit lid 2, onder meer betrekking hebben op de des-

⁵¹⁵ Deze artikelen zijn *leges speciales* van *lex generalis* artikel 4:2 lid 2 Awb. Zie over laatstgenoemd artikel kort Schuurmans 2005, p. 307-308 en uitgebreider ibid. hfdst. 5 (p. 145-219).

⁵¹⁶ Verder moet de aanvraag uiteraard voldoen aan de vereisten van artikel 4:2 lid 1 Awb (naam en adres aanvrager; dagtekening; aanduiding van de gewenste beschikking).

⁵¹⁷ Vgl. Van Zundert 2008a, p. 281, waar, onder 2, wordt opgemerkt dat ‘de opsomming van art. 6.1, tweede lid Wro ter aankruising (kan) worden overgenomen’.

⁵¹⁸ Vgl. Van Buuren e.a. 2008, p. 196: ‘Volgens het Bro hoeft de aanvrager niet per se een concreet bedrag te noemen dat hij als vergoeding wenst. Wel volgt uit artikel 6.1 lid 3 van de wet in ieder geval dat als een bedrag genoemd wordt, dit moet worden onderbouwd’. Me dunkt dat Van Buuren cum suis meer (of eigenlijk: minder) in de wet leest dan er staat. De wet (artikel 6.1 lid 3 Wro) zegt dat de aanvraag een onderbouwing van de hoogte van de gevraagde tegemoetkoming moet bevatten. (De toelichting op de Wro laat naar mijn idee ook geen ruimte voor de interpretatie van Van Buuren cum suis, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 113.)

⁵¹⁹ Van Buuren e.a. 2010, p. 302 en Van Buuren e.a. 2008, p. 196.

⁵²⁰ Vgl. de ‘brief aan de leden’ van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten van 9 juli 2008, p. 2, onder d. De brief is te raadplegen via <www.vng.nl>. En zie (voor het oude recht, de WRO) Mulder 2004, p. 105, r.k.; Van den Broek 2002, p. 58 e.v.

⁵²¹ Vgl. Van Buuren e.a. 2010, p. 302, waar wordt opgemerkt dat ‘geen hoge eisen *moeten* worden gesteld’ (mijn cursivering, WD). Vgl. voorts Ten Have 2008, nr. 22: ‘Niet onaannemelijk is dat een aanvrager niet verplicht kan worden zijn aanvraag vergezeld te laten gaan van een door een beëdigd taxateur/makelaar opgesteld taxatierapport.’

⁵²² Aldus de toelichting op het Bro (*Stb.* 2008, 145, p. 65-66).

⁵²³ Vgl. 3:2 Awb.

⁵²⁴ Het is een opdracht aan de gemeente om deze regels te ontwikkelen.

kundigheid en onafhankelijkheid van de adviseur.⁵²⁵ In de ‘model-procedureverordening voor advisering tegemoetkoming in planschade’, die is opgesteld door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten – en naar alle waarschijnlijkheid door het overgrote deel van de gemeenten is overgenomen – is hier als volgt invulling aan gegeven:

‘Voordat een persoon als adviseur wordt aangewezen, kan het college verlangen dat deze aan- toont op grond van opleiding en ervaring deskundig te zijn (...). Een adviseur mag niet werk- zaam zijn onder verantwoordelijkheid van de raad.⁵²⁶ Een adviseur mag evenmin betrokken zijn bij de planologische maatregel waarop de aanvraag betrekking heeft.’⁵²⁷

De adviseur onderzoekt of de door de aanvrager in zijn aanvraag gestelde schade een gevolg is van de in de aanvraag aangeduide schadeoorzaak, wat de omvang van de schade is en of de schade redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van de aanvrager behoort te blijven (arti- kel 6.1.3.4 lid 1 Bro). De adviseur adviseert het bestuursorgaan over de hoogte van de toe te kennen tegemoetkoming en doet, indien het bestuursorgaan een daartoe strekkend verzoek heeft gedaan, voorstellen voor maatregelen of voorzieningen waardoor de schade, anders dan door een tegemoetkoming in geld, kan worden beperkt of ongedaan gemaakt.⁵²⁸ Heeft een schadeoorzaak als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, van de wet voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan wordt dit voordeel bij het advies over de te vergoeden schade in aanmerking genomen (artikel 6.1.3.4 lid 2 Bro).⁵²⁹

In de handboeken wordt opgemerkt dat de adviseur, conform het uitgangspunt dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar rechtspraak heeft geformuleerd,⁵³⁰ de omvang van de schade be- rekent door een vergelijking te maken tussen het oude en het nieuwe planologische regime.⁵³¹ Burgemeester en wethouders mogen in beginsel op het advies van de adviseur afgaan. In een uitspraak van 13 januari 2010 overweegt de Afdeling:

‘[D]e saoz is te beschouwen als een onafhankelijke deskundige op het gebied van planschade, zodat het college in beginsel op een door de saoz uitgebracht advies mag afgaan. Het enkele feit dat de saoz voornamelijk aan overheidsorganen adviseert, zoals [appellant] heeft aange- voerd, betekent, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...), niet zonder meer dat de advi- sering niet als onafhankelijk en onpartijdig kan worden aangemerkt. [appellant] heeft geen

⁵²⁵ Eisen van deze strekking werden een tijdlang niet gesteld, zie hierover bijv. Van Zundert 1993, p. 17-18.

⁵²⁶ Vgl. artikel 3:5 lid 1 Awb (zie *Stb.* 2008, 145, p. 63). Een bestuursorgaan mag (wel) steeds dezelfde deskundige als adviseur benoemen. Sterker, in de toelichting op artikel 3:5 Awb wordt het volgende opgemerkt: ‘Naarmate een adviesorgaan meer ervaring heeft met het uitbrengen van adviezen over een bepaald type besluiten, zal het bestuursorgaan meer mogen afgaan op de expertise van het adviesorgaan’ (PG Awb I, p. 218, l.k., aangehaald in bijv. ABRvS 29 april 1999, AB 1999, 266, r.o. 2.7 (*Plotloos Drama*; m.nt. M. Schreuder-Vlasblom)).

⁵²⁷ Artikel 4 lid 1 en lid 2. De ‘model-procedureverordening’ is te raadplegen via <www.vng.nl>. Van Zundert vindt het jammer dat planschadeadviseurs zich (nog) niet hebben georganiseerd en dat er (nog) geen certificering plaatsvindt (zie zijn noot onder ABRvS 5 november 2008, BR 2009, 14, onder 4). Van Ravels pleit voor een ‘disclosure statement’ (Van Ravels 2010a, p. 548, r.k., onder verwijzing naar Smeehuijzen 2003, p. 126-129). Zie ook, met verdere verwijzingen, Van Dijk 2007, p. 434-441.

⁵²⁸ Vgl. artikel 6:103 BW. Uit de toelichting op het Bro blijkt niet of de adviseur zich ook uitlaat over de schadebeperkingsplicht van de aanvrager (artikel 6.3, aanhef en onder 1, Wro, vgl. artikel 6:101 lid 1 BW) in die zin dat hij concrete voorstellen doet over de wijze waarop de aanvrager zijn schade (zelf) zou kunnen beperken (zie de toelichting op het Bro (*Stb.* 2008, 145, p. 67)).

⁵²⁹ Hierover nader hfdst. 5.

⁵³⁰ Bijv. ABRvS 20 januari 1998, AB 1998, 143 (m.nt. G.M. van den Broek). Zie al AGRvS 24 augustus 1989, AB 1990, 43, p. 115, l.k. (m.nt. J.A.M. van den Berk).

⁵³¹ Van Buuren e.a. 2010, p. 305.

concrete omstandigheden aangevoerd op grond waarvan de adviezen niet als onafhankelijk en onpartijdig zouden moeten worden aangemerkt.⁵³²

Ruimte voor een uitzondering op de regel – ‘in beginsel’ mag worden vertrouwd op het advies – bestaat als er concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies.⁵³³ Het advies van de deskundige wordt vrijwel altijd gevolgd.⁵³⁴

7.3.3 De rol van de adviseur; de praktijk

7.3.3.1 Inkomensderving

In de praktijk gaat het taxeren van planschade er anders aan toe dan in de theorie. Het verschil tussen theorie en praktijk is bij tijdelijke inkomensderving – schade die een bedrijf lijdt als gevolg van uitvoeringswerkzaamheden ten behoeve van de verwerkelijking van een planologische maatregel – nog het kleinst.⁵³⁵ Doorgaans wordt bezien welke omzet de schadelijgende in een periode van drie of vijf jaar voorafgaand aan de schadeveroorzakende maatregel heeft gedraaid. De gemiddelde omzet van deze referentieperiode wordt gecorrigeerd door inflatie en ontwikkelingen in de branche en ontwikkelingen binnen het bedrijf zelf, die zich ook zonder de planwijziging zouden hebben voorgedaan. Het verschil tussen de uitkomst van deze berekening en de (vermoede) omzet die de onderneming draait tijdens de uitvoeringswerkzaamheden, levert de schade op.

Voormelde berekening wordt ook gehanteerd bij permanente inkomensderving – schade die een bedrijf lijdt als gevolg van bijvoorbeeld het minder goed bereikbaar worden van het bedrijf.⁵³⁶ Omdat onzeker is wat de toekomst brengen zal, maar het in de praktijk niet wenselijk wordt geacht om tot periodieke uitkering over te gaan – welke benadering het wel mogelijk zou maken beter aan te sluiten bij de werkelijke schade –, wordt de verwachte toekomstige schade ineens begroot met behulp van kapitalisatiefactoren.⁵³⁷ Zo krijgt een eigenaar tien maal en een huurder zeven maal het schadebedrag dat hij wordt vermoed in één jaar te lijden.⁵³⁸ Deze benadering is overgenomen van het onteigeningsrecht, waar ze – althans de kapitalisatiefactor 10 – gangbaar is sinds de Hoge Raad haar in 1927 accepteerde,⁵³⁹ en wel omdat zowel de schadeveroorzakende als de schadelijgende partij zo snel mogelijk wil weten waar zij aan toe is. Onzekerheden leiden tot langere procedures en (daarmee) tot hogere kosten. De

⁵³² ABRvS 13 januari 2010, *JOM* 2010, 212, r.o. 2.3.1. Het blijkt voor de aanvrager vaak ‘mis’ te gaan bij het onderbouwen van de stelling dat de SAOZ niet onafhankelijk is. Zie bijv. ABRvS 26 augustus 2009, nr. 200900195/1/H2, r.o. 3.2: ‘Volgens vaste jurisprudentie (...) is de saoz te beschouwen als een onafhankelijke deskundige op het gebied van planschade. Dat, zoals [appellant] heeft gesteld, de gemeenteraad altijd de saoz inschakelt bij verzoeken om planschadevergoeding betekent niet dat deze adviseur niet onafhankelijk is. [appellant] heeft voorts zijn stelling dat de saoz altijd laag waardeert en dat mag worden aangenomen dat de gemeenteraad de saoz verzoekt de waarderingen zo laag mogelijk te houden, niet met enig bewijs gestaafd. Het betoog faalt.’

⁵³³ Bijv. ABRvS 5 augustus 2009, *BR* 2009, 180, r.o. 2.9.1 (m.nt. J.W. van Zundert).

⁵³⁴ Al bestaat er geen rechtsplicht tot het volgen van het advies (Koenraad 2006, p. 31, r.k.).

⁵³⁵ Inkomensderving is zelden het gevolg van een planologische maatregel (maar eerder het gevolg van het benutten van de mogelijkheden die een geldend planologisch regime biedt). Afdelingsuitspraken hierover zijn (dan ook) zeldzaam. Van de uitspraken die te vinden zijn, pakt een groot deel negatief uit voor de ‘schadelijgende’. Zie bijv. ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, r.o. 2.7.4 (*Helden*; m.nt. B.P.M. van Ravels) en ABRvS 25 februari 2009, *JOM* 2009, 262, r.o. 2.6.1 (*Tynaarlo*).

⁵³⁶ Vgl. ABRvS 6 juli 2006, nr. 200509708/1 (*Tynaarlo*), in welke uitspraak het handelt om een café-restaurant annex zalencentrum dat omzetschade lijdt ten gevolge van verkeersmaatregelen die ten doel hadden het doorgaand verkeer – dat ook langs het café-restaurant annex zalencentrum kwam – te verminderen.

⁵³⁷ Zie vooral Van der Schans 2007, p. 207, r.k.

⁵³⁸ Resp. ABRvS 16 maart 2000, *BR* 2000, 1058, r.o. 2.6 (*Weert*; m.nt. P.C.E. van Wijmen) en ABRvS 22 juli 1999, *BR* 2000, 136, r.o. 2.4 (*Egmond*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

⁵³⁹ HR 23 december 1927, *NJ* 1927, 522, p. 523, r.k. (*Amsterdam/Aalbertsberg*).

kapitalisatiebenadering van nog te lijden inkomensschade is daarom voor zowel de overheid als de burger een wenselijke.⁵⁴⁰

7.3.3.2 Vermindering van de waarde van een onroerende zaak

Ook bij de vaststelling van de waardevermindering van een onroerende zaak bestaat er een verschil tussen theorie en praktijk. Dit heeft vooral van doen met het feit dat in het planschaderecht een vergelijking op papier moet worden gemaakt om de schade vast te stellen; de mogelijkheden onder het oude bestemmingsplan worden vergeleken met die onder het nieuwe bestemmingsplan – het verschil levert de schade op – en ten minste één van die twee situaties bestaat alleen in theorie.⁵⁴¹ Immers, de Afdelingsjurisprudentie laat zien dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen de maximale invulling van het oude regime en de maximale invulling van het nieuwe regime en het kan heel goed zijn dat feitelijk de mogelijkheden die beide regimes bieden, niet maximaal worden benut. Een feitelijke vergelijking tussen de waarde van de onroerende zaak onder het oude en die onder het nieuwe regime is dus onmogelijk.⁵⁴²

Nentjes, emeritus hoogleraar economie en ‘slachtoffer’ van een planwijziging, heeft forse kritiek geuit op de wijze waarop de tegemoetkoming voor planschade, bestaande uit de waardevermindering van een onroerende zaak, wordt vastgesteld.⁵⁴³ Hij schrijft:

‘De bureaus, die optreden als adviseur van gemeentebesturen en de dienst uitmaken bij het ramen van planschade, hebben in plaats van de prijsvergelijking in de loop van de jaren uit nood een alternatieve werkwijze ontwikkeld die bekend staat als de schadefactoren methode.^[544] Er wordt daarin slechts één marktwaarde bepaald, aan de hand van de transactieprijs van één referentieobject. Deze indiceert de marktwaarde van het object dat schade lijdt en dient als ankerwaarde. (...) De waardevermindering wordt berekend als percentage van die ankerwaarde. In de planschaderapporten wordt het percentage niet genoemd, maar alleen de waarde in euro’s.’⁵⁴⁵

Bij planschadetaxatie wordt kort en goed een zogenoemde maatgevende waarde – Nentjes noemt deze de ankerwaarde, dit is de waarde van de onroerende zaak onder het oude plan – gezocht en afhankelijk van deze waarde wordt de uitkomst van de schadefactorenmethode van deze waarde afgetrokken. Zeker als men bedenkt dat de feitelijke vergelijking tussen de waarde van de onroerende zaak onder het oude en die onder het nieuwe planologische regime onmogelijk is – er is immers altijd sprake van een vergelijking op papier – is de keuze voor een maatgevende waarde en de schadefactoren in mijn optiek een goed alternatief. Ook Nentjes meent dat met het alternatief zelf niets mis is.⁵⁴⁶ Nentjes’ bezwaren houden (vooral) verband met de controleerbaarheid van de taxatiemethode.

Als de keuze voor een bepaalde maatgevende waarde en alle schadefactoren geëxpliciteerd zouden worden, is het voor de burger mogelijk hier (met behulp van een deskundige) tegen op te komen, bijvoorbeeld door alternatieve maatgevende waarden aan te voeren en door (concreet) aan te geven welke schadefactoren onjuist, te licht geëvalueerd zijn.⁵⁴⁷ Op het mo-

⁵⁴⁰ Zie vooral de instructieve annotatie van Van der Schans onder HR 9 juli 2010, *TBR* 2010, 203 (*Soest/Islamitische Stichting Nederland*).

⁵⁴¹ Bijv. ABRvS 16 juni 2010, *BR* 2010, 131, r.o. 2.1.1 (m.nt. J.W. van Zundert).

⁵⁴² Vgl. Van den Broek 2002, p. 51, met verwijzingen naar rechtspraak.

⁵⁴³ Zie Nentjes 2008, p. 2362-2365; Nentjes 2010b, p. 23-30; Nentjes 2010a, p. 94-95.

⁵⁴⁴ Vgl. (nog) Nentjes 2008, p. 2362, l.k. en hierover kritisch Van Ravels 2009b, p. 24, l.k.

⁵⁴⁵ Nentjes 2010b, p. 24, r.k.

⁵⁴⁶ Nentjes 2010a, p. 95, l.k.: ‘Als consument raakte ik onder de bekoring van de schadefactoren methode [sic] omdat ik aanknopingspunten zag voor een meer transparante en op controleerbare feiten gebaseerde raming van waardevermindering’. Zie ook Nentjes 2010b, p. 26, l.k.

⁵⁴⁷ Zie Nentjes 2010b, p. 26, l.k.

ment wordt de schadebegroting in het advies niet uitgewerkt.⁵⁴⁸ De adviseur kan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak volstaan met het bericht dat de vergelijking van de twee planologische regimes – het oude en het nieuwe – een bepaald bedrag aan schade oplevert.⁵⁴⁹

Nentjes merkt hierover op dat ‘(d)eze manier van werken (...) bestuursorganen en hun adviesbureaus van een makkelijk excuus (voorziet) om discussies over de details van de waardering te ontwijken’.⁵⁵⁰

Een tweede punt van kritiek van Nentjes heeft betrekking op de ruimte voor de intuïtie (zo men wil: het inschattingsvermogen) van de adviseur en dat terwijl er, zoals Nentjes laat zien, wetenschappelijk onderzoek voorhanden is waaruit bijvoorbeeld blijkt hoe geluidshinder doorklinkt in de waarde van de onroerende zaak. Door van deze kennis geen gebruik te maken, maar (blind) te varen op de intuïtie van de adviseur wordt, in de woorden van Nentjes, een juridische schadewerkelijkheid gecreëerd die los staat van de economische realiteit.⁵⁵¹

Nentjes geeft ook aan hoe voormelde negatieve aspecten aan de huidige taxatiemethode kunnen worden verholpen. Hij schrijft:

‘Allereerst moet aan schade-adviesrapporten de eis worden gesteld dat de relevante schadefactoren zoveel mogelijk worden gekwantificeerd in passende fysieke eenheden. In de tweede plaats moet aan de taxateurs de eis worden gesteld dat ze kennis hebben van de resultaten van onderzoek naar de prijseffecten van schadefactoren. (...) De taxateur mag van de benchmark afwijken, mits hij met controleerbare argumenten aangeeft op grond van welke bijzondere plaatselijke omstandigheden hij deze correctie toepast.’⁵⁵²

Vooralsnog is er niet gereageerd op de kern van de kritiek en de oplossingen van Nentjes. En dat terwijl Nentjes’ kritiek naar mijn idee hout snijdt.

7.3.3.3 De vergewisplicht in de planschadepraktijk

Artikel 3:9 Awb bepaalt dat, indien een besluit berust op een onderzoek naar feiten en gedragingen dat door een adviseur is verricht, het bestuursorgaan zich ervan dient te vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.⁵⁵³ De plicht die uit dit artikel voortvloeit, wordt wel de vergewisplicht genoemd.⁵⁵⁴ De Afdeling heeft deze toch al vage plicht⁵⁵⁵ afgezwakt door te bepalen dat het bestuursorgaan op het uitgebrachte advies mag afgaan, tenzij er concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies.⁵⁵⁶ Daarnaast zit er, zoals Bots terecht aangeeft, ‘iets tegenstrijdigs in de eisen die vanuit artikel 3:9 Awb aan bestuursorganen worden gesteld. Enerzijds wordt het bestuursorgaan verplicht om een deskundige in te schakelen omdat het zelf de vereiste des-

⁵⁴⁸ Vaste rechtspraak van de Afdeling is dat de gedachtegang van de adviseur voldoende controleerbaar moet zijn en dat zijn advies voldoende basis moet bieden voor (verdere) besluitvorming (bijv. ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90, r.o. 2.6.1 (*Hoogheemraadschap Alblasserwaard en Vijfheerenlanden/Matena*; m.nt. F.C.M.A. Michiels) en meer recent ABRvS 19 mei 2010, JOM 2010, 543, r.o. 2.9.1 (*Zundert*)).

⁵⁴⁹ ABRvS 28 april 2004, nr. 200304494/1, r.o. 2.6 (*Lichtenvoorde*). Zie hierover Van Zundert in zijn noot onder ABRvS 5 november 2008, BR 2009, 14, onder 2. Zie voor een bespreking van de rechtspraak van voor *Lichtenvoorde* Van den Broek 2002, p. 49 e.v.

⁵⁵⁰ Nentjes 2010b, p. 29 r.k.

⁵⁵¹ Nentjes 2008, p. 2363, r.k.

⁵⁵² Nentjes 2008, p. 2365.

⁵⁵³ Zie hierover Verburg 2009, p. 303-304.

⁵⁵⁴ Over deze plicht Koenraad 2006, p. 29-30.

⁵⁵⁵ ‘Artikel 3:9 Awb is ‘uiterst rudimentair’ omschreven en bevat eigenlijk geen concrete maatstaven voor de door het bestuursorgaan uit te oefenen controle’, aldus Bots 2004, p. 150.

⁵⁵⁶ Zie hierover o.m. De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008, hfdst. 5, m.n. p. 90-92.

kundigheid mist. Anderzijds moet het als niet-deskundige controle uitoefenen op het werk van een deskundige en op dit punt tot een zelfstandig oordeel zien te komen'.⁵⁵⁷ Dit door Bots omschreven verschijnsel wordt wel de kennisparadox genoemd.⁵⁵⁸

Het komt me voor dat van de vergewisplicht in de planschadepraktijk niet te veel verwacht moet worden. Wanneer twee deskundigenrapporten – bijvoorbeeld het rapport dat is uitgebracht aan de gemeente en het rapport dat is uitgebracht aan de schadelijdende burger – haaks op elkaar staan, is het bestuursorgaan waarschijnlijk veelal niet in staat de vinger op de zere plek te leggen.⁵⁵⁹ Het kan het orgaan dan ook niet 'kwalijk' worden genomen als het ervoor kiest het voor hem gunstigste (lees: het goedkoopste)⁵⁶⁰ advies op te volgen.⁵⁶¹

7.3.4 Contra-expertise (en de vergoedbaarheid daarvan)

De kosten voor deskundige bijstand kwamen een tijdlang niet voor vergoeding in aanmerking op grond van artikel 49 WRO (oud).⁵⁶² De kosten voor deskundige bijstand die werden gemaakt tijdens het rechterlijk traject – in beroep bij de rechtbank en de Afdeling bestuursrechtspraak – kwamen op grond van artikel 8:75 Awb wel voor vergoeding in aanmerking. Met de in de bezwaarfase gemaakte kosten bleef de burger zitten. De Afdeling ging eind jaren negentig (gelukkig) 'om'; zowel de kosten voor deskundige bijstand gemaakt tijdens het bestuurlijk als die gemaakt tijdens het rechterlijk traject kwamen voortaan voor vergoeding in aanmerking op grond van artikel 49 WRO (oud), tenminste, indien de burger recht bleek te hebben op een planschadevergoeding.⁵⁶³ De Afdeling introduceerde in haar rechtspraak de zogenoemde 'dubbele redelijkheidstoets', die ook al door de burgerlijke rechter werd gehanteerd, die inhoudt dat de burger zijn kosten vergoed krijgt als hij deze redelijkerwijs heeft kunnen maken en de omvang van de kosten redelijk is.⁵⁶⁴ In elk geval niet redelijk acht(te) de Afdeling de kosten van een deskundigenrapport dat is aangevraagd nog voordat aan het bestuursorgaan een deskundigenrapport is uitgebracht.⁵⁶⁵ Als eenmaal een (concept)advies is overgelegd, is het wel redelijk zelf ook een rapport te laten opstellen.⁵⁶⁶

⁵⁵⁷ Bots 2004, p. 150. Zie bijv. ook Nicolai 1981, m.n. p. 515.

⁵⁵⁸ Zie hierover bijv. G. de Groot 2008, m.n. p. 13-14.

⁵⁵⁹ Vgl. ABRvS 20 februari 2008, AB 2009, 200 (*Midden-Delfland*), waarin uiteindelijk vier adviezen zijn uitgebracht aan de gemeente (twee door de SAOZ, één door Ten Have en één door Van Zundert).

⁵⁶⁰ Vgl. Wulfraat-Van Dijk 2001, p. 132, r.k.

⁵⁶¹ Natuurlijk kan het bestuursorgaan een derde deskundige vragen de twee eerder opgestelde rapporten tegen het licht te houden, maar het orgaan is (ook dan) niet in staat dit derde rapport op waarde te schatten. Vgl. Koenraad 2006, p. 32: 'Wijkt de opvatting van de door de belanghebbende ingeschakelde deskundige af van de conclusie van de deskundige waarop het bestuursorgaan zich baseert, dan is niet zonder meer gezegd dat het bestuurorgaan geen gebruik mag maken van het 'eigen' deskundigenadvies; een andere mening betekent immers niet zonder meer dat het betwiste advies een wezenlijk gebrek vertoont. Een deugdelijke contra-expertise vormt vaak echter wel een goede aanleiding om nog een[s] kritisch te kijken naar het advies dat aan het bestuurorgaan is gericht, met andere woorden: om de in art. 3:9 Awb geformuleerde vergewisplicht extra serieus te nemen.'

⁵⁶² Zie bijv. ABRvS 25 juli 1989, BR 1990, 39, p. 41, l.k. (*Benzinestation Bakel en Milheeze*) en ABRvS 26 september 1994, BR 1995, 687, p. 688, r.k. (*Fruittelbedrijf Heusden*; m.nt. P.C.E. van Wijmen).

⁵⁶³ Zie over het 'om' gaan van de Afdeling Van den Broek 2002, p. 58-59.

⁵⁶⁴ ABRvS 20 januari 1998, AB 1998, 143, p. 649 (*Haan/Valburg*; m.nt. G.M. van den Broek).

⁵⁶⁵ ABRvS 4 februari 2000, BR 2000, 857, r.o. 2.7 (*Kerkwijk*; m.nt. P.C.E. van Wijmen). Dit is rechtspraak van vóór de invoering van de Wro. Mocht een gemeente de aanvraag heel streng beoordelen en mocht een burger met het oog hierop zijn aanvraag onderbouwen met een deskundigenonderzoek, dan lijkt me dat de kosten van dit onderzoek wel vergoed moeten worden (zie hierboven § 7.3.1). Vgl. Van Zundert 2007, p. 18, r.k. Voor wat betreft het aantonen van inkomensschade acht Van Zundert het in ieder geval redelijk om een deskundigenonderzoek te laten doen (p. 19, l.k.).

⁵⁶⁶ ABRvS 25 februari 2004, BR 2004, 690, r.o. 2.6.1 (*Hummelo en Keppel*; m.nt. J.W. van Zundert).

Met de invoering van artikel 6.5 Wro heeft de deskundigenkostenvergoeding een wettelijke basis gekregen.⁵⁶⁷ Dit artikel bepaalt in de aanhef en onder a:

‘Indien burgemeester en wethouders een tegemoetkoming als bedoeld in artikel 6.1 toekennen, vergoeden burgemeester en wethouders daarbij tevens de redelijkerwijs gemaakte kosten van rechtsbijstand en andere deskundige bijstand.’

De voorwaarde dat de burger recht moet (blijken te) hebben op een planschadevergoeding, blijft gehandhaafd. Het lijkt vanzelf te spreken dat degene die ten onrechte – als in: zonder recht – aanspraak maakt op planschadevergoeding, ook geen recht heeft op een vergoeding van deskundigenkosten. Men bedenke echter dat de burger zelf niet – althans: niet steeds – in staat is te beoordelen of het deskundigenadvies dat aan de gemeente is uitgebracht, (enigszins) juist is. Als de burger een beeld wil krijgen van het aan de gemeente uitgebrachte deskundigenrapport, zal hij zelf een deskundige moeten inschakelen. Het inschakelen van een deskundige is risicovol voor de burger in die zin dat hij de kosten hiervan zal moeten dragen als blijkt dat hij geen recht heeft op planschadevergoeding.⁵⁶⁸

7.3.5 De controlemogelijkheden van de rechter

Hoe is het gesteld met de controlemogelijkheden van de rechter? In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat lang niet alle planschadezaken bij de rechterterecht komen; veel burgers zullen genoeg nemen met de door het bestuursorgaan toegekende tegemoetkoming. De controlemogelijkheden van de rechter zijn (dus) in zekere zin beperkt te noemen.

Als een zaak toch aan de rechter wordt voorgelegd, heeft deze, net als het bestuursorgaan, te kampen met de hierboven gesignaleerde kennisparadox. Hoewel de rechtbank volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak moet onderzoeken of het bestuursorgaan het advies in redelijkheid aan het besluit ten grondslag had kunnen leggen,⁵⁶⁹ is ze niet in staat zelfstandig het aan het bestuursorgaan verstrekte advies op waarde te schatten. Natuurlijk kan ze ex artikel 8:47 lid 1 Awb zelf een deskundige, bijvoorbeeld de StAB, benoemen en deze de opdracht geven het reeds uitgebrachte advies *casu quo* de reeds uitgebrachte adviezen tegen het licht te houden (lid 2).⁵⁷⁰ Uit onderzoek van Van den Broek, De Gier en Veldkamp blijkt evenwel dat rechtbanken vrijwel uitsluitend de StAB benoemen indien door de schadelijgende een kwalitatief gelijkwaardige contra-expertise wordt overgelegd, waarin gegronde twijfel wordt gezaaid ten aanzien van de juistheid van het deskundigenrapport dat aan het primaire besluit ten grondslag ligt.⁵⁷¹ Ik schat in dat dit niet anders is voor wat betreft het inschakelen van andere rechtbankdeskundigen dan de StAB.

Zelfs wanneer de schadelijgende burger een ‘kwalitatief gelijkwaardige contra-expertise’ heeft laten uitvoeren en de rechtbank ertoe overgaat een derde deskundige de elkaar tegensprekende adviezen te laten beoordelen, is niet gezegd dat de mist is opgetrokken.⁵⁷² In het (voor de rechter) gunstigste geval krijgt de rechter een advies waarin te lezen is dat ofwel de

⁵⁶⁷ Zie voor een vergelijking met de privaatrechtelijke tegenhanger van artikel 6.5, artikel 6:96, lid 2, aanhef en onder b, BW, § 3.4.4.

⁵⁶⁸ Zie ook Van Ravels 2010a, p. 549, r.k.-550, l.k.

⁵⁶⁹ Bijv. ABRvS 29 oktober 2003, BR 2004, 334, r.o. 2.6 (m.nt. J.W. van Zundert).

⁵⁷⁰ Artikel 8:47 Awb is van overeenkomstige toepassing in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak (artikel 36 lid 1 Wet RvS).

⁵⁷¹ Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2006, p. 42-43; Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2007, p. 96, r.k.-97, l.k.

⁵⁷² Overigens, wanneer het verschil tussen de taxatie van de door de gemeente ingeschakelde deskundige en de taxatie van de door de schadelijgende ingeschakelde deskundige ‘te gering is (om de kosten van) een derde rapportage van de StAB te rechtvaardigen, kan het redelijk zijn om dit verschil ex aequo et bono te delen’, aldus Van Zundert, met verwijzingen naar rechtspraak (Van Zundert 2010, p. 135, l.k.).

burger ofwel het bestuursorgaan gelijk heeft. Ik vermoed dat het in de praktijk vaak op het laatste neerkomt, omdat de rechtbankdeskundige, net als zijn opdrachtgever,⁵⁷³ terughoudend toetst.⁵⁷⁴

7.4 Vergelijking

7.4.1 De toepassing van de vergelijkingsmaatstaf

Voor wat betreft het vaststellen van schade hebben het privaatrecht en het planschaderecht gemeen dat ze de schade zo concreet mogelijk in beeld willen hebben. De enige uitzondering in het planschaderecht is permanente inkomensderving, waarbij voor de toekomst wordt geabstraheerd en een factor 7 of 10 wordt toegepast. In het privaatrecht wordt toekomstige schade ex artikel 6:105 lid 1 BW begroot na afweging van ‘goede en kwade kansen’. Dit begroten komt in de praktijk eveneens neer op kapitalisatie.

Het doel van Afdeling 6.1.10 BW is de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de positie zoals die zou zijn als de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan, en het uitgangspunt is daarom dat *werkelijk* geleden schade *volledig* wordt vergoed.⁵⁷⁵ Dit uitgangspunt brengt mee dat in beginsel zoveel mogelijk rekening zal moeten worden gehouden met de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert.⁵⁷⁶ Het doel van Afdeling 6.1 Wro is de benadeelde tegemoetkomen in de door hem geleden planschade. De benadeelde zal zelf een deel van zijn schade – ten minste 2% van de waarde van de onroerende zaak of het inkomen behoort in ieder geval tot het normaal maatschappelijk risico van de burger (artikel 6.2 lid 2 Wro) – moeten dragen. Dat betekent echter niet dat zijn schade minder concreet vastgesteld mag worden; de schade die uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico, wordt *volledig* vergoed.⁵⁷⁷ Ten aanzien van permanente inkomensderving ten gevolge van een planwijziging, geldt dat de schade die gekapitaliseerd wordt – met ofwel een factor 7 ofwel een factor 10 –, zo nauwkeurig mogelijk wordt geschat.

7.4.2 De (dominante) rol van deskundigen

Inherent aan het schadebegrip is het probleem van de alternatieve werkelijkheid: hoe zou de situatie eruit hebben gezien of zich hebben ontwikkeld als de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan? Daar komt in het planschaderecht nog bij dat de schadeveroorzakende gebeurtenis (vaak)⁵⁷⁸ een verandering op papier is (waarvan in de rechtspraak is aangenomen dat de redelijk denkend en handelend koper zich hierdoor laat leiden).

In zowel het planschaderecht als het privaatrecht worden deskundigen ingeschakeld om de twee situaties die vergeleken moeten worden in beeld te brengen en ook om de vergelijking tussen deze twee situaties te maken. Een belangrijk verschil tussen het planschaderecht en het privaatrecht is dat in het eerstgenoemde rechtsgebied de deskundigen een juridisch, normatief oordeel geven; zij adviseren het bestuursorgaan over de vraag of de planschade redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van de aanvrager behoort te blijven. Dat is in het privaatrecht heel anders. In het privaatrecht worden deskundigen juist gevraagd om hun expertise met betrekking tot niet-juridische kwesties, zoals ‘kan de schade van A zijn veroorzaakt door het handelen van B?’ (denk aan het geval waarin een werkgever wordt aangesproken door een

⁵⁷³ Zie bijv. Schlössels 2010, p. 478 en uitgebreider Schreuder-Vlasblom 2008, p. 292 e.v. Zie voorts Van Zundert 2010, p. 126, l.k.

⁵⁷⁴ De StAB doet dat althans ‘doorgaans’, zie Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2006, p. 47.

⁵⁷⁵ Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 32. Zie ook Lindenbergh 2008a, nr. 10-11. Vgl. Bloembergen 1965, nr. 84 e.v.

⁵⁷⁶ Vrijwel letterlijk Lindenbergh 2008a, nr. 36. In gelijke zin o.m. Klaassen 2007, nr. 9.

⁵⁷⁷ In dezelfde zin G.J. de Groot 1982, p. 139 e.v.

⁵⁷⁸ Bij inkomensderving hoeft dit niet; hier kan feitelijke schade worden opgevoerd.

werknemer die meent kanker te hebben gekregen doordat hij tijdens zijn werkzaamheden is blootgesteld aan asbest). Op basis van het oordeel van een deskundige kan de burgerlijke rechter dan bepalen welk gedeelte van de schade aan B moet worden toegerekend.

Hieronder bespreek ik enige (mogelijke) problemen rondom de (dominante) rol die deskundigen in beide rechtsgebieden spelen.

7.4.2.1 Wiens brood men eet, ...

In het planschaderecht wordt in principe steeds een deskundige ingeschakeld – in principe: niet als de aanvraag kennelijk ongegrond is –, en wel door het bestuursorgaan. De deskundige adviseert het bestuursorgaan over het causaal verband tussen de schade en de in de aanvraag aangeduide schadeoorzaak, de omvang van de schade en de vraag of de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de schadelijgende behoort te blijven, bijvoorbeeld omdat deze het normaal maatschappelijk risico niet overstijgt. Op basis van dit advies stelt het bestuursorgaan vast of het wel of geen tegemoetkoming toekent aan de aanvrager. De aanvrager kan tegen dit besluit in bezwaar (en daarna ook in beroep en hoger beroep), maar in eerste instantie ‘moet de burger het doen’ met dit besluit.

In het privaatrecht zou het volstrekt ondenkbaar zijn dat de schadetoebrengende partij bepaalt of zij de schadelijgende partij een vergoeding toekent en als zij een vergoeding toekent, hoe hoog deze vergoeding zou moeten zijn. In het planschaderecht – en algemener in het bestuursrecht – wordt dit niet vreemd gevonden. Dit houdt verband met de aard van het bestuursrecht en de daaruit voortvloeiende ideeën over de functie(s) van bestuursorganen die vooral gestalte hebben gekregen in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het bestuursrecht gaat men ervan uit dat bestuursorganen zich zorgvuldig – ik zou bijna zeggen: dienstbaar –⁵⁷⁹ opstellen tegenover de burger en dat ze de bij een besluit betrokken belangen afwegen (zie bijvoorbeeld Afdeling 3.2 Awb). Deze uitgangspunten hebben veel weg van axioma's: hoe de theorie in de planschadepraktijk uitwerkt, is onduidelijk. Een niet minder aannemelijk uitgangspunt is dat bestuursorganen hun geld liever in hun zak houden, althans liever aan iets anders dan schadevergoeding uitgeven.⁵⁸⁰

Mijn grootste bezwaar tegen het huidige planschadevergoedingssysteem heeft van doen met het feit dat het schadeveroorzakende bestuursorgaan zelf de door hem te betalen tegemoetkoming vaststelt. Of althans, zich bij het vaststellen van de tegemoetkoming laat leiden door een door het bestuursorgaan zelf ingeschakelde deskundige adviseur die veel vrijheid heeft bij het door hem op te stellen advies. Hoewel zowel in het Bro als in de ‘model-procesverordening’ van de VNG enige waarborgen voor onafhankelijkheid worden gecreëerd, wordt in beide regelingen voorbijgegaan aan het volgende: als een adviseur financieel voordeel heeft of zelfs leeft van het uitbrengen van adviezen, zal deze geen advies willen uitbrengen dat zijn ‘broodheer’ ongunstig stemt.⁵⁸¹ Dit argument wordt nog wel eens door een schadelijgende aangedra-

⁵⁷⁹ Zie bijv. artikel 2:3 Awb (de doorzendplicht) en in zekere zin ook artikel 3:20 Awb (de plicht voor bestuursorganen om ‘te bevorderen’ dat de burger ‘in kennis wordt gesteld van andere op aanvraag te nemen besluiten waarvan het bestuursorgaan redelijkerwijs kan aannemen dat deze nodig zijn voor de door de aanvrager te verrichten activiteit’). In de toelichting op artikel 3:20 Awb wordt opgemerkt dat het artikel een ‘serviceverlenend oogmerk’ heeft (*Kamerstukken II*, 2006/07, 30 980, nr. 3, p. 19). De vraag is wat er van deze serviceverlening terechtkomt, nu de plicht die op het bestuursorgaan rust, is vormgegeven als een, in de woorden van Koning, ‘lichte inspanningsverplichting’ (zie hierover A.Z.R. Koning, ‘Informeren en coördineren met de Wet samenhangende besluiten (II)’, *TBR* 2009, p. 328-336), maar dit terzijde.

⁵⁸⁰ Zie bijv. Van Ettekoven 2011, p. 9: ‘Omdat geen budget is gereserveerd, is de neiging van het gemeentebestuur om claims af te wijzen groot’ (zie ook verder p. 9).

⁵⁸¹ Vgl. Te Rijdt 1991, p. 76, die meent dat ‘een stichting als de SAOZ (...) de zaken op den duur, al dan niet bewust, te veel vanuit overheidsstandpunt gaat bezien’. En vgl. voorts Van Wijmen in zijn noot onder AGRvS 19 april 1989, *BR* 1989, p. 706, r.k.: ‘een stichting, die naar het mij toeschijnt, – de

gen in een planschadeprocedure.⁵⁸² De Afdeling houdt (echter) voet bij stuk: de adviseur is niet een advocaat die de belangen behartigt van één partij – de overheid –, maar een onafhankelijke buitenstaander.⁵⁸³ Deze overtuiging strookt met de gedachten achter de regelgeving, maar of ze ook strookt met de praktijk, is niet duidelijk. Wel duidelijk lijkt me dat er burgers zijn die twijfelen aan de onafhankelijkheid van de adviseurs en dat lijkt me niet wenselijk.⁵⁸⁴

In het traject van bezwaar, beroep en hoger beroep zijn er naar mijn idee te weinig serieuze hindernissen ingebouwd om ervoor te zorgen dat een advies waarin de schade van de burger te laag wordt vastgesteld, het niet haalt. Dit komt vooral voort uit de taak die de bestuursrechter zichzelf heeft toebedeeld:⁵⁸⁵ het terughoudend toetsen van genomen besluiten.⁵⁸⁶ Dit terughoudend toetsen heeft zijn uitwerking op het werk van de door de rechter ingeschakelde deskundige; ook deze zal terughoudend toetsen.⁵⁸⁷ Zo lijken er wel waarborgen te zijn ingebouwd in het rechtssysteem, maar deze waarborgen zijn niet meer dan een wassen neus.

7.4.2.2 Intuïtie en/of vakkennis

Uitgangspunt in de Wro is dat planschade wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het oude en het nieuwe planologische regime. Het is in de praktijk niet mogelijk deze vergelijking ook werkelijk te maken. Ofwel het oude plan is niet (meer) zichtbaar in de praktijk, ofwel het nieuwe plan is (nog) niet gerealiseerd. Dat er door de door het bestuursorgaan ingeschakelde adviseur bij het vaststellen van vermindering van de waarde van een onroerende zaak (dus) gebruik wordt gemaakt van bijvoorbeeld de zogenoemde schadefactorenmethode, is vreemd noch onwenselijk. Ik vind het niet minder vreemd, maar wel minder wenselijk wanneer een adviseur vooral zijn intuïtie laat spreken, zelfs al is deze gevormd door jarenlange ervaring in het veld. Tegen een intuïtief oordeel valt (door de burger) weinig in te brengen, zeker als het een intuïtief oordeel betreft van een gezaghebbend adviseur.⁵⁸⁸ Het oordeel heeft dan veel weg van een autoriteitsargument.⁵⁸⁹ En dat terwijl ook de gezaghebbend adviseur

observatie blijve dan ook geheel voor mijn rekening –, bij de beoordeling van (planschade)claims tegen de overheid niet blanco tegen het geval pleegt aan te kijken, doch eerder vanuit de premisse: er is geen schade, tenzij het tegendeel werkelijk onontkoombaar blijkt'. Er bestaat overigens rechtseconomische literatuur over de stelling 'wiens brood men eet, diens woord men spreekt'. Zie over de zogenoemde self-serving bias bijv. Loewenstein e.a. 1993, p. 149-150 en 152.

⁵⁸² Zonder succes, waarover kritisch Tak 2008, p. 927.

⁵⁸³ Zie bijv. ABRVS 26 augustus 2009, nr. 200900195/1/H2, r.o. 2.3 (Goes): 'Volgens vaste jurisprudentie (...) is de saoz te beschouwen als een onafhankelijke deskundige op het gebied van planschade. Dat, zoals [appellant] heeft gesteld, de gemeenteraad altijd de saoz inschakelt bij verzoeken om planschadevergoeding betekent niet dat deze adviseur niet onafhankelijk is.'

⁵⁸⁴ Een aanleiding voor het aanvoeren dat de adviseur niet onafhankelijk is, zou overigens ook kunnen zijn dat de burger er alles bij sleept wat er mogelijk toe kan leiden dat het besluit door de rechter wordt vernietigd. Vgl. Koenraad 2009, p. 226, l.k.

⁵⁸⁵ Zie over dat 'zichzelf heeft toebedeeld' nadrukkelijk Barkhuysen e.a. 2007, p. 325 e.v., m.n. p. 326.

⁵⁸⁶ Vlg. Schlössels, die schrijft: '(h)et gaat er (...) niet om dat de feiten juist zijn, maar of het bestuursorgaan deze *niet onjuist* heeft vastgesteld. Dit is méér dan een woordspeling. Het gaat hier om de kern van de rechterlijke taakopvatting' (Schlössels 2010, p. 483, r.k.). Zie ook Van Zundert 2010, p. 126, l.k. Vgl. Barkhuysen e.a. 2007, p. 77, waar wordt opgemerkt dat de beperkte taakopvatting van de rechter 'wordt gecompenseerd door de grote verantwoordelijkheid voor een deugdelijke feitenvaststelling die op het bestuur rust'. Zie kritisch o.m. Schuurmans 2005, par. 6.4.

⁵⁸⁷ Zie over de StAB Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2006, p. 47.

⁵⁸⁸ De Afdeling overweegt in een kwestie die handelt over het vaststellen van de schade die een scheeps- en reparatiewerf lijdt ten gevolge van de uitvoering van dijkversterkingswerken of het voeren daartoe, aldus: 'Inzichten van deskundigen zijn in een geval als dit gebaseerd op kennis en ervaring. Een nadere onderbouwing van die inzichten kan dan ook niet in alle gevallen worden verlangd' (ABRVs 30 november 1998, AB 1999, 90, r.o. 2.6.1 (*Hoogheemraadschap Alblasserwaard en Vijfheerenlanden/Matena*; m.nt. F.C.M.A. Michiels)). Naar mijn idee doelt de Afdeling met 'niet in alle gevallen' op gevallen waarin de deskundige zijn advies baseert op (praktijk)kennis en (-)ervaring.

⁵⁸⁹ Zie hierover Heinrichs 2007, p. 157.

mogelijkwerijs iets over het hoofd ziet. Wellicht dat de adviseur, juist vanwege de jarenlange ervaring, ook vast is geroest in een ‘zo doen we dat nu eenmaal’, terwijl er goede redenen kunnen zijn om het roer om te gooien. Ik denk dan vooral aan wetenschappelijk onderzoek aangaande de prijseffecten van geluidshinder *casu quo* de toename van het aantal decibel.⁵⁹⁰

Er is jammerlijk weinig wetenschappelijk onderzoek voorhanden,⁵⁹¹ maar zelfs als het voorhanden is – en soms is dat het geval – is de adviseur er niet toe gehouden dit onderzoek te gebruiken. Gebruik maken van de intuïtie, de schadefactorenmethode of wetenschappelijk onderzoek, de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak laat de keuze aan de adviseur. Dit heeft, zo laat het zich aanzien, vooral van doen met de wijze waarop de Afdeling het besluit van het bestuursorgaan (dat is gebaseerd op het advies) toetst; dit besluit wordt, het is eerder gezegd, terughoudend getoetst.⁵⁹² De Afdeling meent dat het bestuursorgaan op het advies mag afgaan, tenzij er concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies. Zolang er geen concrete(re) eisen worden gesteld aan het advies dat moet worden uitgebracht, kan een intuïtief oordeel niet als onjuist of onvolledig worden aangemerkt (ook niet als er wetenschappelijk onderzoek bestaat dat het intuïtief oordeel weerspreekt).

7.4.2.3 Mogelijke rechtsongelijkheid

Een probleem dat samenhangt met de ruimte die de adviseur heeft, is dat er rechtsongelijkheid ontstaat. Stel: adviseur X laat zich vooral door zijn intuïtie leiden en adviseur Y werkt met de schadefactorenmethode.⁵⁹³ Het is allerminst ondenkbaar dat adviseur X en adviseur Y, wanneer beide adviseurs gevraagd zou worden over dezelfde kwestie te adviseren, tot heel andere adviezen komen.⁵⁹⁴ In de praktijk blijken veel gemeenten steeds dezelfde adviseur in te schakelen.⁵⁹⁵ Dat zou betekenen dat de inwoners van gemeente A, waar steeds adviseur X wordt ingeschakeld, een structureel andere behandeling krijgen dan de inwoners van gemeente B, waar steeds adviseur Y wordt ingeschakeld.⁵⁹⁶ De vraag is of dit wenselijk is. Me dunkt van niet. Natuurlijk zullen er altijd verschillen (blijven) bestaan tussen de verschillende adviezen, maar ik meen dat die verschillen, vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid, minimaal zouden moeten zijn.⁵⁹⁷ Daarbij zou er voor die verschillen een rechtvaardiging moeten bestaan.

⁵⁹⁰ Vgl. ABRvS 10 februari 2010, *JOM* 2010, 256, r.o. 2.6.2 (*Noordenveld*): er ‘bestaat geen grond om samenhang aan te nemen tussen de waarde van de woning, uitgedrukt in geld en de geluidbelasting aan de gevel van de woning, uitgedrukt in decibels, in die zin dat een redelijk denkende en handelende koper zich laat leiden door de te verwachten in die eenheid uitgedrukte toename van de geluidbelasting. Die toename aan de gevel van een woning is niet in die zin bepalend voor de waardevermindering van die woning, dat de waarde van een woning met een vast percentage per decibel vermindert.’ Van Ravels merkt hierover het volgende op: ‘Vooralsnog ga ik ervan uit dat de Afdeling hiermee vooral tot uitdrukking heeft willen brengen dat waarderen geen louter mathematische aangelegenheid is, waarbij steeds met wiskundige precisie een vaststelling van schade kan plaats vinden’ (Van Ravels 2010b, p. 250, l.k.).

⁵⁹¹ Er is wel het nodige onderzoek gedaan naar de invloed van geluidshinder op de waarde van onroerende zaken – via <www.google.nl> is een schat aan informatie te vinden –, maar het is de vraag of de uitkomsten steeds één op één toegepast kunnen worden. Zie hierover ook Nentjes 2010b, p. 28, r.k.-29, l.k., met verwijzingen. Zie voor een concrete ‘misser’ ABRvS 3 november 2010, nr. 201003817/1/H2, r.o. 2.3 en 2.3.1 (*Smallingerland*).

⁵⁹² Vgl. Van Ravels, die opmerkt dat een ‘onjuiste taxatiemethode’ ‘mede om procesrechtelijke redenen (...) niet altijd aan het licht komt’ (Van Ravels 2009b, p. 24, l.k.).

⁵⁹³ Waarin ook een zekere rol voor de intuïtie is weggelegd.

⁵⁹⁴ Zie bijv. ABRvS 20 februari 2008, *AB* 2009, 200.

⁵⁹⁵ Te Rijdt schrijft over de voordelen van een vaste en een ad-hoccommissie (Te Rijdt 1991, p. 79). Hij gaat in zijn analyse voorbij aan rechtsongelijkheid die tussen verschillende gemeenten kan ontstaan.

⁵⁹⁶ Overigens kunnen ook bewoners van gemeente C, waar soms adviseur X, soms adviseur Y en soms adviseur Z wordt ingeschakeld, ten opzichte van elkaar ongelijk worden behandeld.

⁵⁹⁷ Tak wijst er overigens terecht op dat een gelijke behandeling niet ook een rechtvaardige behandeling hoeft te zijn – burgers kunnen gelijkelijk onrechtvaardig worden behandeld (Tak 2010, m.n. p. 198).

7.4.3 Controle op de schadevaststelling uitoefenen

7.4.3.1 Gebrek aan kennis

Een probleem dat speelt in zowel het planschaderecht als het privaatrecht, is het gebrek aan mogelijkheden om controle op de door de deskundige(n) gepresenteerde schadevaststelling uit te oefenen. Zelfs als de bestuursrechter niet terughoudend toetst en/of achteroverleunt, zoals hem wordt verweten,⁵⁹⁸ is hij, net als de burgerlijke rechter, niet – althans: niet steeds – in staat deskundigenoordelen zelf(standig) op waarde te schatten. Een voor de hand liggende handelwijze, waarin ik me kan vinden, is dat de rechter zich laat bijstaan door een ‘eigen’ deskundige en dat de rechter deze deskundige in beginsel volgt.⁵⁹⁹ *Conditio sine qua non* voor deze uitkomst is wel dat de door de rechter benoemde deskundige zelfstandig onderzoek doet. Dat betekent voor het planschaderecht dat de door de rechter benoemde deskundige niet (langer) het aan het bestuursorgaan uitgebrachte advies terughoudend toetst. Het zou ‘geen kwaad’ kunnen de door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige te benaderen als partij-deskundige.

Dit kan ertoe leiden dat de strijd tussen partijen die wordt beslecht door een rechter, *de facto* een strijd tussen experts wordt die wordt beslecht door een expert. Het is natuurlijk zeer de vraag of dat wenselijk is.⁶⁰⁰ Het zou daarmee namelijk niet de rechter zijn die het laatste woord heeft.⁶⁰¹ Ik denk evenwel dat het belangrijker is dat een kundig oordeel wordt geveld. Daarbij komt dat de door de rechter ingeschakelde deskundige onpartijdiger mag worden geacht dan een door een van de partijen ingeschakelde deskundige,⁶⁰² al is natuurlijk niet gezegd dat de door de rechter ingeschakelde deskundige deskundiger is dan een door de partijen ingeschakelde deskundige.⁶⁰³ Problematisch is en blijft dat er in veel zaken geen rechtbankdeskundige aan te pas komt en (dus) de adviseur van het bestuursorgaan, die minst genomen de schijn van partijdigheid tegen heeft, het laatste woord heeft.

7.4.3.2 Standaardisering

⁵⁹⁸ Zie m.n. Damen 2006, p. 21-31. Vgl. bijv. Tjepkema 2010, m.n. p. 426.

⁵⁹⁹ Vgl. ABRvS 3 maart 2010, BR 2010, 79, r.o. 2.6.2 (*Utrechtse Heuvelrug*; m.nt. J.W. van Zundert). In casu had de (plan)schadelijgende een deskundigenadvies overgelegd aan de rechtbank, waarin kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het door de SAOZ aan de gemeente uitgebrachte advies. De rechtbank meende blijkbaar dat enige kanttekeningen terecht werden geplaatst en ze matigde de door de SAOZ vastgestelde vergoeding. De Afdeling kan zich hierin niet vinden. Ze overweegt: ‘Dat in het deskundigenrapport van Verhagen Advies kritische kanttekeningen bij de conclusie van de SAOZ zijn geplaatst, brengt niet met zich dat de gemeenteraad daarvan bij de besluitvorming niet heeft mogen uitgaan, aangezien die kanttekeningen geen concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van die conclusie vormen. Dat betekent dat de rechtbank ten onrechte aanleiding heeft gezien om het verschil tussen de door partijen getaxeerde waardevermindering te middelen’ (zie hierover Van Ravels 2010b, p. 250, r.k.).

⁶⁰⁰ De taakverdeling tussen de rechter en de deskundige is altijd al een worsteling geweest, zie G. de Groot 2004, p. 12-15.

⁶⁰¹ Bijv. Prins en Spruit stellen voor om steeds twee deskundigen door de rechter te laten benoemen. En als de twee deskundigen elkaar tegenspreken? ‘(D)an (is het) aan de rechter om de eventuele verschillende rapporten te wegen en te beoordelen op kwaliteit en motivering, en vervolgens op basis van die weging tot een beslissing te komen’, aldus Prins en Spruit 2004, p. 16, l.k. Prins en Spruit gaan eraan voorbij dat de rechter deze deskundigen nu juist benoemt, omdat hij niet in staat is de rapporten van de door de partijen ingeschakelde deskundigen te beoordelen.

⁶⁰² Vgl. Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 130, l.k.

⁶⁰³ Sinds het voorjaar van 2008 is er een deskundigenindex (DIX), een pool van deskundigen die ingezet kunnen worden in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken. (Voor deskundigen die kunnen worden ingezet in strafzaken, is er een aparte pool, de NRGD, zie <www.deskundigenregister.nl>.) Zie over de DIX Hoogendijk 2009, p. 13-18.

Een andere mogelijkheid om controle op schadevaststelling door deskundigen uit te oefenen of deze controle te vergroten is het, waar mogelijk, laten vaststellen van schadevaststellingsmethoden door uit deskundigen samengestelde commissies. Deze vastgestelde methoden zouden dan als standaard moeten gelden en deskundigen zouden hiervan slechts mogen afwijken indien en voor zover zij dit duidelijk motiveren. (Mogelijk kan in de toelichting van de schadevaststellingsmethoden worden opgemerkt in welke gevallen afgeweken zou mogen/kunnen worden.) De commissies zouden bij het vaststellen van de methoden waar mogelijk de uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek moeten meenemen, ofwel door concrete formules voor te schrijven, die zijn ontleend aan wetenschappelijk onderzoek, ofwel door op te merken dat bij de schadevaststelling steeds de recentste ontwikkelingen in de wetenschap moeten worden meegenomen.

De ingeschakelde deskundige zou steeds zo duidelijk mogelijk moeten aangeven hoe hij tot bepaalde uitkomsten is gekomen, zodat andere deskundigen hier eventueel tegen kunnen opkomen (bijvoorbeeld door relevant wetenschappelijk onderzoek over te leggen dat tot andere inzichten noopt). Het conflict kan hiermee aan helderheid winnen – waar gaat het partijen nu precies om? – en hiermee kan het conflict verder worden beheerst, zo men wil: beperkt.⁶⁰⁴

Met uniformering van de taxatiemethode(n) zouden de hierboven beschreven problemen grotendeels kunnen worden opgelost.⁶⁰⁵ De vraag is wie deze uniformering tot stand zou moeten brengen. Het komt mij voor dat de Afdeling bestuursrechtspraak slechts een geringe bijdrage aan uniformering kan leveren, vanwege de marginale rol die zij speelt.⁶⁰⁶ Natuurlijk is het mogelijk de kwestie aan de wetgever voor te leggen,⁶⁰⁷ maar veel mooier nog zou het zijn als de adviseurs zelf om de tafel zouden gaan zitten.⁶⁰⁸ (Overigens, ook wanneer de wetgever regelgeving zou willen ontwikkelen, zal waarschijnlijk diezelfde adviseurs gevraagd worden gezamenlijk aan een voorstel te werken.) Afgesproken zou kunnen worden dat de uniforme methode wordt aangepast als wetenschappelijke ontwikkelingen hiertoe nopen. Verder zou afgesproken kunnen worden het advies inzichtelijker te maken oftewel de verschillende stappen van de taxatiemethode in het advies uit te werken, zodat de adviseur van de burger hierover gericht zijn licht kan laten schijnen. Als de adviseurs niet in staat blijken tot zelfregulering, zou de wetgever wat mij betreft alsnog moeten ingrijpen.

7.4.4 Meer gelijkheid

Een aantal van de (mogelijke) problemen rondom planschadetaxatie houdt verband met de rol van de bestuursrechter. Hij toetst besluiten van bestuursorganen terughoudend en stelt zichzelf de vraag: ‘had het bestuursorgaan *in redelijkheid* tot deze conclusie mogen komen?’. In § 7.4.2.1 geef ik aan dat deze (terughoudende) benadering van bestuuroptreden verband houdt met de aard van het bestuursrecht en de daaruit voortvloeiende ideeën over de functie(s) van bestuursorganen en zet ik dit af tegen het beeld van bestuursorganen die graag niet te veel geld ‘kwijt’ zijn aan schadevergoedingen en tegemoetkomingen. Dit laatste beeld lijkt mogelijk ietwat tendentieus, maar er zijn aanwijzingen dat het – op het gebied van het toekennen van vergoedingen en tegemoetkomingen – de praktijk beter kenschetst dan het eerste.⁶⁰⁹

⁶⁰⁴ Het feit dat het conflictmodel in sommige deelgebieden van het Nederlands recht heerst is, denk ik, lastig te veranderen. Zo kan van de verzekeraar van de schadetoebrengende partij niet worden verwacht dat hij zich niet verweert als de schadelijgende partij een claim indient (zie hierover bijv. Wilken in haar noot onder Rb. Maastricht 3 december 2008, JA 2009, 39, onder 9 e.v. en Smeehuijzen 2009, m.n. p. 336, l.k.).

⁶⁰⁵ Vgl. Schuurmans 2006, p. 40-41.

⁶⁰⁶ De bestuursrechter wordt door Damen gekarakteriseerd als ‘marginaal toetsende achteroverleuner’ (Damen 2006, p. 21-31). Anders Van Ravels 2010a, p. 550, r.k.-551.

⁶⁰⁷ Vgl. Nicolai 1981, p. 519: het bestuursorgaan dient ‘zelf zodanige voorwaarden te scheppen, dat een deugdelijke advisering zal kunnen geschieden’.

⁶⁰⁸ Vgl. Weterings 2004, p. 137 e.v.

⁶⁰⁹ Bijv. Van Ettehoven 2011, p. 9.

Wat het privaatrecht op het terrein van schadebegroting voor heeft op het planschaderecht is de gelijkheid van partijen. Ook het privaatrecht worstelt met de onmogelijkheid van het vergelijken van twee situaties – de situatie zonder schadeveroorzakend incident en de situatie met schadeveroorzakend incident –, maar waar de schadelijder in het planschaderecht is overgeleverd aan de welwillendheid van de schadeveroorzaker – het systeem laat hiervoor althans ruimte –, heeft de schadelijder in het privaatrecht dezelfde kansen als de schadetoebrengrer en wordt deze, waar bewijsnood kan ontstaan – hoe bewijs ik mijn alternatieve carrièrepad? – tegemoetgekomen door de rechter.

Zelfs wanneer wordt overgegaan tot (enige) standaardisering – waarvoor ik hierboven, onder 7.4.3.2 pleit –, zal schadebegroting (veelal) geen kwestie van exacte wetenschap zijn. Ik denk dat het daarom van belang is dat de wijze van schadebegroting inzichtelijk wordt gemaakt voor de schadelijder en dat deze zoveel als mogelijk de gelegenheid moet worden geboden om, al dan niet met behulp van een deskundige adviseur, hiertegen op te komen. En met dat opkomen tegen een door de deskundige adviseur van de gemeente vastgestelde schadebegroting bedoel ik dat de bezwaren van de schadelijder serieus worden genomen en daarmee serieus worden onderzocht. Deze (nieuwe) benadering van planschadeclaims vergt van de bestuursrechter dat deze zich minder (namelijk: niet) terughoudend opstelt. Dat dit niet strookt met de (vooralsnog) gangbare ideeën over het bestuursprocesrecht, is naar mijn idee niet relevant.

7.5 Conclusie

Kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht voor wat het begroten van schade betreft? Ik denk dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De bijdrage die het privaatrecht kan leveren, houdt niet zozeer verband met (materiële) regels aangaande de schadebegroting – de privaatrechtelijke regels zijn, zoals hierboven duidelijk gemaakt, eerder richtsnoeren, ze schrijven geen begrotingsmethode voor –, als wel met elementen die voortvloeien uit de aard van het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht.

Zo staat in het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en het civiele proces de gelijkwaardigheid van partijen voorop. Ik versta heel goed dat de bijzondere rol die de schadeveroorzaker partij speelt in het planschaderecht, verband houdt met de gedachten over hoe deze partij zich idealiter zou moeten gedragen – namelijk: steeds rekening houdend met, of zelfs handelend vanuit het algemeen belang –, maar ik denk dat de realiteit een ander beeld laat zien en dat daarmee herbezinning over de rol van de schadetoebrengrer partij in de planschadeprocedure op haar plaats is. Naar mijn idee zou, zoals in het civiele proces, een meer gelijkwaardige positie van partijen ervoor zorgen dat (mogelijke) perverse effecten van het huidige systeem verdwijnen. Hieruit vloeit (uiteraard) voort dat ook afgestapt zou moeten worden van het idee dat de besluiten op de tegemoetkomingsaanvraag slechts marginaal worden getoetst.

8. Beantwoording onderzoeksvraag, aanbevelingen en vooruitblik

8.1 Inleiding

Op basis van het intern rechtsvergelijkend onderzoek waarvan in de vorige hoofdstukken verslag wordt gedaan, beantwoord ik in dit hoofdstuk de in § 1.3 geformuleerde onderzoeksvraag (§ 8.2) en kom ik tot enige aanbevelingen voor de wetgever en de rechtspraak, meer bepaald de planschaderechter en de planschadeadviseur (§ 8.3). In § 8.4 ga ik nader in op de toekomst van het planschaderecht.

8.2 Beantwoording van de onderzoeksvraag

De hoofdvraag die in dit boek centraal staat, luidt:

Kan het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het planschaderecht?

Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Alleen op het terrein van voordeeltorekening zijn het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zoveel als mogelijk geharmoniseerd; de afwijkingen ten aanzien van voordeeltorekening laten zich verklaren vanuit de verschillen die op aansprakelijkheidsrechtelijk niveau bestaan tussen het privaatrecht en het planschaderecht (zie § 5.4 en § 5.5). Voor wat de onderwerpen van de andere deelonderzoeken betreft, is een verdere harmonisatie van planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht mogelijk en dus wenselijk (zie § 1.2). Ik bespreek hieronder succesievelijk de typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen (§ 8.2.1), causaal verband (§ 8.2.2), 'eigen schuld', actieve en passieve risicoaanvaarding en de schadebeperkingsplicht (§ 8.2.3) en de (wijze van) schadebegroting (§ 8.2.4). Bij de bespreking van de deelonderzoeken wordt steeds verwezen naar passages uit dit boek, waar een nadere toelichting en/of onderbouwing te vinden is.

8.2.1 Typen schade die voor vergoeding in aanmerking komen

8.2.1.1 Inkomensderving; waardevermindering van de onroerende zaak

Op grond van artikel 6.1 lid 1 Wro komt schade in de vorm van zowel een inkomensderving als een vermindering van de waarde van een onroerende zaak voor tegemoetkoming in aanmerking. Ten aanzien van deze twee typen schade wijken het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en het planschaderecht niet (onnodig) van elkaar af; in beide rechtsgebieden komen deze typen schade voor vergoeding/tegemoetkoming in aanmerking (zie § 3.2.1, § 3.3.1, § 3.4.1, § 3.4.2 en § 3.4.3.1).

8.2.1.2 Tijdelijk verminderd woongenot

Tijdelijk verminderd woongenot komt onder de Wro, anders dan onder artikel 49 WRO (oud), niet voor tegemoetkoming in aanmerking (zie § 3.3.2). In het privaatrecht kan tijdelijk verminderd gebruiksgenot worden aangemerkt als vermogensschade en als ander nadeel dan vermogensschade. De kwalificatie hangt af van de wijze waarop de vordering wordt ingekleed: ligt de nadruk op economische aspecten, dan zal sprake zijn van vermogensschade, ligt de nadruk op gevoelens, emoties, dan zal sprake zijn van 'ander nadeel'. De vordering zal worden beoordeeld vanuit het gekozen perspectief (zie § 3.2.3).

In § 2.4.2 constateer ik dat er geen uit de aard van het planschaderechtelijk aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende reden bestaat om bepaalde typen schade van vergoedbaarheid uit te sluiten. Ook tijdelijk verminderd woongenot zou naar mijn idee voor tegemoetkoming in

aanmerking moeten komen. De wetgever heeft tijdelijk verminderd woongenot niet als schade opgenomen in artikel 6.1 lid 1 Wro, omdat deze schade het normaal maatschappelijk risico niet zou overstijgen. Rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak laat evenwel een ander beeld zien: tijdelijk verminderd woongenot kan volgens haar wel degelijk boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgen (zie § 3.2.2). Wanneer een burger nu tijdelijk verminderd woongenot heeft, kan hij een verzoek tot nadeelcompensatie indienen ex artikel 4:126 Awb. Hij kan bij een voor hem negatief besluit op bezwaar evenwel niet in beroep, zo blijkt uit artikel 8:2a Awb. Dat betekent dat de burger zich tot de burgerlijke rechter zal moeten wenden. Een burger die zowel blijvend als tijdelijk verminderd woongenot heeft, zal twee procedures moeten starten. Het moeten doorlopen van twee procedures om schade vergoed te krijgen die (welbeschouwd) door één en dezelfde maatregel wordt veroorzaakt, zal voor veel burgers te veel van het goede zijn. Artikel 8:2a Awb belemmert daarmee een effectieve bescherming (artikel 13 EVRM) van artikel 8 EVRM. Ik meen daarom dat wijziging van artikel 6.1 lid 1 Wro nodig is. (Zie § 3.4.3.4.)

Het planschaderecht zou in lijn moeten worden gebracht met het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht, en wel zo dat het de burger die tijdelijk gebruiksgenot derft, de mogelijkheid biedt deze schade vergoed te krijgen. In het kader van de rechtseenheid zou ook bij de terminologie van artikel 6:95 BW moeten worden aangesloten; schade bestaat in vermogensschade en ander nadeel (zie § 3.4.2).

8.2.1.3 Kosten ter voorkoming of beperking van de schade

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht komen kosten ter beperking of voorkoming van schade voor vergoeding in aanmerking als er een causaal verband tussen het schadebeperkend handelen van de schadelijgende en het schadetoebrengend handelen van de schade-toebrengende bestaat – de schadelijgende moet de (schadebeperkende) handelingen hebben verricht om zijn schade te beperken – en als de kosten zowel naar aard als naar omvang redelijk zijn (zie § 3.2.1). In de planschaderechtspraak is uitgemaakt dat de kosten ter beperking van planschade niet snel voor vergoeding in aanmerking komen, namelijk slechts indien en voor zover de genomen maatregelen de schade *daadwerkelijk* beperken en de kosten van de schadebeperkende maatregelen *niet hoger* zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als niet schadebeperkend was gehandeld (zie § 3.3.3).

Het planschaderecht kent, anders dan het onrechtmatigedaadsrecht, geen daders en ook geen slachtoffers. Er is een overheid die vanuit het algemeen belang (in beginsel) rechtmatige handelingen verricht, en er zijn burgers die hiervan nadeel ondervinden. De benadering van de vergoedbaarheid van kosten ter beperking van planschade – twee nogal strenge voorwaarden – vloeit hier naar mijn idee logischerwijs uit voort; de overheid is slechts gehouden die schade te vergoeden die het normaal maatschappelijk risico overstijgt, dus waarom zou ze de extra kosten die de burger maakt – kosten waarmee de burger denkt zijn schade te beperken, maar waarmee hij feitelijk zijn schade vergroot – moeten vergoeden? De overheid is alleen gehouden de kosten te vergoeden als ze werkelijk ‘goedkoper’ uit is door het handelen van de burger (zie § 3.4.4). Hier is voor het planschaderecht derhalve niets te leren van het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht.

8.2.1.4 Deskundigenkosten

De wijze waarop het planschaderecht en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht de vergoedbaarheid van deskundigenkosten benaderen verschilt, in elk geval op het eerste gezicht. In het planschaderecht worden de deskundigenkosten benaderd als ‘bijkomende kosten’; als aan de schadelijgende een tegemoetkoming voor planschade wordt toegekend, heeft deze in principe ook recht op een vergoeding van de deskundigenkosten. In principe: hij heeft geen recht op een vergoeding als hij een deskundige inschakelt nog voordat de door burgemeester en wethouders ingeschakelde deskundige zijn advies heeft uitgebracht (zie § 3.3.4). In het

privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht ligt dat anders. In het arrest *Bravenboer/London* heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat deskundigenkosten op grond van artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW als een zelfstandige schadepost gezien moeten worden. Dat betekent dat deze kosten voor vergoeding in aanmerking (kunnen) komen, ook als (nog) niet vaststaat of het normschendend handelen zelf schade heeft veroorzaakt (zie § 3.2.1).

Het verschil in benadering van de deskundigenkosten laat zich eenvoudig verklaren. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht staat steeds een normschending centraal. Degene die bijvoorbeeld een onrechtmatige daad heeft begaan, is ertoe gehouden alle schade die voortvloeit uit deze onrechtmatige daad, (financieel gezien) ongedaan te maken. Onder dit ongedaan maken valt ook het vergoeden van deskundigenkosten; degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld, zou deze kosten immers niet hebben hoeven maken als jegens hem niet onrechtmatig was gehandeld. Het uitgangspunt in het planschaderecht is dat planschade in principe niet vergoed hoeft te worden. Slechts wanneer de planschade het normaal maatschappelijk risico overstijgt, bestaat er een aanspraak (op een tegemoetkoming). Als burgemeester en wethouders niet aansprakelijk kunnen worden gehouden, heeft de burger geen recht op een planschadevergoeding en dus ook niet op een vergoeding voor gemaakte deskundigenkosten. Immers, is er geen aansprakelijkheidsgrond, dan bestaat er ook geen vergoedingsplicht. Dit alles laat uiteraard onverlet dat het voor de burger lastig kan zijn om in te schatten of hij aanspraak kan maken op een tegemoetkoming.

Ten aanzien van de kosten van de juridische deskundige – de advocaat – die door de schadelijgende wordt ingeschakeld, geldt in het planschaderecht dat deze vergoed worden, voor zover redelijk naar aard en omvang, als de schadelijgende recht blijkt te hebben op een tegemoetkoming. In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht ligt dat even anders. Advocatenkosten die de schadelijgende maakt, komen volledig voor vergoeding in aanmerking voor zover deze naar aard en omvang redelijk zijn, als het niet tot een juridische procedure komt. Komt het wel tot een juridische procedure, dan komt slechts een gedeelte van de kosten van rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking. Dit verschil is goed te verklaren en ook te billijken; in het privaatrecht leidt een juridische procedure, anders dan in het planschaderecht, vaak tot een gedeeltelijke toe- of afwijzing en kan op voorhand niet steeds goed worden ingeschat welke partij in haar recht staat. Het volledig vergoeden van proceskosten wordt in de privaatrechtelijke literatuur dan ook gezien als een mogelijke belemmering van de toegang tot de rechter. In het planschaderecht speelt mogelijk precies het tegenovergestelde: wanneer slechts een gedeelte van de proceskosten voor vergoeding in aanmerking zou komen, dan zou dit er weleens toe kunnen leiden dat burgers hun aanspraak op planschadevergoeding niet verzilveren. (Zie § 3.4.5.) Op het terrein van de vergoedbaarheid van deskundigenkosten is een verdere harmonisatie van het privaatrecht en het planschaderecht niet wenselijk.

8.2.2 Causaal verband

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht wordt naast het *condicio-sine-qua-non* vereiste de in artikel 6:98 BW gecodificeerde leer van de redelijke toerekening toegepast. In artikel 6:98 BW wordt niet gerept over de redelijkheid. In de Memorie van Toelichting is te lezen dat ‘(e)en uitdrukkelijke verwijzing naar de redelijkheid (...) achterwege (is) gelaten, teneinde niet te suggereren als zou het hier gaan om een discretionaire bevoegdheid van de rechter, waarbij hij aan geen andere maatstaf dan de redelijkheid gebonden zou zijn’. De leer is geïntroduceerd om de rechter te dwingen zich te verantwoorden voor zijn beslissing; de kern van de leer van de redelijke toerekening is de motivering van het causaliteitsoordeel (zie § 4.2.2.1 en § 4.2.2.2).

In de literatuur wordt aangenomen dat ook in het planschaderecht (naast het *condicio-sine-qua-non* vereiste) de leer van de redelijke toerekening wordt toegepast. Of dit ook werkelijk het geval is, blijkt evenwel niet uit de planschadejurisprudentie. De Afdeling bestuursrechtsspraak motiveert haar causaliteitsoordelen niet, maar volstaat met ‘er is wel/geen rechtstreeks

verband' en haalt door wat naar haar idee niet van toepassing is (zie § 4.3). Dat kan beter en het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht laat naar mijn idee zien hoe, namelijk door de leer van de redelijke toerekening toe te passen zoals deze bedoeld is: de rechter moet in zijn uitspraak inzichtelijk maken waarom bepaalde schade wel of niet toegerekend kan worden aan een bepaalde planologische maatregel (zie § 4.4.1, § 4.4.2 en § 4.4.3).

Hiermee is niet gezegd dat de uitkomsten van de causaliteitsoordelen van de Afdeling steeds anders zouden moeten uitpakken. Van Ravels heeft meermaals betoogd dat een strikte toerekening goed past bij het karakter van het planschaderecht, dat is gebaseerd op aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. En hiervoor is veel te zeggen (zie vooral § 4.4.2).

8.2.3 'Eigen schuld', actieve en passieve risicoaanvaarding en de schadebeperkingsplicht

Zowel het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht als het planschaderecht kent verschillende figuren die het mogelijk maken om schade voor rekening van de schadelijgende te laten, omdat hijzelf debet is aan het ontstaan van deze schade. Het privaatrecht kent 'eigen schuld' (artikel 6:101 BW) en de uit artikel 6:101 BW voortvloeiende schadebeperkingsplicht (zie § 6.2). Het planschaderecht kent de actieve en passieve risicoaanvaarding (artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro) en de schadebeperkingsplicht (artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro) (zie § 6.3).

8.2.3.1 Concrete voorzienbaarheid en het normaal maatschappelijk risico

Van risicoaanvaarding is in het planschaderecht sprake als de planschade voor de schadelijgende voorzienbaar was. De maatstaf die door de Afdeling bestuursrechtspraak wordt aangelegd om te zien of sprake is van voorzienbaarheid – 'de redelijk denkend en handelend koper' (zie § 6.3.1.1) – doet sterk denken aan allerhande privaatrechtelijke maatmannen. Duidelijk is dat van voorzienbaarheid in menselijke zin – het criterium 'redelijk denkend en handelend koper' refereert daar toch aan – lang niet altijd kan worden gesproken. Gezegd kan worden dat de term voorzienbaarheid op zijn minst genomen enigszins misleidend is en dat het harde 'alles of niets'-karakter van de voorzienbaarheid – iets is namelijk ofwel voorzienbaar ofwel niet voorzienbaar – niet steeds even redelijk lijkt uit te pakken. Ik denk onder meer aan uitspraken die handelen over de schade die burgers lijden ten gevolge van een ontsluitingsweg die vlak voor hun huis wordt aangelegd. In deze uitspraken wordt overwogen dat het voor de hand ligt 'dat een woonwijk ontsloten moet worden, zodat een redelijk denkend en handelend koper er niet zonder meer van mag uitgaan dat een ontsluitingsweg niet op de gronden tegenover zijn perceel zal worden aangelegd'.

Bij deze strenge benadering van de voorzienbaarheid speelt mee dat de schade wordt toegebracht door rechtmatig overheidshandelen; rechtmatig toegebrachte schade komt in principe niet voor vergoeding in aanmerking, terwijl onrechtmatig toegebrachte schade in principe wél voor vergoeding in aanmerking komt. Nu lijkt het me goed dat met overheidsgeld voorzichtig wordt omgesprongen, maar ik vraag me af of het hiervoor nodig is dat de voorzienbaarheid tot voorbij de menselijke voorzienbaarheid wordt opgerekt. Zo zou de aanleg van een ontsluitingsweg mijns inziens niet voorzienbaar moeten worden geacht om de eenvoudige reden dat het maar zeer de vraag is of de aanleg van deze weg ook echt concreet voorzienbaar was. Naar mijn idee zou de aanleg van een ontsluitingsweg beter kunnen worden meegenomen bij de vraag in hoeverre de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt, zoals ook de groei van een dorp en daarmee het verschuiven van de dorpsrand wel wordt meegenomen bij de vraag in hoeverre het verdwijnen van het vrije uitzicht tot het normaal maatschappelijk risico behoort. (Zie § 6.4.2.)

8.2.3.2 Proportionaliteit

Een van de belangrijkste verschillen tussen de privaatrechtelijke 'eigen schuld' en de planschaderechtelijke voorzienbaarheid is dat de voorzienbaarheid geen gradaties kent in die zin

dat bijvoorbeeld een duidelijk omschreven bestemming, zoals ‘woongebied’, in een bestemmingsplan eerder als voorzienbaar wordt aangemerkt dan een ‘opening’ in een bestemmingsplan (‘mogelijke uitbreiding woongebied (nader te bepalen)’). En wordt voorzienbaarheid aangenomen, dan vervalt de aanspraak op een tegemoetkoming in de planschade geheel. (Denk aan het wegvallen van het onrechtmatige karakter van het toebrengen van letsel in een *cage fight* (§ 6.2.2).)

Artikel 6:101 BW biedt ruimte om de schade te verdelen tussen de aangesprokene en de schadelijgende naar de mate waarin zij ‘schuld’ aan de schade hebben. Bij de voorzienbaarheid is ‘schuld’ bij de schadelijgende – namelijk: hij had de schadetoebrengende maatregel moeten zien aankomen – voldoende om de gehele schade voor rekening van de schadelijgende te laten. De voorzienbaarheid heeft derhalve een ‘alles of niets’-karakter, waar de privaatrechtelijke ‘eigen schuld’ juist een proportioneel karakter heeft.

Een nadeel van de proportionele benadering, waaraan ik hierboven, onder 6.2.1.2, aandacht besteed, is het feit dat grijs in vele tinten komt. Om Barendrecht te citeren: ‘Wie tussenoplossingen wil aanvaarden, zal ook moeten kunnen aangeven hoeveel van het nadeel dan bij wie moet komen te liggen. Ja, hij kan het nog even proberen met ‘gewoon ieder de helft’, maar dezelfde argumenten die voor een tussenoplossing pleiten, keren zich al snel ook tegen die uitweg’. Kort en goed: meer proportionaliteit leidt tot meer onduidelijkheid. En onduidelijkheid kost de samenleving geld; er wordt immers (vrijwel) alleen geprocedeerd wanneer er onzekerheid bestaat over de uitkomst van een procedure. De harde knip van de voorzienbaarheid pakt niet steeds even redelijk uit, maar hij biedt wel rechtszekerheid. (Zie § 6.4.3.)

8.2.3.3 Schadebeperkingsplicht

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zijn de (op de schadelijgende rustende) schadebeperkingsplicht (die voortvloeit uit artikel 6:101 lid 1 BW) en de vergoedbaarheid van kosten die (door de schadelijgende) zijn gemaakt om schade te voorkomen en/of te beperken (artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW) elkaars spiegelbeeld (zie § 6.2.3 en § 6.2.4). In het planschaderecht is niet duidelijk wat de reikwijdte is van de schadebeperkingsplicht (artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro) (zie § 6.3.2). Wel is uit de rechtspraak van de planschaderechter op te maken dat kosten die zijn gemaakt ter voorkoming en beperking van planschade, zelden voor vergoeding in aanmerking komen (zie § 6.3.3). Als ook in het planschaderecht de schadebeperkingsplicht en de vergoedbaarheid van de kosten die zijn gemaakt ter voorkoming en/of beperking van de schade, als elkaars spiegelbeeld moeten worden beschouwd – en dat is mijn idee het geval –, zou er in het planschaderecht weinig ruimte voor de schadebeperkingsplicht moeten bestaan.

Ik zou ervoor willen pleiten de schadebeperkingsplicht alleen aan te nemen wanneer duidelijk is dat de burger door een relatief geringe inspanning relatief veel schade kan beperken. Het is lastig om vooraf steeds goed in te schatten in hoeverre een bepaalde maatregel een schadebeperkend effect heeft. Wanneer bijvoorbeeld een horecaondernemer te lijden heeft onder een wegomlegging, dan kan hij door reclamefolders te verspreiden en/of door met borden aan te geven hoe zijn horecagelegenheid te bereiken is, zijn inkomensschade waarschijnlijk (enigszins) beperken. De vraag is hoeveel schade er middels deze reclameactiviteiten precies beperkt wordt. Hetzelfde geldt voor een huiseigenaar die dubbele beglazing laat plaatsen. Het lijkt vanzelf te spreken dat de huiseigenaar door dubbele beglazing te nemen de geluidshinder weet terug te dringen, maar wat is de invloed van deze maatregel nu precies op de waarde van het huis? Een onderzoek naar de effecten van deze maatregelen is al gauw duurder dan de maatregelen zelf. Ik ben geneigd te zeggen dat in geval van twijfel geen schadebeperkingsplicht moet worden aangenomen. (Zie § 6.4.4.)

8.2.4 Schade begroten

8.2.4.1 Materiële regels over schadebegroting

Voor wat betreft het vaststellen van schade hebben het privaatrecht en het planschaderecht gemeen dat ze de schade zo concreet mogelijk in beeld willen hebben. De enige uitzondering in het planschaderecht is permanente inkomensderving, waarbij voor de toekomst wordt geabstraheerd en een factor 7 of 10 wordt toegepast. Deze uitzondering sluit overigens goed aan bij artikel 6:105 lid 1 BW, dat bepaalt dat nog niet ingetreden schade bij voorbaat begroot kan worden na afweging van goede en kwade kansen (zie § 7.3.3.1).

Het doel van Afdeling 6.1.10 BW is de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de positie zoals die zou zijn als de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan, en het uitgangspunt is daarom dat *werkelijk* geleden schade *volledig* wordt vergoed (zie vooral § 2.2). Dit uitgangspunt brengt mee dat in beginsel zoveel mogelijk rekening zal moeten worden gehouden met de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert. Het doel van Afdeling 6.1 Wro is de benadeelde tegemoetkomen in de door hem geleden planschade. De benadeelde zal zelf een deel van zijn schade – ten minste 2% van de waarde van de onroerende zaak of het inkomen behoort in ieder geval tot het normaal maatschappelijk risico van de burger (artikel 6.2 lid 2 Wro) – moeten dragen. Dat betekent echter niet dat zijn schade minder concreet vastgesteld mag worden; de schade die uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico, wordt *volledig* vergoed (zie vooral § 2.4.2, eerste alinea). Ten aanzien van permanente inkomensderving ten gevolge van een planwijziging geldt dat de schade die gekapitaliseerd wordt – met ofwel een factor 7 ofwel een factor 10 – zo nauwkeurig mogelijk wordt geschat.

8.2.4.2 Andere benadering van procespartijen

De bijdrage die het privaatrecht kan leveren op het terrein van de schadebegroting, houdt niet zozeer verband met (materiële) regels aangaande de schadebegroting – de privaatrechtelijke regels zijn eerder richtsnoeren, ze schrijven geen begrotingsmethode voor –, als wel met elementen die voortvloeien uit de aard van het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht. Zo staat in het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht en de procedure bij de burgerlijke rechter de gelijkwaardigheid van partijen voorop. Ik versta heel goed dat de bijzondere rol die de schadeveroorzakende partij speelt in het planschaderecht, verband houdt met de gedachten over hoe deze partij zich idealiter zou moeten gedragen – namelijk: steeds rekening houdend met, of zelfs handelend vanuit het algemeen belang –, maar ik denk dat de realiteit een ander beeld laat zien en dat daarmee herbezinning over de rol van de schadetoebrengende partij in de planschadeprocedure op haar plaats is. Naar mijn idee zou, zoals in het civiele proces, een meer gelijkwaardige positie van partijen ervoor zorgen dat (mogelijke) perverse effecten van het huidige systeem – in het traject van bezwaar, beroep en hoger beroep zijn te weinig serieuze hindernissen ingebouwd om ervoor te zorgen dat een advies waarin de schade van de burger te laag wordt vastgesteld, het niet haalt – verdwijnen. Hieruit vloeit voort dat ook afgestapt zou moeten worden van het idee dat de besluiten op de tegemoetkomingsaanvraag slechts marginaal getoetst worden. (Zie § 7.4.1-7.4.4.)

8.3 Aanbevelingen

8.3.1 Aanbevelingen voor de wetgever

In de toelichting op de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten heeft de wetgever aangegeven dat het planschaderecht zal worden herzien, om het planschaderecht in lijn te brengen met het gemene nadeelcompensatierecht. Hieronder kom ik tot enige aanbevelingen voor de wetgever tot wijziging van de Wro. De aanbevelingen kunnen los worden gezien van de hieronder nog te bespreken aanbevelingen voor de rechtspraak.

8.3.1.1 Tijdelijk verminderd woongenot

Het verdient aanbeveling dat artikel 6.1 Wro zo gewijzigd wordt, dat tijdelijk verminderd woongenot voor vergoeding in aanmerking komt. Dit lijkt me wenselijk vanuit het oogpunt van efficiëntie – wanneer een burger zowel blijvende als tijdelijke genotsderving ondervindt vanwege de wijziging van een planologisch regime, kan hij voor beide typen schade een tegemoetkoming ontvangen als hij een aanvraag ex artikel 6.1 Wro indient, en hoeft hij niet ook een aanvraag ex artikel 4:126 Awb in te dienen –, maar ook omdat het aan de burger slecht uit te leggen zal zijn dat hij, om een tegemoetkoming in zijn schade te krijgen, twee aanvragen zal moeten indienen (en twee keer leges zal moeten betalen) en bij een voor hem negatief antwoord op zijn 4:126-verzoek een (relatief dure) civiele procedure moet starten. (Zie hierover nader § 3.4.3.2 en § 3.4.3.4.)

8.3.1.2 Causaal verband

Een wetswijziging is niet nodig om de leer van de redelijke toerekening in planschaderechtelijke kwesties toe te passen: de woorden ‘als gevolg van’ in artikel 6.1 lid 1 Wro bieden deze ruimte (en in de literatuur wordt aangenomen dat deze ruimte hiertoe al wordt benut). Ten behoeve van de duidelijkheid dient naar mijn idee toch een op artikel 6:98 BW gelijkende bepaling in Afdeling 6.1 Wro te worden opgenomen. Zoals in hoofdstuk 4 uiteen wordt gezet, is de kracht van de leer van de redelijke toerekening gelegen in de argumentatie. Bij toepassing van deze leer dient dan ook duidelijk gemotiveerd te worden en niet te worden volstaan met het overnemen van de frase ‘de schade kan wel/niet worden toegerekend’ en het doorhalen van ofwel ‘wel’ ofwel ‘niet’.

8.3.1.3 Voorzienbaarheid van planschade

Ik meen dat de voorzienbaarheid niet tot voorbij de menselijke voorzienbaarheid moet worden opgerekt, zoals nu wel eens gebeurt. Zo zou de aanleg van een ontsluitingsweg mijns inziens niet voorzienbaar moeten worden geacht om de eenvoudige reden dat het maar zeer de vraag is of de aanleg van deze weg ook werkelijk concreet voorzienbaar was. Naar mijn idee zou de aanleg van een ontsluitingsweg beter kunnen worden meegenomen in de 2%-korting van het normaal maatschappelijk risico, zoals ook de groei van een dorp en daarmee het verschuiven van de dorpsrand wel worden meegenomen bij het antwoord op de vraag in hoeverre het verdwijnen van het vrije uitzicht tot het normaal maatschappelijk risico behoort (zie § 6.4.2). Een wijziging van artikel 6.2 of 6.3 Wro is hiervoor niet nodig. Het verdient evenwel aanbeveling dat de wetgever zich over de kwestie nadrukkelijk uitspreekt, bijvoorbeeld in de toelichting op de nieuwe planschaderegeling.

8.3.1.4 Schadebeperkingsplicht

Naar mijn idee moet een schadebeperkingsplicht alleen worden aangenomen wanneer duidelijk is dat de burger door een relatief geringe inspanning relatief veel schade kan beperken. Dit, omdat de gemaakte kosten ter voorkoming of beperking van de schade op grond van de huidige Afdelingsrechtspraak slechts voor vergoeding in aanmerking komen voor zover deze ertoe hebben bijgedragen dat de schade daadwerkelijk beperkt is of wordt en de kosten niet hoger zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als deze kosten niet waren gemaakt. (De vergoedbaarheid van beredderingskosten en de schadebeperkingsplicht vormen elkaars spiegelbeeld, zie § 6.2.3 en § 6.2.4.) Het is lastig om vooraf steeds goed in te schatten in hoeverre een bepaalde maatregel een schadebeperkend effect heeft. Ik meen dan ook dat in geval van twijfel geen schadebeperkingsplicht moet worden aangenomen (zie § 6.4.4). Het verdient aanbeveling dat de wetgever zich over deze kwestie nadrukkelijk uitspreekt.

8.3.1.5 Voordeeltorekening

Het verdient aanbeveling dat de figuur voordeeltorekening in de Wro wordt gecodificeerd. Bij deze codificatie zou het artikel zo moeten worden geredigeerd, dat duidelijk is dat niet noodzakelijk is dat het voordeel en het nadeel beide voortvloeien uit een in artikel 6.1 lid 2 Wro genoemde maatregel, maar het voordeel ook kan voortvloeien uit een met een in artikel 6.1 lid 2 Wro genoemde maatregel nauw verweven besluit. Voorts zou voor de helderheid de zinsnede ‘voor zover dit redelijk is’ uit artikel 6:100 BW overgenomen moeten worden. (Zie nader hoofdstuk 5.)

8.3.1.6 Vergoedbaarheid van kosten ter (voorkoming of) beperking van schade

Voor wat de vergoedbaarheid van kosten ter (voorkoming of) beperking van schade betreft, verdient het aanbeveling dat de huidige Afdelingsjurisprudentie wordt gecodificeerd. De gemaakte kosten ter voorkoming of beperking van de schade komen op grond van deze jurisprudentie slechts voor vergoeding in aanmerking, voor zover deze ertoe hebben bijgedragen dat de schade daadwerkelijk beperkt is of wordt en de kosten niet hoger zijn dan de schade die zou zijn opgetreden als deze kosten niet waren gemaakt. De tamelijk strenge regel wijkt af van zijn privaatrechtelijke tegenhanger (artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW). Deze afwijking wordt gerechtvaardigd door de aard van de aansprakelijkheid. Het planschaderecht kent, anders dan het onrechtmatigedaadsrecht, geen daders en ook geen slachtoffers. Er is een overheid die vanuit het algemeen belang (in beginsel) rechtmatige handelingen verricht, en er zijn burgers die hiervan nadeel ondervinden. De benadering van de vergoedbaarheid van kosten ter beperking van planschade – twee nogal strenge voorwaarden – vloeit hier naar mijn idee logischerwijs uit voort; de overheid is slechts gehouden die schade te vergoeden die het normaal maatschappelijk risico overstijgt, dus waarom zou ze de extra kosten die de burger maakt – kosten waarmee de burger denkt zijn schade te beperken, maar waarmee hij feitelijk zijn schade vergroot – moeten vergoeden? De overheid is alleen gehouden de kosten te vergoeden als ze werkelijk ‘goedkoper’ uit is door het handelen van de burger (zie § 6.4.4 en § 3.4.4).

8.3.1.7 Schadebegroting

Op het moment ontbreken bepalingen aangaande de schadebegroting, de vaststelling van de schade, in Afdeling 6.1 Wro. Het verdient aanbeveling dat op de artikelen 6:97 en 6:105 BW gelijkende bepalingen in Afdeling 6.1 Wro worden opgenomen. In de planschadepraktijk wordt nu al feitelijk aangesloten bij artikel 6:97 BW en de aan dit artikel ten grondslag liggende gedachte dat de geleden of te lijden schade zo concreet mogelijk in beeld moet worden gebracht. Voor wat betreft toekomstige inkomensschade: deze wordt zowel in het planschaderecht als in het privaatrecht begroot met inachtneming van de goede en kwade kansen (zie artikel 6:105 BW). De al jaren met succes toegepaste kapitalisatiefactoren zijn goed te rijmen met deze bepalingen. (Zie over het voorgaande § 7.3.2, § 7.3.3.1 en § 7.4.1.) Ook ten aanzien van de begroting van tijdelijk verminderd woongenot kan wat mij betreft de (tot voor kort) gangbare praktijk om aan te sluiten bij huurprijzen (zie § 3.3.2) worden voortgezet.

Omdat ander nadeel dan vermogensschade zich laat berekenen noch schatten (zie § 3.2.2.2), zou de begroting hiervan, net als in het privaatrecht, naar billijkheid moeten geschieden. Bij het vaststellen van de vergoeding dient vanuit het oogpunt van de rechtseenheid te worden aangesloten bij de door de burgerlijke rechter toegekende bedragen.

8.3.2 Aanbevelingen voor de rechtspraktijk

Hieronder volgen enige aanbevelingen voor de rechtspraktijk. De aanbevelingen kunnen los worden gezien van de hierboven besproken aanbevelingen voor de wetgever.

8.3.2.1 Aanbevelingen voor de planschaderechter

8.3.2.1.1 Toerekening naar redelijkheid

In de literatuur wordt aangenomen dat de leer van de redelijke toerekening de heersende causaliteitsleer is in het planschaderecht. De gedachte achter de leer van de redelijke toerekening is dat de rechter zijn causaliteitsoordeel onderbouwt met argumenten. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt in haar planschade-uitspraken slechts dat er wel of geen sprake is van een ‘rechtstreeks gevolg’ of een ‘rechtstreeks verband’. Argumenten voor het wel of niet aannemen van een verband ontbreken (zie nader § 4.3).

Illustratief in dit kader is het ‘om’ gaan van de Afdeling ten aanzien van het voor vergoeding in aanmerking komen van tijdelijk verminderd woongenot. Tot voor kort oordeelde de Afdeling dat tijdelijk verminderd woongenot (veroorzaakt door uitvoeringswerkzaamheden) op grond van artikel 49 WRO (oud) voor vergoeding in aanmerking komt, als een planologische maatregel een overheersende werking had op het ontstaan van de schade. Recentelijk is de Afdeling van deze jurisprudentielijn afgestapt. Ze oordeelt nu dat tijdelijk verminderd woongenot niet als een gevolg kan worden aangemerkt van een planologische maatregel.⁶¹⁰ De enige reden die ik kan bedenken voor deze koerswijziging, is dat de Afdeling haar jurisprudentie op artikel 49 WRO (oud) – dat op grond van de overgangsregeling nog van toepassing is op sommige planschadeclaims – in overeenstemming wil brengen met de nieuwe planschaderegeling (Afdeling 6.1 Wro), waarin de vergoedbaarheid van tijdelijk verminderd woongenot expliciet is uitgesloten. In de Afdelingsuitspraken is het ‘om’ gaan evenwel niet nader toegelicht.

Voor zover de Afdeling bestuursrechtspraak de leer van de redelijke toerekening al toepast – ik kan dit niet beoordelen, omdat haar uitspraken hiervan geen blijk geven – zou ze er goed aan doen dit te expliciteren, conform de gedachte achter de leer (zie § 4.2.2.1 en § 4.2.2.2). Hiermee is overigens niet gezegd dat de uitkomsten van de causaliteitsoordelen van de Afdeling anders zouden moeten uitpakken. (Zie nader § 4.4.1 e.v.)

8.3.2.1.2 Actieve risicoaanvaarding

Op grond van het huidige artikel 6.3, aanhef en onder a, Wro komt de planschade die de burger had kunnen voorzien, voor zijn eigen rekening (zie § 6.3.1). Op dit moment wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak een nogal streng voorzienbaarheids criterium gehanteerd. Het harde ‘alles of niets’-karakter van de voorzienbaarheid – iets is namelijk ofwel voorzienbaar ofwel niet voorzienbaar – lijkt daarmee niet steeds even redelijk uit te pakken. Ik denk onder meer aan uitspraken die handelen over de schade die burgers lijden ten gevolge van een ontsluitingsweg die vlak voor hun huis wordt aangelegd. In deze uitspraken wordt overwogen dat het voor de hand ligt ‘dat een woonwijk ontsloten moet worden, zodat een redelijk denkend en handelend koper er niet zonder meer van mag uitgaan dat een ontsluitingsweg niet op de gronden tegenover zijn perceel zal worden aangelegd’.

Het lijkt me goed dat met overheidsgeld voorzichtig wordt omgesprongen, maar ik vraag me af of het hiervoor nodig is dat de voorzienbaarheid tot voorbij de menselijke voorzienbaarheid wordt opgerekt. Zo zou de aanleg van een ontsluitingsweg mijns inziens niet voorzienbaar moeten worden geacht om de eenvoudige reden dat het maar zeer de vraag is of de aanleg van deze weg ook echt concreet voorzienbaar was. Naar mijn idee zou de aanleg van een ontsluitingsweg beter kunnen worden meegenomen bij het antwoord op de vraag in hoeverre de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt, zoals ook de groei van een dorp en daarmee het verschuiven van de dorpsrand wel worden meegenomen bij het antwoord op de vraag in hoeverre het verdwijnen van het vrije uitzicht tot het normaal maatschappelijk risico behoort. (Zie met name § 6.4.2.)

⁶¹⁰ Zie over dit ‘om’ gaan Van Ravels 2010b, p. 249, l.k. en p. 249, r.k en de noot van Van den Broek onder ABRvS 21 oktober 2010, TBR 2010, 115 (*Tijdelijke overlast Gulpen-Wittem*).

8.3.2.1.3 Schadebeperkingsplicht

In het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht zijn de (op de schadelijgende rustende) schadebeperkingsplicht (die voortvloeit uit artikel 6:101 lid 1 BW) en de vergoedbaarheid van kosten die (door de schadelijgende) zijn gemaakt om schade te voorkomen en/of te beperken (artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder a, BW) elkaars spiegelbeeld. In het planschaderecht is niet duidelijk wat de reikwijdte is van de schadebeperkingsplicht (artikel 6.3, aanhef en onder b, Wro). Wel is uit de rechtspraak van de planschaderechter op te maken dat kosten die zijn gemaakt ter voorkoming en beperking van planschade, slechts voor vergoeding in aanmerking komen als de genomen maatregelen de schade daadwerkelijk beperkt hebben én de kosten van deze maatregelen niet hoger zijn dan de planschade (welke strenge eisen te rechtvaardigen zijn, zie § 3.3.3 en § 6.4.4). Als ook in het planschaderecht de schadebeperkingsplicht en de vergoedbaarheid van de kosten die zijn gemaakt ter voorkoming en/of beperking van de schade, als elkaars spiegelbeeld moeten worden beschouwd – en dat is mijn idee het geval –, zou er in het planschaderecht weinig ruimte voor de schadebeperkingsplicht moeten bestaan (zie nader § 6.4.4.)

8.3.2.1.4 Schadebegroting

In § 7.4.2.1 merk ik op dat er naar mijn smaak te weinig serieuze hindernissen zijn ingebouwd in het traject van bezwaar, beroep en hoger beroep om ervoor te zorgen dat een advies waarin de schade van de burger te laag wordt vastgesteld, het niet haalt. Dit heeft naar mijn idee in de eerste plaats van doen met de taak die de bestuursrechter zichzelf heeft toebedeeld: het terughoudend toetsen van genomen besluiten. De voor de hand liggende oplossing voor het voornoemde probleem is eenvoudig: de bestuursrechter zou zich niet terughoudend moeten opstellen wanneer hij een besluit betreffende planschadevergoeding toetst.

Een tweede reden – die nauw samenhangt met de eerste – is dat de door de gemeente ingeschakelde deskundige het voordeel van de twijfel krijgt in de juridische procedure. Uit onderzoek van Van den Broek, De Gier en Veldkamp blijkt dat rechtbanken uitsluitend de StAB benoemen indien door de schadelijgende een kwalitatief gelijkwaardige contra-expertise wordt overgelegd, waarin gegronde twijfel wordt gezaaid ten aanzien van de juistheid van het deskundigenrapport dat aan het primaire besluit ten grondslag ligt (zie § 7.3.5). Het is evenwel niet steeds eenvoudig voor de door de aanvrager ingeschakelde deskundige om ‘gegronde twijfel’ te zaaien, bijvoorbeeld omdat in het rapport van de adviseur van de gemeente de schadefactoren en de bijbehorende schadebedragen niet nader zijn uitgewerkt en/of toegelicht. Er zijn hier ten minste twee oplossingen denkbaar. Ten eerste zou de door de gemeente ingeschakelde deskundige meer als een partijdeskundige kunnen worden benaderd (zie § 7.4.4). Als het uitgangspunt niet langer is dat de adviseur met zijn taxatie het gelijk aan zijn zijde heeft, zal deze waarschijnlijk zijn advies beter onderbouwen. Ten tweede zou de bestuursrechter strengere eisen kunnen stellen aan een planschadetaxatie (zie § 7.4.2.2). Ook hiermee zou worden bewerkstelligd dat de adviseur van de gemeente zijn advies beter onderbouwt.

8.3.2.2 Aanbevelingen voor de planschadeadviseur

De planschadetaxatiepraktijk kampt, als ik het goed zie, met een tweetal problemen. Ten eerste is de planschadetaxatie niet steeds even inzichtelijk voor de aanvrager van een tegemoetkoming (zie § 7.3.3.2 en § 7.4.2.2). Ten tweede wordt de onafhankelijkheid van verschillende planschadeadviseurs met enige regelmaat in twijfel getrokken (zie § 7.3.2 en zie voorts § 7.4.2.1). Het is overigens waarschijnlijk dat deze twee problemen in elkaars verlengde liggen. Als de taxatiemethode inzichtelijk is en als tegen specifieke punten uit de taxatie (serieus) kan worden opgekomen, zal de schadelijgende burger niet snel de indruk hebben dat het bestuursorgaan en de planschadeadviseur onder één hoedje spelen.

Een oplossing voor het eerste probleem kan bestaan uit het uniformeren of standaardiseren van schadeberekeningsmethoden (zie § 7.4.3.2). Ik stel voor dat uit deskundigen samengestelde commissies een aantal schadevaststellingsmethoden ontwikkelen. Deze vastgestelde methoden zouden als standaard moeten gelden en deskundigen zouden hiervan slechts mogen afwijken indien en voor zover zij dit duidelijk motiveren. (Mogelijk kan in de toelichting van de schadevaststellingsmethoden worden opgemerkt in welke gevallen afgeweken zou mogen/kunnen worden.) De commissies zouden bij het vaststellen van de methoden waar mogelijk de uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek moeten meenemen (zie § 7.3.3.2 en § 7.4.2.2), ofwel door concrete formules voor te schrijven, die zijn ontleend aan wetenschappelijk onderzoek, ofwel door op te merken dat bij de schadevaststelling steeds de recentste ontwikkelingen in de wetenschap moeten worden meegenomen.

De ingeschakelde deskundige zou steeds zo duidelijk mogelijk moeten aangeven hoe hij tot bepaalde uitkomsten is gekomen, zodat andere deskundigen hier eventueel tegen kunnen opkomen (bijvoorbeeld door relevant wetenschappelijk onderzoek over te leggen dat tot andere inzichten noopt). Het conflict kan hiermee aan helderheid winnen – waar gaat het partijen nu precies om? – en hiermee kan het conflict verder worden beheerst, zo men wil: beperkt.

De vraag is wie deze uniformering tot stand zou moeten brengen. Natuurlijk is het mogelijk de kwestie aan de wetgever voor te leggen, maar veel mooier nog zou het zijn als de adviseurs zelf om de tafel zouden gaan zitten. (Overigens, ook wanneer de wetgever regelgeving zou willen ontwikkelen, zal waarschijnlijk diezelfde adviseurs gevraagd worden gezamenlijk aan een voorstel te werken.) Afgesproken zou kunnen worden dat de uniforme methode wordt aangepast als wetenschappelijke ontwikkelingen hiertoe nopen. Verder zou afgesproken kunnen worden het advies inzichtelijker te maken oftewel de verschillende stappen van de taxatiemethode in het advies uit te werken, zodat de adviseur van de burger hierover gericht zijn licht kan laten schijnen. Als de adviseurs niet in staat blijken tot zelfregulering, zou de wetgever wat mij betreft alsnog moeten ingrijpen.

Ten aanzien van een oplossing voor het tweede probleem – dat mogelijk al (deels) is verholpen als het eerste probleem is verholpen – het volgende. Planschadeadviseurs met een (wat ik maar noem) ‘slechte reputatie’ zouden er in mijn ogen goed aan doen hun werkwijze te laten evalueren en de evaluatie openbaar te maken, gelijk de StAB nu twee maal heeft gedaan.⁶¹¹ Deze openbaar gemaakte evaluaties kunnen de betreffende adviseurs aansporen eventueel hun werkwijze aan te passen. Op deze manier zouden de evaluaties een zuiverende werking kunnen hebben.

8.4 Vooruitblik

Sinds de invoering van de Wro heeft de burger die planschade lijdt, geen recht meer op een volledige vergoeding van zijn schade, maar (slechts) op een tegemoetkoming in zijn schade. Het planschaderecht is een stuk opgeschoven in de richting van het gemene nadeelcompensatierecht, zoals neergelegd in Titel 4.5 Awb. Dat het planschaderecht nog een stuk moet opschuiven, blijkt uit de toelichting op de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.⁶¹²

Het planschaderecht zal (evenwel) naar alle waarschijnlijkheid een bijzondere plek blijven innemen ten opzichte van het gemene nadeelcompensatierecht. In de eerste plaats omdat voor de component ‘speciale last’ van het égalitébeginsel, zoals dat wordt gehanteerd in het nadeelcompensatierecht, geen ruimte bestaat in het planschaderecht; wanneer de eis van de speciale last wel wordt gesteld, zal hieraan steeds voldaan zijn en moet bezien worden of de

⁶¹¹ Zie over het functioneren van de StAB laatstelijk Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2006. Een samenvatting verscheen in *BR* (Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2007, p. 94-99).

⁶¹² *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 18.

schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.⁶¹³ Het laatstgenoemde vereiste is daarmee *de facto* het enige vereiste.

Een tweede belangrijk verschil met het gemene nadeelcompensatierecht, dat waarschijnlijk zal blijven bestaan, is dat in het planschaderecht het normaal maatschappelijk risico mede wordt vormgegeven met behulp van een forfait. Artikel 6.2 Wro bepaalt dat bij inkomenschade 2% van het inkomen (onmiddellijk voor het ontstaan van de schade) en bij een waardevermindering van de onroerende zaak 2% van de waarde van de zaak (onmiddellijk voor het ontstaan van de schade), tenzij er sprake is van directe planschade, ‘in ieder geval’ voor rekening van de aanvrager blijft. De planschadepraktijk blijkt niet om te kunnen gaan met de zinsnede ‘in ieder geval’. Planschadeadviseurs laten deze woorden dan ook voor wat ze zijn en hanteren alleen een korting van 2%. Deze praktijk sluit aan bij het karakter van het planschaderecht, in elk geval het karakter van het oude planschaderecht. Het oude planschaderecht, gebaseerd op artikel 49 WRO (oud), kenmerkte zich, in de woorden van Van Ravels, door ‘een afkeer van vaagheid’,⁶¹⁴ en was een rechtsgebied waarbinnen ‘hard and fast rules’ regeerden. Hiermee wordt bedoeld dat onder het oude planschaderecht duidelijk – of in elk geval: zo duidelijk als mogelijk – was wanneer schade wel of niet voor vergoeding in aanmerking kwam. Voor open normen was onder artikel 49 WRO (dan ook) geen plaats.

Ik vermoed dat voor open normen ook onder Afdeling 6.1 Wro geen plaats zal zijn. Het nieuwe planschaderecht is ingevoerd om (overheids)kosten te besparen, waaronder ook kosten die gemoeid zijn met procedures. Meer ruimte voor casuïstische rechtsvinding leidt tot meer kosten. De opstelling van de planschadeadviseurs is dus een wenselijke. Dat neemt niet weg dat artikel 6.2 Wro op het moment wel de mogelijkheid biedt van deze 2% af te wijken.

Van Ettekoven merkt terecht op dat met een forfait van 2% geen reële invulling wordt gegeven aan het normaal maatschappelijk risico, ‘al was het maar omdat die 2% zich simpel laat wegtaxeren. Bij taxaties zijn verschillen van 5 tot 10% immers niet ongebruikelijk’.⁶¹⁵ Over het antwoord op de vraag welke percentages dan wél een reële invulling geven aan het normaal maatschappelijk risico, lopen de meningen uiteen. Van Ettekoven denkt aan een drempel van rond de 5% en kortingen tussen de 10% en de 50%, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁶¹⁶ Ik kan me hierin niet goed vinden. In de eerste plaats omdat met ‘de omstandigheden van het geval’ open normen een plek krijgen binnen het planschaderecht en deze open normen ongewenste onduidelijkheid meebrengen. In de tweede plaats omdat ongefundeerde percentages me tegen de borst stuiten. Het roekeloos toepassen van percentages kan leiden tot ongewenste maatschappelijke gevolgen (denk aan faillissementen van ondernemers).⁶¹⁷ Ik zou menen dat het goed is dat door experts wordt doorberekend wat de maatschappelijke impact is van diverse percentages en dat de wetgever op basis van deze berekeningen beziet wat naar zijn idee het wenselijkste percentage is.

In de derde plaats zal het planschaderecht waarschijnlijk een speciale plek blijven innemen vanwege de wijze waarop wordt vastgesteld of sprake is van planschade: om de waardevermindering van een onroerende zaak vast te stellen moet volgens vaste rechtspraak een vergelijking worden gemaakt tussen de prijs die een redelijk denkend en handelend koper onmiddellijk vóór de inwerkingtreding van de planologische maatregel zou hebben geboden, en de prijs die deze direct ná de inwerkingtreding van de maatregel zou hebben geboden.⁶¹⁸ Voor wat betreft het oude planologische regime is niet relevant of alle mogelijkheden daadwerke-

⁶¹³ Vgl. Hoitink 2002, p. 237-238.

⁶¹⁴ O.a. Van Ravels 2002, p. 418. Vgl. Van Ravels 2005, p. 71, waar hij niet spreekt over afkeer, maar over allergie.

⁶¹⁵ Van Ettekoven 2011, p. 22.

⁶¹⁶ Van Ettekoven 2011, p. 22.

⁶¹⁷ Hierover Horlings 2007, p. 209-217.

⁶¹⁸ Bijv. ABRvS 21 oktober 2009, nr. 200903485/1/H2, r.o. 2.3.2 (*Barendrecht*).

lijk zijn verwezenlijkt. Dat tegenover een woning een parkje ligt, is niet relevant, relevant is welke bestemming rust op het grondgebied van het parkje. Als op dit stuk grond de bestemming ‘woondoeleinden’ rust, dan wordt de redelijk denkend en handelend koper geacht hiermee rekening te houden en deze bestemming te verdisconteren in de koopprijs. Er vindt dus slechts een vergelijking op papier plaats.⁶¹⁹ Hetzelfde geldt voor inkomensderving.

Op andere dan de voornoemde punten is verdere harmonisatie tussen het planschaderecht en het gemene nadeelcompensatierecht mogelijk (en daarmee wenselijk). Het verdient aanbeveling dat bij de herziening van de Wro niet alleen wordt gedacht aan het zoveel mogelijk in overeenstemming brengen van de planschaderegels met de nadeelcompensatieregels van Titel 4.5 Awb, maar dat ook wordt gedacht aan het zoveel mogelijk in overeenstemming brengen van de planschaderegels met de privaatrechtelijke schadevergoedingsregels van Afdeling 6.1.10 BW.

⁶¹⁹ Volgens Van Ettekoven stuit de abstracte vergelijking op veel onbegrip (Van Ettekoven 2011, p. 12); de burger zou vooral moeite hebben om te accepteren dat hij geen planschade heeft geleden in het geval hij hinder ondervindt van de verwezenlijking van een reeds bestaand plan. Er is op dit punt geen empirisch onderzoek voorhanden. Het zou een goede zaak zijn als zulk onderzoek in de toekomst wel verricht zou worden, wellicht in het kader van de aanpassing van de Wro.

Summary in English

1. Study design

Changing a spatial planning may harm the interests of individual persons. For example, it is possible that the possibilities to built on and / or use of real estate are reduced or entirely terminated. It is also possible that changing the possibilities to built on and / or use of an adjacent real estate harm the interests of another person.

Losses caused by spatial planning are to some extent recoverable. Regulations in this regard are mainly enacted in Section 6.1 of the Spatial Planning Act (Wet ruimtelijke ordening). The law regulating damages due to spatial planning are similar to private law compensation rules, in particular the rules laid down in Section 6.1.10 of the Dutch Civil Code and its case law. This thesis reports a comparative study of the Dutch law regulating damages due to spatial planning and the Dutch private law compensation rules.

Administrative law and civil law are two separate fields of law. In recent years, however, the idea gained foothold that these fields of law should not diverge more than absolutely necessary so as to achieve legal unity and equality. This comparative study seeks to clarify at what points further harmonisation of the law regulating damages due to spatial planning and the private law compensation rules is needed. The purpose of this research is to make suggestions how to improve the law regulating damages due to spatial planning, for example when there are internally inconsistent rules, deficiencies or undesirable practical effects of the law. These suggestions are drawn from the private law compensation rules and want to make a contribution to the further development of the law regulating damages due to spatial planning.

The main research question:

Can the private law compensation rules contribute to the further development of the law regulating damages due to spatial planning?

2. Limitations due to the nature of liability law

The purpose of the private law liability rules is to maintain claims. This objective is given effect in different ways. For example, when there is a threat of tortious behaviour a judicial injunction may be sought on the basis of article 3:296(1) of the Dutch Civil Code. The (aforementioned) goal of private law liability also affects the way the private compensation law is designed. The idea behind the rules enacted in Section 6.1.10 DCC is that persons harmed by the tortious behaviour of another person are, as far as reasonably possible, put in a (financial) situation as if it the tortious behavior had not occurred (*restitutio in integrum*).

The above-mentioned idea is to some extent applicable to the law regulating damages due to spatial planning as well. The liability rules of the law regulating damages due to spatial planning also affects the way in which this law is applied. Before we make a comparison of the levels of compensation, we have to analyse the differences in liability rules first. First of all, it is important to note that the liability rules of the law regulating damages due to spatial planning is founded on the principle of *égalité devant les charges publiques* (*égalité principe*), which prescribes that only an abnormal and special burden (*“abnormale en speciale last”*) entail a right to compensation. Article 6.2 of the Spatial Planning Act defines that an abnormal burden is “in any case, 2% of the value of the property and / or 2% of income”. Special losses are not defined by law. In practice, the phrase “in any case” seems to be meaningless; the entire losses minus 2% of the value of the property and / or 2% of income are reimbursed. From this difference in liability law there is no direct effect on the level of compensation. Though one can imagine that losses incurred due to spatial planning are less likely to be compensated

than losses incurred as a result of unlawful behaviour, because this damage is inflicted by lawful government actions.

Another important difference is that in private law still the actual behaviour is crucial, while in the law regulating damages due to spatial planning the government planning decisions are at the core of the problem. Article 6.1(2) Spatial Planning Act exhaustively enumerates causes of damage. If the losses are incurred as a result of another government action, there is no right to compensation. An example is the losses incurred in the preparation stage of planning decisions; hence these losses are not recoverable.

3. Answer to the research question

Can the private law compensation rules contribute to the further development of the law regulating damages due to spatial planning? In my opinion, this question has to be answered positively. Harmonisation is limited to the phenomenon of collateral benefits (“*voordeeltoerekening*”); divergence in collateral benefits are explained by differences in liability regimes between private law and the law regulating damages due to spatial planning. In regard of the other topics in the subsections of this investigation, further harmonisation is possible and desirable.

3.1 Heads of recoverable losses

3.1.1 Lost income; reductions in the value of real estate

According to Article 6.1(1) Spatial Planning Act lost income and reductions in the value of real estate are recoverable. With respect to these two heads of damage, private law and the law regulating damages due to spatial planning do not (unnecessarily) diverge; in both fields of law, these types of losses are recoverable.

3.1.2 Temporary reduced enjoyment of real estate

Temporarily reduced enjoyment of real estate is not recoverable under the Spatial Planning Act, unlike the regime under Article 49 of the repealed Spatial Planning Act. In private law, temporarily reduced enjoyment may be classified as a financial loss as well as another disadvantage different from a financial loss. The qualification depends on how the claim is framed: when the emphasis is on financial aspects, then it qualifies as financial loss (“*vermogensschade*”), when the emphasis is on feelings and emotions, it qualifies as immaterial damage (“*ander nadeel*”). The claim will be assessed from the perspective chosen.

There is no reason not to compensate certain types of losses deriving from the nature of the law regulating damages due to spatial planning. Also temporarily reduced enjoyment of real estate should, in my opinion, be recoverable. The legislator did not include temporarily reduced enjoyment in the heads of losses set out in Article 6.1(1) Spatial Planning Act, because these losses do not exceed the normal risk, borne by everyone in society (“*normaal maatschappelijk risico*”, hereinafter: normal risk). Case law of the Judicial Division of the Council of State, however, shows a different picture: a temporary reduction in enjoyment may indeed exceed the normal risk. When a person incurs both a permanent and a temporary reduced enjoyment as a result of a change in the applicable planning regime, he has to submit an application for compensation for the permanent damage under Article 6.1 Spatial Planning Act as well as request compensation for temporary reduced enjoyment under Article 4:126 AWB. The first procedure leads to the administrative court, the second one to the civil court (according to Article 8:2a of the General Administrative Act (AWB)). The fact that two procedures for compensation of losses incurred by the same measure have to be started may be a violation of Article 8 and Article 13 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

The law regulating damages due to spatial planning should be aligned with the private law compensation rules, such that losses due to temporary reduced enjoyment are recoverable. So as to achieve legal unity, the definitions used in Article 6:95 DCC should be used, i.e. “vermogensschade” and “ander nadeel”.

3.1.3 Costs to prevent or limit damage

Under the private law compensation rules, costs to reduce or prevent damages are recoverable if there is a causal link between the actions to reduce harm and the tortious behaviour and the costs have to be reasonable both in its nature and in its amount. In the law regulating damages due to spatial planning, it is established that the cost to reduce losses due to spatial planning is not easily recoverable, i.e. only if and insofar as the measures actually limit the losses and the costs do not exceed the losses incurred when no measure was taken.

The law regulating damages due to spatial planning, unlike tort law, does not have perpetrators nor victims. There is a government which in principle acts in the public interest (in principle) and acts lawfully and there are citizens who are disadvantaged by these government acts. The approach to the reimbursement of costs to reduce losses – two rather strict conditions – is the logical result of this foundation; the government is only obliged to compensate losses exceeding the normal risks; so why should the additional costs – costs incurred to mitigate his losses, but actually increases the losses incurred – be compensated? The government is only obliged to pay the costs if the measures taken by a citizen really prevent the government from extra costs. In this case the law regulating damages due to spatial planning cannot be improved by reference to private law compensation rules.

3.1.4 Cost of an expert

The approach taken in regard of costs of an expert are reimbursed under the law regulating damages due to spatial planning and the private law compensation law differs, at least at first sight. In the law regulating damages due to spatial planning experts costs are approached as “additional costs”, if the injured is granted compensation for his losses he is also in principle entitled to a reimbursement of expert costs. Basically, he is not entitled to compensation when he turned to an expert before the expert appointed by the mayor and councilors has expressed his opinion. Under the private law compensation rules, this is different. In the case *Bravenboer / London*, the Dutch Supreme Court held that expert fees pursuant to article 6:96 (2)(a) and (b) DCC should be classified as an independent head of losses. This means that these costs qualify for reimbursement, even if it not (yet) established that the act itself was tortious.

The difference in approach to expert fees is easily explained. In the private law compensation the violation of a norm is central. The person who has committed such an unlawful act is bound to compensate any losses arising from such tort. Losses include the reimbursement of expert costs, the person against whom he acted unlawfully would not have incurred these cost if the tortfeasor had not acted unlawfully. The starting point in the law regulating damages due to spatial planning is that losses are in principle not recoverable. Only when the losses exceed the normal risks, there is an entitlement to compensation. When the mayor and councilors cannot be held responsible, the citizen has no right to compensation and therefore the costs of expert are not recoverable. However, it must be taken into account that it is difficult for a citizen to predict whether or not his losses are recoverable.

Regarding the costs of a legal expert, the law regulating damages due to spatial planning reimburses these costs as long as these costs are reasonable in nature and amount, if the injured party has a right of compensation. In private law compensation rules it works rather differently. Costs of a lawyer incurred by the victim will be fully reimbursed as long as these costs are reasonable in nature and amount, even when the case is not brought to court. In case of a court

procedure, only part of the legal costs is recoverable. This difference is easily explained and even justified, in private law, court proceedings do, unlike in the law regulating damages due to spatial planning, often to a partial success and it cannot be assessed in advance which party will win the case. Therefore, the full reimbursement of costs in private law doctrine is considered as a potential obstacle to access to justice. Under the law regulating damages due to spatial planning, exactly the opposite reasoning applies: if only a portion of legal costs would be recoverable, this would sometimes prevent citizens from claiming rightful compensation. In this area of reimbursement of expert fees a further harmonization of private law and the law regulating damages due to spatial planning is not desirable.

3.2 Causal link

In private law, the doctrine of reasonable attribution of losses (“de leer van de redelijke toerekening”, enacted in article 6:98 DCC, is applied in addition to the *condicio-sine-qua-non* requirement. Article 6:98 Civil Code does not suggest any reasonableness requirement. In the explanatory memorandum it can be read that “any explicit reference to the reasonableness is omitted, so as not to suggest that this article should be at discretion of the court, such that it is not bound by any other measure than the requirement of reasonableness”. This doctrine has been introduced so as to force the court to argue his decision; the core of the doctrine of attribution of losses is the argument for rulings in regard of causation.

In legal writing, it is assumed that under the law regulating damages due to spatial planning the doctrine of attribution of losses (next to the *condicio-sine-terms-non* requirement) is also applied. Whether this is indeed the case, does not become clear in case law. The Judicial Division does not give arguments for its rulings on causation, it just notes that causation is established or not. This situation should be improved; the private law compensation rules, in my opinion, shows how, by application of the doctrine of reasonable attribution of losses as intended by the legislator: the court must in its ruling give an insight into why certain losses are or are not attributable to a particular planning measure.

This does not mean that the results of the causation rulings of the Judicial Division should be different. Van Ravels has repeatedly argued that a strict attribution fits well with the nature of the law regulating damages due to spatial planning, i.e. liability based on lawful government act.

3.3 Own fault, active and passive risk acceptance and duty to mitigate losses

Both the private law as the law regulating damages due to spatial planning apply instruments to deny compensation of losses incurred as a result of the claimant’s own behaviour. E.g. own fault doctrine (Article 6:101 DCC) and the duty to mitigate losses enacted in Article 6:101 DCC. The law regulating damages due to spatial planning the active and passive risk acceptance are used (Article 6.3(a) Spatial Planning Act and duty to mitigate losses (Article 6.3(b) Spatial Planning Act).

3.3.1 Concrete predictability and the normal risk

Acceptance of risk under the law regulating damages due to spatial planning exists when the losses were foreseeable on part of the injured. The standard that the Judicial Division applies in regard of foreseeability – the “reasonable-thinking and acting buyer” – is reminiscent of all sorts of private law reference men. It is clear that predictability in human terms - the criterion of “reasonable-thinking and acting buyer” refers to it anyway – is not always applied. It may be argued that the term predictability at least is somewhat misleading. Furthermore, the “all or nothing character - something is either foreseeable or not foreseeable – does not always bring about fair results. I refer to statements judgments in cases of damage that people suffer as a result of an access road built just in front of their house. In these judgments, it is contemplated

that it is obvious “that a residential area should be opened so that a reasonable-thinking and acting buyer can not automatically assume that the access road will not be built in front of his house”.

This rigorous approach to foreseeability should be regarded in light of the fact that the losses are incurred by a lawful government action; legitimately inflicted losses are in principle not eligible for compensation, whereas wrongful damage in principle, is eligible for compensation. Public money should be handled carefully, but I wonder whether it is necessary to stretch the required foreseeability beyond human limits. Thus the construction of an access road is in my opinion not foreseeable for the simple reason that it is very doubtful whether the construction of this road is actually particularly foreseeable.

3.3.2 Proportionality

One of the important differences between private law “own fault” and legal foreseeability in spatial planning law is that foreseeability has no gradations. When a plan is deemed to be foreseeable, all right of compensation is lost.

Article 6:101 DCC provides the court the opportunity to distribute losses between the tortfeasor and the victim on the basis of their respective blameworthiness. In regard of the foreseeability, blameworthiness on part of the victim – i.e.: he should have foreseen the prejudicial effect of certain measures – is sufficient to leave the entire losses for the victim’s own account. Foreseeability has an “all or nothing” nature, whereas the private law “own fault” has a proportional nature.

A disadvantage of the proportional approach is the fact that gray manifests itself in many shades. Quoting Barendrecht: “The persons accepting intermediate solutions will also have to indicate how losses have to be distributed. Yes, he can give it a shot with “50-50”, but the same arguments that plead for an intermediate solution, soon turn against this solution”. In short, more proportionality leads to more uncertainty. Uncertainty costs money, because there is (almost) only litigation when there is uncertainty about the outcome of legal proceedings. The hard cut in respect of foreseeability may not be fair in all cases, at least it provides certainty.

3.3.3 Duty to mitigate losses

In the private law, the duty to mitigate losses (which derives from Article 6:101(1) DCC) and reimbursement of expenses incurred to prevent/limit losses (Article Article 6:96(2)(a) DCC) are two sides of the same coin. Under the law regulating damages due to spatial planning, it the scope of the duty to mitigate losses (Article 6.3(b) Spatial Planning Act) is unclear. However, from the case law in regard of losses due to spatial planning, it can be derived that costs incurred to prevent and reduce losses are rarely recoverable. If the duty to mitigate losses and the reimbursement of expenses incurred to prevent/limit losses are also considered two side of the same coin under the law regulating damages due to spatial planning – and this is my idea would be – there would be under the law regulating damages due to spatial planning be little space for acceptance of a duty to mitigate losses.

I plead that the duty to mitigate losses is restricted to cases where the citizen by a relatively simple investment could prevent a large loss. In practice, it is difficult to assess in advance to what extent a certain measure will mitigate losses. For example, when an pub owner incurs losses as a result of a detour, he can limit his losses by distributing promotional leaflets how his pub can be reached. The question is how much loss is precisely mitigated by this advertising. A study into the effects of these measures will be often more expensive than the measures themselves. I am inclined to state that in case of doubt, no duty to mitigate losses should be adopted.

3.4 Calculation of damages

3.4.1 Substantive rules in regard of calculation of damages

In regard of the calculation of damage, private law and the law regulating damages due to spatial planning have in common that actual losses for the basis. The only exception in the law regulating damages due to spatial planning is the permanent loss of income, which is abstracted for the future and a factor of 7 or 10 are applied. This exception is similar to article 6:105(1) DCC, which prescribes that losses not yet incurred have to be estimated in advance by weighing the pros and cons.

The aim of Section 6.1.10 DCC is to bring the injured in the position he would have been in when the harmful event had not occurred and therefore the assumption is that actually suffered losses have to be fully reimbursed. This basic principle means that in principle, the particular circumstances of the cases will be taken into account. The purpose of Section 6.1 of the Spatial Planning Act is to compensate the injured party his losses as much as possible. The injured party has to bear a portion of his losses – at least 2% of the value of the property or income is at least part of the normal risk (Article 6.2(2) Spatial Planning Act). That does not mean that his losses may be determined more abstractly; the losses exceeding the normal risk will be fully reimbursed. Regarding permanent lost income due to planning amendments, the losses which are capitalised – with either a factor of 7 or 10-fold – will be assessed as accurately as possible.

3.4.2 Other approaches of the parties

The contribution that can be made by private law in the area of calculating damages is not so much related to (substantive) rules on damage compensation – the private law rules are more guidelines, they do not prescribe a particular calculation method – but more by elements arising from the nature of private law damage rules. For example, in private law and private procedural law the equality of parties is a central tenet. I do understand that the special role that the party inflicting damages plays in the law regulating damages due to spatial planning related to the thoughts about how the party should ideally behave – namely, always bearing in mind, or even acting in the public interest – but I think reality shows a different picture and that the role of the damage-inflicting party in proceedings relating to losses incurred as a result of spatial planning should be reconsidered. In my opinion, a more equal position of parties, like in civil procedural law, would remove perverse effect of the current system. It follows from this idea that the marginal judgment in regard of decisions of compensation should be replaced by a more intensive scrutiny of these decisions.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Abas 2007

P. Abas, 'Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 lid 1 BW', *NTBR* 2007, p. 194-198.

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Akkermans 2003

A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', *TVP* 2003, p. 93-104.

Akkermans 2009

A.J. Akkermans, 'Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade. LSA 20*, Den Haag: Sdu 2009, p. 87-105.

Van Asten 2009

B.A.X. van Asten, 'Voordeelstoerekening bij ontbinding van een duurovereenkomst. 'Een zelfde gebeurtenis' en 'abstracte' schadeberekening: what's in a name?', *MvV* 2009, p. 318-323.

Barendrecht 1997a

J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 153-186.

Barendrecht 1997b

J.M. Barendrecht, 'Inleiding', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 1-14.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 605-617.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlands materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht. VAR-reeks 132*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7-114.

Barkhuysen e.a. 2007

T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep (derde evaluatie van de Awb)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Van den Berg 1996

B. van den Berg, 'Nadeelcompensatie in natura: een alternatief voor geld', *NTB* 1996, p. 331-337.

Van den Berk 1991

J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van den Berk 1997

J.A.M. van den Berk, *Bestuursschaderecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Berkel-Kikkert & Broekhuizen

G.M.T. Berkel-Kikkert & E.G.J. Broekhuizen, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten; de jurisprudentie op een rij (deel 1)', *JB plus* 2009, p. 34-53.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

- Bloembergen 1975
A.R. Bloembergen, 'Bestemmingsplan en privaatrecht' (bespreking van: N.S.J. Koe-
man, *Bestemmingsplan en privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974), *BR*
1975, p. 639-643.
- Bloembergen 1980
A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', *NJB* 1980, p. 174-183.
- Bloembergen 1996
A.R. Bloembergen, 'Iets over de verhouding van burgerlijk recht en Awb', *NTB*
1996, p. 8-12.
- Bloembergen 2002
A.R. Bloembergen, 'Een halve eeuw schadevergoeding. Van Nocumentum Documen-
tum tot voorbij de Des-dochters', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel (red.), *Schade-
vergoeding: een eeuw later* (Bloembergen-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 5-36.
- Bolt 1989
A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening bij begroting van de schadevergoeding in geval van
onrechtmatige daad en wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.
- Van Boom 2003
W.H. van Boom, 'Meervoudige oorzaken, hoofdelijke aansprakelijkheid en toereke-
ning naar redelijkheid', in: A. Hammerstein e.a., *Causaliteit. LSA 14*, Den Haag:
Vermande 2003, p. 89-103.
- Van Boom 2011
W.H. van Boom, 'Twee arresten over 'winstafoming' ex artikel 6:104 BW', *AA*
2011, p. 118-125.
- Bots 2004
A.M.M.M. Bots, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering', in: R.J.N. Schlössels
e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het
bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-165.
- Van den Broek 2002
G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wij-
ziging van het planologische regime* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.
- Van den Broek 2003
G.M. van den Broek, 'De verhouding tussen art. 49 WRO en het zelfstandig schade-
besluit gebaseerd op het égalitébeginsel', *O&A* 2003, p. 101-108.
- Van den Broek 2004
G.M. van den Broek, 'Het wetsontwerp voor een nieuwe planschaderegeling', *BR*
2004, p. 643-654.
- Van den Broek 2007
G.M. van den Broek, 'Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatierege-
ling in de Awb', *O&A* 2007, p. 119-128.
- Van den Broek 2010
G.M. van den Broek, 'De overgangsregeling voor planschade in de Invoeringswet
Wro', *O&A* 2010, p. 108-118.
- Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2006
G.M. van den Broek, A.A.J. de Gier & A.M.E. Veldkamp, *Tien jaar StAB. Een on-
derzoek naar het functioneren van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak in het
recente verleden en haar rol in de nabije toekomst*, Den Haag: Boom Juridische uit-
gevers 2006.
- Van den Broek, De Gier & Veldkamp 2007
G.M. van den Broek, A.A.J. de Gier & A.M.E. Veldkamp, 'De StAB en de rechter.
Een onderzoek naar de huidige en de toekomstige rol van de StAB als adviseur van
de bestuursrechter', *BR* 2007, p. 94-99.
- Broeren 2009
N. Broeren, 'Voordeelstoerekening en schadebegroting: voordeel en nadeel voortko-
mend uit een zelfde gebeurtenis ex art. 6:100 BW', *Bb* 2009, p. 223-228.
- Brunner 1981a

- C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (I)', *VR* 1981, p. 210-217.
- Brunner 1981b
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (II)', *VR* 1981, p. 233-236.
- Brunner 2000
C.J.H. Brunner, 'Boekbespreking' (bespreking van: S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998), *RM Themis* 2000, p. 379-381.
- Buruma 2008
Y. Buruma, 'Geloof en wetenschap: een reactie van een rationalist', *NJB* 2008, p. 222-223.
- Van Buuren 1993
P.J.J. van Buuren, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 91-108.
- Van Buuren 2001
P.J.J. van Buuren, 'Planschadevergoedingsrecht', *Gst.* 2001, p. 424.
- Van Buuren 2002
P.J.J. van Buuren, 'De rechtsgrondslag van planschadevergoeding naar huidig en toekomstig recht', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler* (Drupsteenbundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 281-289.
- Van Buuren 2008
P.J.J. van Buuren, 'Nieuwe regels over planschadevergoeding in de Wro. Jaarrede van de voorzitter van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 29 november 2007 te Amersfoort', *TBR* 2008, p. 137-142.
- Van Buuren e.a. 2008
P.J.J. van Buuren e.a., *Van WRO naar Wro*, Den Haag: ibr 2008.
- Van Buuren e.a. 2009
P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Van Buuren e.a. 2010
P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Castermans 2008
A.G. Castermans, 'Door meten tot weten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*. BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 3-13.
- Castermans e.a. 2008
A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*. BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008.
- Damen 2006
L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiele waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21-31.
- Dieperink 2010a
M.A.M. Dieperink, 'Handvatten voor een dwingend vereveningsinstrument. Het mes erin', *TBR* 2010, p. 640-649.
- Dieperink 2010b
M.A.M. Dieperink, *Verhandelbare ontwikkelingsrechten. Grondbeleidsinstrument voor baatafoming en verevening* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: ibr 2010.
- Van Dijk 2006
Chr.H. van Dijk, '(Buiten)gerechtelijke kosten: de onwenselijkheid van het op grote schaal van kleur verschieten', *MvV* 2006, p. 137-142.
- Van Dijk 2007
Chr.H. van Dijk, 'Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is?', *NTBR* 2007, p. 434-441.
- Van Dijk 2010

- Chr.H. van Dijk, 'De menselijke maat bij de schadebeperkingsplicht', in: S.D. Lindenberg (red.), *Een nieuwe aanpak! LSA 21*, Den Haag: Sdu 2010, p. 89-127.
- Dijkshoorn 2007
W. Dijkshoorn, 'Keuzevrijheid op het grensvlak tussen vermogensschade en ander nadeel', *TVP* 2007, p. 67-73.
- Dijkshoorn 2009
W. Dijkshoorn, 'Een ander licht op schaduwsschade. Wat de leer van de redelijke toerekening kan betekenen voor de schaduwsschadeproblematiek in het planschaderecht', *O&A* 2009, p. 100-109.
- Dijkshoorn & Lindenberg 2007
W. Dijkshoorn & S.D. Lindenberg, 'Buitengerechtelijke kosten en 'eigen schuld'. HR 21 september 2007, RvdW 2007, 789', *MvV* 2007, p. 252-256.
- Dijkshoorn & Lindenberg 2010
W. Dijkshoorn & S.D. Lindenberg, 'Schadebegroting, bewijs en waardering', *AA* 2010, p. 538-542.
- Donner 1986
A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1986.
- Den Drijver-Van Rijckevorsel & Van Engen 2003
J.E.F.M. den Drijver-Van Rijckevorsel & A.W. van Engen, *Onteigening*, Deventer: Kluwer 2003.
- Drion 2009
C.E. Drion, 'Elk nadeel heeft zijn voordeel?', *NJB* 2009, p. 2337.
- Drucker 1886
H.L. Drucker, 'De schadeloosstelling des eigenaars in geval van onteigening', *RM* 1886, p. 185-230.
- Drupsteen 1985
Th.G. Drupsteen, 'Boekbespreking' (H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking* (rede Katholieke Hogeschool Tilburg), Deventer: Kluwer 1984), *WPNR* 1985, p. 221-223.
- Van Dunné 2004a
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Dunné 2004b
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 2. Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Elzinga & De Lange 2006
D.J. Elzinga & R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- Engelhard & Van Maanen 2008
E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*. Mon. BW A15, Deventer: Kluwer 2008.
- Van Ettekoven 2011
B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2011.
- Van Ettekoven, Bakker & Hoogenboom 2004
B.J. van Ettekoven, R.C.S. Bakker & R.P. Hoogenboom, *Tien jaar jurisprudentie schadevergoeding in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Ettekoven, Van Ravels & Tjepkema 2011
B.J. van Ettekoven, B.P.M. van Ravels & M.K.J. Tjepkema, 'Waarom makkelijk als het moeilijk kan? Het vereiste van de processuele connexiteit in het voorstel voor een Wet nadeelcompensatie', *O&A* 2011, p. 58-68.
- Van Ettekoven & Schueler 2003

- B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003.
- Fischhoff 1975
B. Fischhoff, 'Hindsight $\neq$ foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* (1) 1975, p. 288-299.
- Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001
I. Giesen, P. Kamminga & M. Barendrecht, 'Normeren van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld', in: M. Faure & T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 131-165.
- J.H.P.M. van der Grinten 1925
J.H.P.M. van der Grinten, 'De onrechtmatige overheidsdaad', *Gemeentebestuur* 1925, p. 149-164.
- W.C.L. van der Grinten 1976
W.C.L. van der Grinten, 'Boek 6 van het nieuwe BW', *NJB* 1976, p. 1189-1201.
- De Graaf 2010
K.J. de Graaf, 'De verhouding Awb-Wabo beoordeeld', *NTB* 2010, p. 181-191.
- G. de Groot 2004
G. de Groot, 'Deskundigen in de rechtspleging: beslissen of adviseren?', in: G. de Groot, M.A. van Hoepen & F.H.A.M. Thunnissen, *De deskundige in rechte*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 9-23.
- G. de Groot 2008
G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.
- G. de Groot & Akkermans 2007
G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslast en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501-509.
- G.J. de Groot 1980
G.J. de Groot, 'Schadefondsen. Tussen toen en toekomst?', *NJB* 1980, p. 269-276.
- G.J. de Groot 1982
G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1982.
- De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1. Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer: Kluwer 2001.
- Haardt 1945
W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Den Haag: Nijhof 1945.
- Van Haastert 2000
M.F.H.M. van Haastert, 'De tweede redelijkheidstoets', in: S.D. Lindenberg e.a., *Buitengerechtelijke kosten. Vijf visies op redelijkheid*, Den Haag: PIV 2000, p. 57-70.
- Van Haastert 2004
M.F.H.M. van Haastert, 'Buitengerechtelijke kosten. HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 125 (X/London Verzekeringen N.V.)', *TVP* 2004, p. 20-22.
- Hartkamp 2004
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De Verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Hartkamp & Sieburgh 2009

- A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.
- Hartlief 1997a
T. Hartlief, 'Eigen schuld en letselschade', in: J. ten Kate e.a. (red.), *Miscellanea. Jurisconsulto vero dedicata* (Van Dunné-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 129-142.
- Hartlief 1997b
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.
- Hartlief 2002
T. Hartlief, 'Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW', *WPNR* 2002, p. 8-19.
- Hartlief 2003
T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- Hartlief 2006a
T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 195-264.
- Hartlief 2006b
T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden', *TVP* 2006, p. 98-104.
- Hartlief 2010
T. Hartlief, 'Vos/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht', *WPNR* 2010, p. 92-96.
- Ten Have 2008
T. ten Have, *Vraagbaak planschade 2008/2009. Vragen en antwoorden in relatie tot de nieuwe Wro*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
- Hijma 1991
Jac. Hijma, 'Ingrid Kolkman', *AA* 1991, p. 64-70.
- Hirsch Ballin 1983
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht', in: *Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1983-I-2), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 9-153.
- Heinrichs 2007
J. Heinrichs, *Thank you for arguing. What Aristotle, Lincoln, and Homer Simpson can teach us about the art of persuasion*, New York: Three Rivers Press 2007.
- Hoekema 1980
A.J. Hoekema, 'Rechtssociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht', *NJB* 1980, p. 977-1000.
- Hoitink 2002
J.E. Hoitink, 'Schadevergoeding in het omgevingsrecht: speurtocht naar 'verklarende principes'', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. VAR-reeks 128*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 201-259.
- Hoitink 2006
J.E. Hoitink, *De ontbrekende schakel. Een beschouwing over eigendomsbescherming als fundament voor schadevergoeding* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- Hoitink & Backes 1999
J.E. Hoitink & Ch.W. Backes, 'Eigendom van 'milieuvuulingsrechten'', *NJB* 1999, p. 1759-1763.
- Hoitink & Koetser 2007

- J.E. Hoitink & M.B. Koetser, 'Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel? Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraak onvoldoende houvast', *NTB* 2007, p. 334-343.
- Hoitink & De Looij 2007
J.E. Hoitink & I.M.A.M. de Looij, *Nadeelcompensatie in beeld. Onderzoek in opdracht van VenW naar de mogelijkheid van harmonisatie van nadeelcompensatieregelingen*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007.
- Hoogendijk 2009
F. Hoogendijk, 'De ontwikkeling van DIX, een deskundigenregister voor civielrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtspleging', *EeR* 2009, p. 13-18.
- Horlings 2007
E.H. Horlings, 'Een (on)billijke drempel bij het toekennen van nadeelcompensatie', *O&A* 2007, p. 209-217.
- Van Iersel 2006
J.H.M. van Iersel, 'Wanneer is planschade anderszins verzekerd?', *BR* 2006, p. 436-438.
- A.M.L. Jansen 2006
A.M.L. Jansen, 'Op goede gronden. De motivering van uitspraken door de bestuursrechter', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu 2006, p. 171-183.
- J.F.M. Jansen 2007
J.F.M. Jansen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007, p. 99-113.
- K.J.O. Jansen 2006
K.J.O. Jansen, *Het kennisvereiste bij gevaarzetting. Een onderzoek naar de invloed van de kennis van de laedens op het onrechtmatigheidsoordeel in gevaarzettingssituaties*, Den Haag: Jongbloed 2006.
- Joling 2007
J. Joling, 'De vaststelling van vermogensschade wegens gederfde winst of geleden verlies', *NTBR* 2007, p. 461-467.
- Keirse 2003
A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.
- Keirse 2006
A.L.M. Keirse, 'Rechterlijke werkzaamheid en het oordeel over eigen schuld', *AV&S* 2006, p. 185-192.
- Keirse 2008
A.L.M. Keirse, 'Molengraaff en de kunst van het delen', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien. Een verzameling opstellen ter ere van de 150^{ste} geboortedag van W.L.P.A. Molengraaf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 137-154.
- Keirse 2009a
A.L.M. Keirse, 'De boot gemist. Aanspraak op vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten', *Contracteren* 2009, p. 33-39.
- Keirse 2009b
A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', *Contracteren* 2009, p. 105-109.
- Klaassen 2007
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*. Mon. BW B35, Deventer: Kluwer 2007.
- Koeman 1974

- N.S.J. Koeman, *Bestemmingsplan en privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.
- Koeman 1989
N.S.J. Koeman, 'De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding te veroordelen', in: *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter. VAR-reeks 102*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 161-236.
- Koeman 2000
N.S.J. Koeman, 'De schadeplichtige overheid', *NTB* 2000, p. 14-15.
- Koenraad 2006
L.M. Koenraad, 'Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvies in het bestuursrecht', *JB Plus* 2006, p. 15-33.
- Koenraad 2009
L.M. Koenraad, 'Deskundig tegenspreken. Beschouwingen over het betwisten van deskundigenadviezen in het bestuursprocesrecht', *JB Plus* 2009, p. 220-244.
- Konijnenbelt & Van Male 2008
W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Prof.mr. H.D. van Wijk. Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2008.
- Köster 1963
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- Kreijger 2008
P.J. Kreijger, 'Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*. BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 189-205.
- Kremer 2009
F.Th. Kremer, "'Wat nu' in plaats van 'Wat anders'?", in: F.Th. Kremer, S.D. Lindenbergh & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: PIV 2009, p. 139-152.
- Von Kries 1888
J. von Kries, 'Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben', *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 1888, p. 179-240.
- De Leede 1980
L.J.M. de Leede, 'Sociale verzekering en aansprakelijkheid', *NJB* 1980, p. 397-404.
- Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
- Lindenbergh 1999
S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlands privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707.
- Lindenbergh 2004
S.D. Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het personenschade-recht', *TVP* 2004, p. 110-114.
- Lindenbergh 2005
S.D. Lindenbergh, 'Schaderegelingsmanagement (bespreking van: W.C.T. Weterings, *Efficiënte en effectieve afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004)', *MvV* 2005, p. 18-21.
- Lindenbergh 2008a
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding, algemeen: deel 1*. Mon. BW B34, Deventer: Kluwer 2008.
- Lindenbergh 2008b

- S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.
- Lindenbergh 2009
S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*. Mon. Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009.
- Lindenbergh 2010a
S.D. Lindenbergh, 'A, V en S, wie komt het voordeel toe?', *AV&S* 2010, p. 215-216.
- Lindenbergh 2010b
S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010, p. 901-909.
- Loewenstein e.a. 1993
George Loewenstein e.a., 'Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining', *Journal of Legal Studies* (22) 1993, p. 135-159.
- Lubach 2005
D.A. Lubach, 'Voorzienbaarheid en maatschappelijk risico bij planschade in rechtsvergelijkend perspectief', *BR* 2005, p. 509-513.
- Lups 2006
W. Lups, 'Tijd is geld. Reken maar!', zegt de rekenaar', in: J. Hulsman e.a., *Tijd is geld*, Den Haag: PIV 2006, p. 79-93
- Van Maanen 2004
G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *NJB* 2004, p. 787-794.
- Van Maanen 2006
G.E. van Maanen, 'Civiele letselschadeclaims bij de Centrale Raad van Beroep. Beter af bij de Hoge Raad?', *TVP* 2006, p. 57-65.
- Van Maanen & Schlössels 2004
G.E. van Maanen & R.J.N. Schlössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding. Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* 2004, p. 139-144.
- Mackaay 1980
E. Mackaay, 'Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade. Economische kanttekeningen', *NJB* 1980, p. 813-825.
- Mendel 2003
M.M. Mendel, *Motiveren met: 'de aard van de overeenkomst' en 'de aard van de rechtsregel'?* (afscheidsrede Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
- Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008
F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & S.E. Bartels, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.
- Misana 2009
J.L.M. Misana, 'Over normering van personenschade. Volledige vergoeding van concreet geleden schade versus doorzichtig, snel en efficiënt', *TVP* 2009, p. 8-9.
- Molengraaff 1887
W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', *RM* 1887, p. 373-435.
- Mulder 2004
F.A. Mulder, 'Kosten van deskundigen- en rechtsbijstand bij planschade en andere nadeelcompensatie', *O&A* 2004, p. 101-108.
- Neerhof 2003
A.R. Neerhof, 'Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht in het bestuursrecht', *O&A* 2003, p. 90-100.
- Nentjes 2008

- A. Nentjes, 'Over de juiste raming van bestemmingsplanschade', *NJB* 2008, p. 2362-2365.
- Nentjes 2010a
A. Nentjes, 'Naschrift', *NTB* 2010, p. 94-95.
- Nentjes 2010b
A. Nentjes, 'Planschade: het adviesbureau, de taxatiedeskundige en de rechter', *NTB* 2010, p. 23-30.
- Nicolaï 1981
P. Nicolaï, 'Advisering in het bestuursrecht', *RM Themis* 1981, p. 511-531.
- Nieuwenhuis 1982
J.H. Nieuwenhuis, 'Privaatrecht in de jaren zeventig: de jaren van het voorspel', *NJB* 1982, p. 477-484.
- Nieuwenhuis 2002
J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausaliteit. Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade', *TvP* 2002, p. 1695-1736.
- Nieuwenhuis 2008
J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden: délits, unerlaubte Handlungen, torts: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.
- Nieuwenhuis 2010
J.H. Nieuwenhuis, 'Het dieptepunt: Plas/Valburg', *AA* 2010, p. 288-290.
- Van Nispen 2003
C.J.J.C van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*. Mon. Nieuw BW A11, Deventer: Kluwer 2003.
- Nuis 1981
J.D.L. Nuis, 'Differentiatie van de causaliteits-/ aansprakelijkheidscriteria bij de onrechtmatige daad', *WPNR* 1981, p. 149-154 en p. 165-170.
- Peeters 1980
J.A.J. Peeters, 'Rampschade', *NJB* 1980, p. 493-504.
- Planbureau voor de Leefomgeving 2010
Planbureau voor de Leefomgeving, *Ex-durante evaluatie Wet ruimtelijke ordening. Eerste resultaten*, Den Haag: PBL 2010.
- De Poorter & Van Soest-Ahlers 2008
J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
- Prins & Spruit 2004
D. Prins & M.D. Spruit, 'Aansprakelijkheid voor letselschades: de rol van de medicus als deskundige', *TVP* 2004, p. 11-16.
- Van Ravels 1999
B.P.M. van Ravels, 'Planologische schaduw schade', in: A. van Hall, Th.G. Drupsteen & H.J.M. Havekes (red.), *De staat van water. Opstellen over juridische, technische, financiële en politiek-bestuursrechtelijke aspecten van waterbeheer*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 195-216.
- Van Ravels 2002
B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg. Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. VAR-reeks 128*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p.261-423.
- Van Ravels 2005
B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid. De betekenis van het begrip voorzienbaarheid voor verplichtingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

- Van Ravels 2006
B.P.M. van Ravels, 'Vergoeding van planschade omstreeks 2005', *Gst.* 2006, p. 255-270.
- Van Ravels 2008
B.P.M. van Ravels, 'De nieuwe redelijkheid bij tegemoetkomen in planschade', *O&A* 2008, p. 128-145.
- Van Ravels 2009a
B.P.M. van Ravels, 'Planschade. Van vergoeden naar tegemoetkomen', in: R.W.M. Kluitenberg (red.), *40 jaar Instituut voor Bouwrecht*, z.p.: ibr 2009, p. 91-156.
- Van Ravels 2009b
B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2009, p. 206-217.
- Van Ravels 2010a
B.P.M. van Ravels, 'Twijfel zaaien en nadeelcompensatie oogsten. Over bewijswaardering en nadeelcompensatie', *AA* 2010, p. 543-551.
- Van Ravels 2010b
B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2010, p. 34-46.
- Van der Ree 2000
P. van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.
- Te Rijdt 1991
O.M. te Rijdt, *Bestuurscompensatie. Een juridisch onderzoek naar de praktijk* (diss. Leiden), Oegstgeest: SAOZ-Propert 1991.
- Rijken 1994
G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*. Mon. Nieuw BW A5, Deventer: Kluwer 1994.
- Salomons 1993
R.A. Salomons, *Zaakschade*. Mon. Nieuw BW B38, Deventer: Kluwer 1993.
- Van der Schans 1988
E. van der Schans, 'Schadevergoeding, redelijkheid en billijkheid', in: Th.G. Drupsteen, E. van der Schans & R.S. Meijer, *Vergelijkend schadevergoedingsrecht* (Pre-adviezen Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 49-106.
- Van der Schans 2004
E. van der Schans, 'Planschade, uitvoeringsschade en tijdelijke schade', *BR* 2004, p. 12-17.
- Van der Schans 2007
E. van der Schans, 'Nadeelcompensatie en schadebegroting: de rekening en het recht', *O&A* 2007, p. 201-208.
- Van Schellen 1972
J. van Schellen, *Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsver-eiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972.
- Van Schellen 1985
J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.
- Scheltema & Scheltema 2008
M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
- Schenk 1977
W. Schenk, 'Planschade; de toepassing van artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening', *NJB* 1977, p. 257-264.
- Schlössels 2010

- R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursrecht: goochelen met zekerheid?', *AA* 2010, p. 476-486.
- Sluysmans 2011
J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken. Een studie naar theorie en praktijk* (diss. Leiden), Den Haag: ibr 2011.
- Scholten 1902
P. Scholten, 'De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract', *RM* 1902, p. 265-312 en 414-467.
- Schreuder-Vlasblom 2008
M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
- Schueler 2005
B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*. Mon. Awb B-7, Deventer: Kluwer 2005.
- Schueler 2007
B.J. Schueler, 'Een doolhof met vertakkingen. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?', *O&A* 2007, p. 55-63.
- Schuurmans 2004
Y.E. Schuurmans, 'Besluit gevraagd, bewijslast gekregen. De bewijslastverdeling bij het besluit op aanvraag', *JB Plus* 2004, p. 213-228.
- Schuurmans 2005
Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.
- Schuurmans 2006
Y.E. Schuurmans, 'De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 31-43.
- Schut 1963
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam VU) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- Schut 1978
G.H.A. Schut, 'De aard van de aansprakelijkheid en van de schade', *RM Themis* 1978, p. 380-403.
- Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.
- Simons 1902
D. Simons, 'Ons Burgerrechtelijk delictsrecht', *Themis* 1902, p. 6-92.
- Smeehuijzen 2003
J.L. Smeehuijzen, 'Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een 'disclosure statement'', *TVP* 2003, p. 126-129.
- Smeehuijzen 2009
J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009, p. 328-340.
- De Smet, Lathouwers & Rimanque 2004
B. de Smet, J. Lathouwers & K. Rimanque, 'Artikel 6. Recht op een eerlijk proces', in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004.
- J.M. Smits 1997
J.M. Smits, 'Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld: een ontwikkeling naar billijkheid?', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 213-227.
- P. Smits 2008
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

- Spier 1997
J. Spier, 'Aansprakelijkheidsverzekeringen: alles en niets', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 91-104.
- Spier 1999
J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?* (afscheidsrede Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Stein 1980
P.A. Stein, 'De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad', *NJB* 1980, p. 707-719.
- Storm 2009
H.M. Storm, 'Richtlijnen van De Letselschade Raad: hoe komen deze tot stand?', *TVP* 2009, p. 10-11.
- Streefkerk 1980
C.A. Streefkerk, 'Risico-aanvaarding', *WPNR* 1980, p. 121-126, 137-143 en 169-172.
- Van Swaaij 2010
J.H.M. van Swaaij, 'Vos/TSN: geen consequentie voor het 'eigen schuld'-verweer. Het dynamische rechtsbegrip 'schade', *NJB* 2010, p. 1908-1912.
- Tak 1980
A.Q.C. Tak, 'Financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden', *NJB* 1980, p. 653-667.
- Tak 1993
A.Q.C. Tak, 'Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en Kritiek* 1993, p. 174-190.
- Tak 2004
A.Q.C. Tak, 'Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht' (bespreking van: M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003), *NTBR* 2004, p. 137-154.
- Tak 2008
A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht. In theorie en praktijk. Deel I*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- Tak 2010
A.Q.C. Tak, 'Een alternatief voor de Awb? Het recht verdwijnt uit het bestuur', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 193-209.
- Van Tilburg 2008
W. van Tilburg, 'Moeten slachtoffers met een psychische predispositie schadevergoeding krijgen?', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 209-226.
- Tjepkema 2004
M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalitébeginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalitésituaties', *O&A* 2004, p. 12-22.
- Tjepkema 2010
M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.
- Tjittes & Van Wechem 2010
R.J.P.L. Tjittes & E. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2010, p. 915-922.
- Tjong Tjin Tai 2008
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De ambivalente regeling van de schadestaatprocedure', *TCR* 2008, p. 1-7.
- Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009

- T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009, p. 2167-2173.
- Veegens/Korthals Altes & Groen 2005
D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen (bew.), *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.
- Verburg 2009
D.A. Verburg, 'Three is a crowd: feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerp partijengedingen', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter? VAR-reeks 142*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 231-322.
- Verburgh 1980
M.J.P. Verburgh, 'Zelf dragen van geleden schade: regel of uitzondering?', *NJB* 1980, p. 173-174.
- Verheij 1998
A.J. Verheij 'Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade', *RM Themis* 1998, p. 339-350.
- Verheij 2002
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
- Verheij 2005
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*. Mon. Privaatrecht 4, Deventer: Kluwer 2005.
- Verpaalen 1969
O.A.C. Verpaalen, 'Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad 1955-1968. Een poging tot kritisch omzien', in: O.A.C. Verpaalen & F.J. Beunke, *Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad. VAR-reeks LXII*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1969, p. 5-75.
- Visser 't Hooft 1968
H.Ph. Visser 't Hooft, 'Over causaliteit en "common sense"', *RM Themis* 1968, p. 384-424.
- Vranken 1995
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Van Wassenae van Catwijck 1971
A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Eigen schuld* (diss. Leiden), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971.
- Van Wassenae van Catwijck & Jongeneel 1995
A.J.O. van Wassenae van Catwijck & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Weterings 2004
W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- Wiarda/Koopmans 1999
G.J. Wiarda/T. Koopmans (bew.), *3 typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Van Wijmen 1978
P.C.E. van Wijmen, 'Artikel 49 W.R.O. Een poging om de impasse te doorbreken', *BR* 1978, p. 173-182.
- Van Wijmen 2002
P.C.E. van Wijmen, 'Art. 49 WRO vernieuwd? Slechte wijn in oude zakken!', *O&A* 2002, p. 66-72.
- Van Woudenberg Hamstra 1904
J. van Woudenberg Hamstra, *Toerekening van voordeel bij schadevergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Thieme 1904.

- Wilken 2010
A. Wilken, 'De medisch adviseur moet objectief en onafhankelijk zijn', *TVP* 2010, p. 1-6.
- Wulffraat-Van Dijk 2001
M.S.E. Wulffraat-Van Dijk, 'Normering van advisering', *JB Plus* 2001, p. 124-133.
- Van Zeben 1998
C.J. van Zeben, 'Van plan naar schade', in: A.I.M. van Mierlo & J.H. Wansink (red.), *Zilver voor de Gouden Formule. Ontwikkelingen in het Recht tussen 1973 en 1998*, Rotterdam: Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk 1998, p. 37-47.
- Van Zundert 1991
J.W. van Zundert, 'De vitaliteit van het onteigeningsrecht', in: P.C.E. van Wijnen e.a., *150 jaar Onteigeningswet*, Deventer: Kluwer 1991, p. 13-20.
- Van Zundert 1993
J.W. van Zundert, *Bestuursschaderecht. Vergoeding van schade door planologisch overheidshandelen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- Van Zundert 2007
J.W. van Zundert, 'Nieuw planschaderecht', *Vastgoedrecht* 2007, p. 14-19.
- Van Zundert 2008a
J.W. van Zundert, 'Besluit ruimtelijke ordening', in: J.W. van Zundert e.a. (red.), *Ruimtelijk bestuursrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 37-47.
- Van Zundert 2008b
J.W. van Zundert, 'Perspectieven in het planschaderecht', *BR* 2008, p. 1-7.
- Van Zundert 2010
J.W. van Zundert, 'Hoofdpijnen en trends planschadejurisprudentie', *O&A* 2010, p. 124-142.

Curriculum vitae

Walter Dijkshoorn werd op 20 maart 1985 geboren te Gouda. Na in 2003 zijn eindexamen VWO te hebben behaald aan het Comenius College te Capelle aan den IJssel begon hij als student Criminologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Vier jaar later rondde hij de master Privaatrecht (cum laude) af.

Tijdens zijn studie nam Walter deel aan de (driejarige) Masterclass Prejudiciële Beslissing onder leiding van prof. mr. L.C. Winkel, vertegenwoordigde hij als ambassadeur de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (nu: Erasmus School of Law) op diverse middelbare scholen en open dagen, deed hij als medewerker en staflid vrijwilligerswerk bij de Stichting Rechtswinkel Dordrecht en werkte hij als student-assistent bij de sectie Burgerlijk Recht, alwaar hij na zijn studie het promotieonderzoek dat tot dit boek heeft geleid, begon. Momenteel schrijft Walter het beknopt CV dat u nu voor u hebt.

Naast zijn juridische bezigheden is Walter als Bijbelstudieleider en tienerwerker actief binnen Volle Evangelie Gemeente De Schutse en is hij (freelance) cartoonist, illustrator en tekstschrijver.