

Schade door werk in uitvoering

Over de nieuwe Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen

NTB 2019/14

1. Inleiding

Bij de uitvoering van infrastructurele maatregelen door de overheid kunnen bedrijven grote schade lijden doordat zij bijvoorbeeld tijdelijk minder bereikbaar of zichtbaar zijn. Deze schade kan in aanmerking komen voor nadeelcompensatie, maar uitsluitend voor zover die schade buiten het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico van het betreffende bedrijf valt.

Vanuit het bedrijfsleven is jarenlang aangedrongen op een eenduidige en voorspelbare invulling van deze begrippen. Medio 2018 hebben vertegenwoordigers van bedrijfsleven, overheden en een aantal deskundigen hiervoor samen een 'Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen' opgesteld.

In dit artikel zullen de knelpunten in de huidige nadeelcompensatiepraktijk worden beschreven en zal vervolgens bezien worden of de Handleiding voor deze knelpunten een adequate oplossing kan bieden. De nadruk zal daarbij liggen op de voorgestelde wijze van beoordeling van het normaal maatschappelijk risico van bedrijven bij tijdelijke schade als gevolg van de uitvoering van infrastructurele maatregelen door de overheid.

2. Werk in uitvoering en schade

2.1 Infrastructurele maatregelen

Met de opleving van de economie nemen ook de investeringen van de overheid in onze infrastructuur (weg, rail en water) weer sterk toe. Deze investeringen zien zowel op de aanleg van nieuwe infrastructuur als op de uitbreiding en het onderhoud van de bestaande infrastructuur. In ons compacte land leiden werkzaamheden aan de infrastructuur al snel tot overlast of hinder voor zowel de gebruikers van die infrastructuur als degenen die in de directe nabijheid van die infrastructuur wonen of werken. Voor bewoners kan de uitvoering van werkzaamheden aan de infrastructuur nabij hun woning leiden tot een tijdelijke aantasting van hun woongenot. Voor bedrijven kan de uitvoering van werkzaamheden leiden tot soms grote financiële schade, bijvoorbeeld als een bedrijf tijdens de uitvoering van die werkzaamheden niet of nauwelijks meer bereikbaar of zichtbaar is.

2.2 Schade/nadeelcompensatie

Binnen ons rechtssysteem komen overlast en schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen alleen voor compensatie in aanmerking indien sprake is van een schending van het *égalité*beginsel. Voorwaarde hiervoor is dat sprake is van 'onevenredig' nadeel voor een burger of bedrijf dat niet tot het normaal maatschappelijk risico (voor burgers) of tot een normaal ondernemersrisico (voor bedrijven) behoort.

De praktijk worstelt met de vraag wanneer sprake is van 'onevenredig nadeel'. Overheden hanteren hiervoor verschillende grenzen, en de jurisprudentie van de Afdeling biedt hiervoor ook maar in beperkte mate duidelijkheid.

2.3 Handleiding nadeelcompensatie

Vanuit het bedrijfsleven is jarenlang aangedrongen op een meer eenduidige en voorspelbare wijze van beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie bij tijdelijke schade als gevolg van de uitvoering van infrastructurele maatregelen: daarmee zouden veel (achteraf) kansloze aanvragen om schadevergoeding, en daarmee veel tijd, geld en ergernis bij bedrijven – maar evenzeer bij overheden – bespaard kunnen worden.

Bij de behandeling van het voorstel voor de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten op 29 januari 2013 heeft de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie aan de Eerste Kamer toegezegd om samen met deskundigen uit het veld een breed gedragen Handleiding te maken voor de afhandeling van dergelijke aanvragen om nadeelcompensatie. Er is vervolgens een werkgroep onder leiding van prof. mr. M. Scheltema gevormd met vertegenwoordigers van de overheid (RWS/provincies en gemeenten), bedrijfsleven (VNO/NCW, MKB Nederland) en een aantal deskundigen. Zoals Scheltema ook heeft aangegeven² heeft het de nodige moeite gekost om binnen deze werkgroep tot overeenstemming te komen. Uiteindelijk is dit medio 2018 toch gelukt en heeft de minister bij brief van 20 juli 2018 de 'Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen' aan de Tweede Kamer kunnen aanbieden.

Het toepassingsbereik van de Handleiding is nadrukkelijk beperkt tot tijdelijke uitvoeringsschade bij infrastructurele maatregelen. Onderdelen daarvan kunnen echter ook nuttig zijn bij de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie bij andere overheidsmaatregelen, zoals planologische

1 Mr. Ivo van Heijst is advocaat bij 't Regthuys in Rozendaal (Gld.). Hij treedt daarnaast in zijn praktijk regelmatig op als voorzitter van onafhankelijke planschade- en nadeelcompensatiecommissies

2 M. Scheltema 'Handreiking nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtsstaat', NTB 2018/57.

maatregelen, het verleggen van kabels en leidingen, het wijzigen of intrekken van vergunningen of het wijzigen van beleid en/of regelgeving.

2.4 *Nieuwe Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat (2019)*

De nieuwe Handleiding heeft juridisch geen bindend karakter. Zij behelst vooral een professionele standaard voor het voorkomen en afhandelen van schades bij de uitvoering van infrastructurele maatregelen. Het is aan iedere gemeente, provincie, waterschap of rijksdienst om te besluiten of hij/zij de Handleiding als grondslag neemt voor het eigen beleid inzake het toekennen van nadeelcompensatie.

Één rijksdienst heeft inmiddels deze handschoen al opgepakt: Rijkswaterstaat – de Minister van Infrastructuur en Waterstaat – heeft bij besluit van 11 december 2018 haar bestaande beleidsregel inzake nadeelcompensatie³ gewijzigd, en in de gewijzigde beleidsregel⁴ grotendeels de inhoud van de Handleiding overgenomen. Voor de rechtsontwikkeling is dit van groot belang. Rijkswaterstaat behandelt immers op jaarbasis veruit de meeste aanvragen om nadeelcompensatie in verband met de uitvoering van infrastructurele maatregelen en haar besluiten worden regelmatig getoetst door de Afdeling. Daardoor zal de praktijk naar verwachting binnen afzienbare tijd weten of een nadeelcompensatiebeleid conform de nieuwe Handleiding de toets van de Afdeling kan doorstaan.

3. **Huidige praktijk en knelpunten**

3.1 *Voorbereiding en communicatie*

In de Handleiding is terecht opgemerkt dat schade vergoeden (of ‘nadeel compenseren’) zoveel mogelijk ‘ultimum remedium’ zou moeten zijn: overheid en bedrijfsleven kunnen samen veel winnen door voor en tijdens de uitvoering van een infrastructurele maatregel aandacht te besteden aan het voorkomen van schade en ergernissen. Dit vraagt onder meer om een vroegtijdig contact over de geplande wijze en periode van uitvoering, een zorgvuldige afstemming met eventuele andere werkzaamheden, een goede communicatie tijdens de uitvoering en een open overleg over mogelijke schadebeperkende maatregelen. De Handleiding geeft hiervan veel praktijkvoorbeelden.

3.2 *Nadeelcompensatie; normaal maatschappelijk risico*

Als ondanks alle voorbereidingen en communicatie de uitvoering van een infrastructurele maatregel toch leidt tot nadeel/schade voor een bedrijf is het voor de praktijk van groot belang om eenvoudig te kunnen vaststellen of een bedrijf in aanmerking komt voor enigerlei compensatie van dit nadeel. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt komt het

hierbij vooral aan op het bepalen van de grens van het normaal ondernemersrisico: wanneer is een schade/nadeel zo groot – lees: zo onevenredig – dat dit niet meer tot het normaal ondernemersrisico van een bedrijf behoort?

Die grens is niet eenduidig: de vraag of een schade wel of niet behoort tot het normaal ondernemersrisico moet volgens de Afdeling worden beantwoord ‘met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang is onder meer of de ontwikkeling als een normale maatschappelijk ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in de zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond nog geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. In dit verband komt betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde beleid past. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel’.⁵

Deze standaardoverweging biedt de praktijk weinig houvast. Veel overheden zijn er dan ook toe overgegaan om op dit punt beleid te ontwikkelen en dit beleid vast te leggen in een eigen beleidsregel of verordening.⁶

In de loop der tijd zijn aldus een groot aantal van dergelijke beleidsregels verschenen met verschillende criteria voor het beoordelen van het normaal ondernemersrisico: zo zijn er beleidsregels die een drempel hanteren (in de vorm van een vast minimumbedrag of een percentage van de jaaromzet), of een korting (in de vorm van een percentage van het schadebedrag) of een combinatie van beiden.

In de jurisprudentie heeft de Afdeling lange tijd het hanteren van een drempel van 15% van de jaaromzet ‘niet onaanvaardbaar’ gevonden. Als deze drempel door een bedrijf werd behaald, werd de omvang van de schade berekend en werd op het schadebedrag vervolgens een zekere korting ‘wegens normaal maatschappelijk risico’ toegepast. Daarbij kwamen veel verschillende kortingspercentages voor (van 10 tot wel 75%). De Afdeling gaf hierbij weinig richting (met verwijzing naar de hierbij geldende beoordelingsruimte van het bestuursorgaan); zij volstond veelal met de overweging dat naarmate een bestuursorgaan een hoger kortingspercentage wil toepassen zij het percentage beter/uitvoeriger moet motiveren. Welke (soort) feiten of omstandigheden

3 Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 (Stcrt. 16 juni 2014, 16584).

4 Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019 (Stcrt. 12 december 2018, 66154).

5 Zie onder meer ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198 (dijkverbetering Rijnland).

6 De huidige Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – mr. B.J. van Ettehoven – riep in 2010 in zijn oratie ‘Wat is normaal?’ bestuursorganen al op om beleidsregels vast te stellen. Voorbeelden van dergelijke beleidsregels zijn onder meer de Verordening nadeelcompensatie provincie Fryslân, Verordening nadeelcompensatie gemeente Amsterdam, Verordening Schadevergoeding Waterschap Rivierenland.

een 'hoger' kortingspercentage rechtvaardigen bleef echter ongewis.⁷

In de afgelopen jaren heeft de Afdeling in een aantal uitspraken iets meer richting gegeven in de discussies over de toe te passen drempels en kortingen. Zo heeft de Afdeling overwogen⁸ dat geen drempel mag worden toegepast indien de schade het gevolg is van een niet normale maatschappelijke ontwikkeling, zoals bijvoorbeeld het plotseling afsluiten van een belangrijke brug of verkeersroute als gevolg van een calamiteit. Bij schade als gevolg van normale infrastructurele maatregelen heeft de Afdeling overwogen dat niet in alle gevallen een vaste omzeldrempel (van 15% van de jaaromzet) mag worden gehanteerd – ongeacht de kostenstructuur van een bedrijf – omdat dit tot onredelijke uitkomsten kan leiden; differentiatie kan dan op zijn plaats zijn.⁹ In een latere uitspraak heeft de Afdeling overwogen dat het hanteren van een drempel van 8% van de jaaromzet zonder nadere motivering door een bestuursorgaan kan worden toegepast; bij toepassing van een hoger percentage zou een 'een verhoogde motiveringsplicht' gelden.¹⁰

Bij langdurige werkzaamheden (langer dan een jaar) was lange tijd onduidelijk of een dergelijke omzeldrempel en/of korting per jaar (lees: ieder schadejaar) door de overheid kan worden toegepast, of dat de duur van de werkzaamheden een relevante omstandigheid is om bijvoorbeeld vanaf het tweede schadejaar geen of een lagere omzeldrempel en/of korting toe te passen. In een uitspraak uit 2014¹¹ stemde de Afdeling ermee in dat een bestuursorgaan voor het eerste schadejaar een drempel van 15% van de jaaromzet van het betreffende bedrijf had toegepast, voor het tweede schadejaar een drempel van 10% en voor de daaropvolgende jaren geen drempel meer.

Als de toepasselijke omzeldrempel gepasseerd is dient nog bepaald te worden welk deel van de schade wegens het normaal maatschappelijk risico voor rekening van het schadelijde bedrijf moet blijven. De Afdeling aanvaardt hierbij zowel een forfaitaire korting (bijvoorbeeld gelijk aan het deel van de schade dat overeenkomt met de gehanteerde omzeldrempel) als een zelfstandig kortingspercentage.¹²

Tot slot heeft de Afdeling bepaald dat bij permanente schade als gevolg van infrastructurele maatregelen voor eenieder

een minimumdrempel geldt, tevens forfait (korting) van 2% van het jaarinkomen.¹³

4. Handleiding nadeelcompensatie

4.1 *Uitgangspunten nieuwe methode beoordeling normaal maatschappelijk risico*

In de Handleiding is een nieuwe methode beschreven waarmee bedrijven en overheden bij tijdelijke inkomensschade als gevolg van een infrastructurele maatregel kunnen vaststellen of een bedrijf in aanmerking komt voor nadeelcompensatie, en zo ja welk deel van de schade het bedrijf dan voor eigen rekening moet nemen wegens normaal maatschappelijk risico.

Uitgangspunten bij het ontwikkelen van deze methode waren dat de nieuwe methode in overeenstemming moest zijn met de jurisprudentie van de Afdeling, praktisch hanteerbaar en transparant is, geschikt is voor een quickscan-beoordeling vooraf, lage transactiekosten kent en de toepassing in het algemeen niet leidt tot een ruimere of minder ruimere toekenning van nadeelcompensatie dan in de voorheen bestaande praktijk.

De methode voorziet voor de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico in de toepassing van een minimumdrempel ('bagateldrempel'), en wanneer de geclaimde schade hierboven uitstijgt, de toepassing van een combinatie van een omzeldrempel en een korting. Bij zowel de omzeldrempel als de korting wordt gedifferentieerd naar de aard en kostenstructuur van het schadelijde bedrijf en naar de duur van de werkzaamheden.

4.2 *Stappenplan*

De methode uit de Handleiding kent een stappenplan met vijf stappen:



Voor een quickscan-beoordeling van het normaal maatschappelijk risico volstaan de stappen 1, 2 en 3. Voor een volledige beoordeling van het normaal maatschappelijk risico dienen alle vijf stappen te worden gezet.

Bij stap 1 wordt bepaald of de geleden schade het gevolg is van de uitvoering van een infrastructurele maatregel door de overheid (in de vorm van een besluit en/of feitelijke werkzaamheden) en of die maatregel te beschouwen is als een normale maatschappelijke ontwikkeling of als een abnormale maatschappelijke ontwikkeling.

7 Zie voor een uitvoerige beschrijving van mogelijk relevante omstandigheden: 'Normaal maatschappelijk risico en de omstandigheden van het geval. Een analyse van de jurisprudentie', (Stab 2013, nr. 2).

8 Zie ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2051 en 2052 (Hollandse Brug).

9 Zie ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, AB 2013/221, met noot M. Tjepkema (De Wouwe Tol) en voorts 'Nadeelcompensatie let op drempels' mrs. H. Breeman & L. Muetstege in BR 2014/108.

10 Zie ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650, BR 2016/94, met noot J. Procee (supermarkt Eindhoven).

11 Zie ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2865, AB 2014/362, met noot M. Tjepkema (HOV-lijn Utrecht).

12 ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2677 (tankstation Eersel).

13 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336, TBR 2015/45, met noot F.A. Mulder (supermarkt Sneek) en recent ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4034 (transportbedrijf Heusden).

In beide gevallen wordt bij stap 2 bepaald of het schadebedrag, zoals dat door de aanvrager geclaimd wordt, de minimumdrempel van 2% van het jaarinkomen of – als dit hoger is – een bedrag van € 1.000 overschrijdt. Indien de schade onder deze zogenoemde bagateldrempel blijft kan het bestuursorgaan de aanvraag om nadeelcompensatie zonder nader onderzoek naar de (vergoedbaarheid van de) schade afwijzen omdat de geclaimde schade in elk geval blijft binnen het normaal maatschappelijk risico van het bedrijf.

Indien met het geclaimde schadebedrag de bagateldrempel wordt overschreden, wordt bij stap 3 onderscheid gemaakt tussen tijdelijke schade als gevolg van een abnormale infrastructuurle maatregel en als gevolg van een normale infrastructuurle maatregel.

Bij schade als gevolg van een abnormale infrastructuurle maatregel wordt – in overeenstemming met de jurisprudentie van de Afdeling – geen omzetsdrempel toegepast, doch uitsluitend een korting op het schadebedrag. Volgens de Handleiding rechtvaardigt het abnormaal karakter van de infrastructuurle maatregel hierbij de toepassing van een relatief laag kortingspercentage, in beginsel tot maximaal 15% (maar met als minimum korting het hiervoor reeds genoemde minimum forfait van 2% van het jaarinkomen/bedrijfsresultaat van het bedrijf).

Bij schade als gevolg van een normale infrastructuurle maatregel voorziet de methode bij stap 3 in de toepassing van een gedifferentieerde omzetsdrempel (of bij bedrijven waarbij de schade vooral bestaat uit de extra kosten, zoals bijvoorbeeld transportbedrijven: een gedifferentieerde kostendrempel). Afhankelijk van de kostenstructuur van een bedrijf – zoals die tot uitdrukking komt in de brutowinstmarge van het bedrijf – wordt als omzetsdrempel voorgesteld:

Brutowinstmarge (%)	Ingangsdrempel (% van de normjaaromzet)
0-35%	13%
36-64%	11%
65-100%	8%

Voorbeeld:

Een bedrijf heeft een (norm-)jaaromzet van € 400.000 en een (norm-)brutowinstmarge van 75%. Als gevolg van de uitvoering van een infrastructuurle maatregel derft het bedrijf gedurende een jaar een omzet van € 64.000. De omzetsdrempel voor dit bedrijf bedraagt dan $8\% \times € 400.000$ ofwel € 32.000. Daarmee overstijgt de omzetsderving deze omzetsdrempel en komt het bedrijf in beginsel in aanmerking voor nadeelcompensatie.

Een aanvrager kan aan de hand van zijn jaarrekening in de meeste gevallen zonder problemen zelf vaststellen wat de brutowinstmarge van zijn bedrijf is en welke omzetsdrempel daarmee op zijn bedrijf van toepassing is. Op deze wijze kan iedere aanvrager eenvoudig met een quickscan zelf nagaan of de omzetsderving van zijn bedrijf deze drempel

overschrijdt, en daarmee globaal de kans van slagen van een aanvraag om nadeelcompensatie bepalen. En zeker wanneer de omzetsderving ver onder deze drempel blijft kan het bestuursorgaan op basis van deze quickscan besluiten om de aanvraag om nadeelcompensatie zonder nader onderzoek af te wijzen.

Als de omzetsderving uitstijgt boven de toepasselijke omzetsdrempel (= ingangsdrempel) dan zal de omvang van de schade bepaald moeten worden. In de meeste gevallen zal het bestuursorgaan hiervoor een externe deskundige (jurist en/of accountant) moeten inschakelen. Bij deze schadeberekening zullen niet alleen de omzet- en brutowinstderving, maar ook factoren als (mogelijke) kostenbesparingen, genoten voordelen en eventuele kosten van schadebeperkende maatregelen moeten worden betrokken.

Wanneer de omvang van de schade berekend is zal vervolgens bepaald moeten worden welk deel van deze schade wegens het normaal ondernemersrisico voor rekening van de aanvrager moet blijven (= het algemeen forfait). Dit forfait wordt berekend op basis van een percentage van de (norm) brutowinst van het betrokken bedrijf. De hoogte van dit percentage wordt gedifferentieerd aan de hand van de brutowinstmarge van het betreffende bedrijf, met daarbij enige beleidsruimte voor het bestuursorgaan om dit forfait binnen een zekere marge zelf te bepalen.

Een en ander leidt tot de volgende percentages:

Brutowinstmarge (%)	Ingangsdrempel (% van de normjaaromzet)	Algemeen forfait (% van de normbrutowinst)
0-35%	13%	14-15%
36-64%	11%	11-13%
65-100%	8%	8-10%

Voorbeeld:

Stel dat een bestuursorgaan voor bedrijven met een brutowinstmarge van 75% als beleid voor het normaal ondernemersrisico een korting/forfait van 9% (van de normbrutowinst) toepast. In bovenstaand voorbeeld geldt voor het bedrijf dan een korting/forfait wegens het normaal ondernemersrisico van 9% van de (norm)brutowinst, ofwel $9\% \times (€ 400.000 \times 75\%) = € 36.000$. Bij een omzetsderving van € 64.000 bedroeg de schade voor dit bedrijf, in de zin van gederfde brutowinst, een bedrag van $€ 64.000 \times 75\% = € 48.000$. Als nadeelcompensatie komt dan aan dit bedrijf toe (schadebedrag € 48.000 - forfait/korting € 36.000 =) € 12.000.

Bij stap 4 van de methode wordt voor het aspect 'duur van de schade' een aparte wegging gemaakt voor wat betreft de toe te passen korting wegens normaal maatschappelijk risico in (het bijzonder forfait). Voorgesteld wordt om in het eerste schadejaar uit te gaan van een korting conform het hiervoor beschreven algemeen forfait, voor een eventueel

tweede schadejaar uit te gaan van een korting van 50% van dit algemeen forfait en vanaf een eventueel derde en volgende schadejaar uit te gaan van een nog geringer kortingspercentage dan wel helemaal geen korting meer.

Bij stap 5 ten slotte voorziet de methode nog in de toepassing van een hardheidsclausule voor het geval de bijzondere omstandigheden van een geval redelijkerwijs aanleiding moeten zijn om af te wijken van het resultaat van de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico volgens de stappen 1 tot en met 4.

4.3 Overige inhoud Handleiding

In de Handleiding zijn diverse rekenvoorbeelden opgenomen waaruit blijkt tot welke schadevergoedingen de toepassing van de methode bij verschillende bedrijfssoorten leidt. Daarnaast bevat de Handleiding informatieve paragrafen over de wijze waarop inkomensschade berekend moet worden (paragraaf 6) en over een aantal andere aspecten die bij de beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie van belang zijn, waaronder:

- voorzienbaarheid van de schade (paragraaf 5.3);
- voordeelstoerekening (paragraaf 5.4);
- eigen schuld/schadebeperkingsplicht aanvrager (paragraaf 5.5);
- vergoeding van de schade al anderszins verzekerd (paragraaf 5.6).

De Handleiding sluit af met een beschrijving van de voorgeschreven wijze van behandeling van aanvragen om nadeelcompensatie. Daarbij worden diverse aanbevelingen gedaan voor onder meer het geven van adequate informatie over de procedure aan de aanvrager, een spoedige en kosteneffectieve afhandeling van aanvragen, het vragen van extern advies over aanvragen en de voorbereiding van het besluit op een aanvraag.

5. Beoordeling; gevolgen voor de praktijk

5.1 De nieuwe standaard?

Of de nieuwe Handleiding daadwerkelijk ook de nieuwe standaard wordt voor de beoordeling van aanvragen om nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen zal uiteindelijk afhangen van de overheden én de bestuursrechter. De overheden zullen bereid moeten zijn om de inhoud van de Handleiding zo uniform mogelijk in hun beleid(sregel) over te nemen. En uiteindelijk zal de bestuursrechter moeten beoordelen of de toepassing van beleid conform de Handleiding in individuele zaken tot een redelijk/aanvaardbaar/rechtmatig besluit leidt. De meeste aandacht zal daarbij uitgaan naar de beoordeling van besluiten waarin (de omvang van) het normaal maatschappelijk risico volgens de nieuwe methode uit de Handleiding is bepaald. Dan zal blijken of de toepassing van deze methode in het individuele geval 'aanvaardbaar' of 'niet onredelijk' wordt beoordeeld. Mijns inziens is de kans hierop overigens groot. De Afdeling benadrukt immers keer op keer de 'beoordelingsruimte' die overheden hebben bij het bepalen van de omvang van

het normaal maatschappelijk risico.¹⁴ Nu de beoordelings-systematiek en de hanteerde percentages in de Handleiding blijven binnen de grenzen van de huidige jurisprudentie van de Afdeling en deze systematiek en percentages het resultaat zijn van een intensief overleg tussen overheden en bedrijfsleven, mag de nieuwe methode bij uitstek beschouwd worden als hetgeen op dit moment 'maatschappelijk' als redelijk c.q. aanvaardbaar wordt gevonden voor de omvang van het normaal maatschappelijk risico van een bedrijf dat schade lijdt als gevolg van de uitvoering van een infrastructurele maatregel door de overheid.

5.2 Kritiek- en aandachtspunten

De Handleiding is een product van de overheid en bedrijfsleven samen. Dat verklaart het uitgangspunt om te blijven binnen de bestaande grenzen van de jurisprudentie van de Afdeling en niet te streven naar een ruimere of minder ruime toekenning van de nadeelcompensatie ten opzichte van de huidige praktijk:¹⁵ zonder dit uitgangspunt zou er waarschijnlijk geen overeenstemming over de (materiële) inhoud van de Handleiding zijn bereikt en zou de praktijk blijven zitten met de bestaande, soms grote verschillen in behandeling van aanvragen om nadeelcompensatie. Kritiek op de inhoud van de Handleiding dient zich dan ook redelijkerwijs te beperken tot de wijze waarop binnen deze grenzen een nadere invulling aan het stelsel van nadeelcompensatie is gegeven.

Bagateldrempel

Enige extra aandacht verdient de formulering van de zogenoemde 'bagateldrempel' in de Handleiding. In de betreffende paragraaf (4.3) stelt de werkgroep voor om voor deze drempel aan te haken bij het minimum forfait dat in artikel 6.2 lid 2 Wro wettelijk geregeld is voor planschadezaken, te weten 2% van het jaarinkomen. In de toelichting wordt echter evenzeer als drempel voor ondernemers genoemd 'dat het omzetverlies minimaal € 1.000 dient te bedragen', zonder dat duidelijk is of deze beide drempels allebei moeten zijn overschreden, of slechts een van hen.

In de nieuwe beleidsregel van de Minister van I&W wordt voor de bagateldrempel onderscheid gemaakt tussen inkomensschade en overige schade. Bij inkomensschade gaat de nieuwe beleidsregel voor ondernemers uit van een bagateldrempel van 2% van de normjaaromzet en voor overige schadeposten van een absoluut bedrag van € 1.000. Volgens de toelichting wordt met de gekozen bagateldrempel voor inkomensschade aangesloten bij zowel het wettelijk minimum forfait in planschadezaken (hoewel dit forfait uitgaat van 2% van het jaarinkomen) als de jurisprudentie van de

14 Zie ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1652, AB 2016/365, met noot M. Tjepkema.

15 Dit uitgangspunt sluit overigens niet uit dat toepassing van de Handleiding in een individuele zaak tot een hoger of lager compensatiebedrag kan leiden dan op grond van het in die zaak op dit moment toepasselijke beleid. Dit is inherent aan de grote verschillen in beleid, die op dit moment nog bestaan.

Afdeling¹⁶ inzake de drempel, die zij bij zowel normale als niet normale infrastructurele maatregelen redelijk acht, te weten 2% van de jaaromzet.

Met het hanteren van een vaste omzetsdrempel kan echter de bagateldrempel voor het ene bedrijf veel hoger zijn dan voor een ander bedrijf (afhankelijk van zijn kostenstructuur c.q. brutowinstmarge). Het ligt dan ook in de rede om voor de bagateldrempel niet uit te gaan van 2% van de normjaaromzet maar van 2% van het (norm)jaarinkomen, of – als dit hoger is – een schadebedrag van minimaal € 1.000.

Drempels als 'harde' grenzen

Binnen de grenzen van de jurisprudentie is door de werkgroep gezocht naar een uniforme methode voor de vaststelling van het normaal ondernemersrisico, die recht doet aan de aanwijzing van de Afdeling dat met name een ingangsdrempel gedifferentieerd behoort te worden toegepast, onder meer afhankelijk van de kostenstructuur van het betreffende bedrijf. Één van de grootste bezwaren tegen zo'n drempel is daarmee niet opgelost: het hanteren van zo'n drempel brengt onvermijdelijk een groot verschil in behandeling mee tussen een bedrijf dat de ingangsdrempel net wel haalt en een bedrijf dat deze drempel net niet haalt: dat eerste bedrijf zal zijn nadeel gecompenseerd zien (behoudens een korting/forfait wegens normaal ondernemersrisico), terwijl bij het laatste bedrijf het nadeel geheel voor zijn rekening blijft.

Marge bij algemeen forfait

Bepaald ongelukkig is het dat in de Handleiding voor de korting/het algemeen forfait niet is gekozen voor een vast percentage van de gederfde brutowinst, maar aan de overheden ruimte is gelaten om dit percentage binnen een zekere bandbreedte zelf te bepalen. Overheden zullen dus binnen de bandbreedte een keuze moeten maken, maar de Handleiding biedt daarvoor verder geen handvat: feitelijk komt het erop neer dat een overheid met behulp van de bandbreedte slechts tot uitdrukking kan brengen dat hij/zij nadeelcompensatie 'wat meer' of 'wat minder' ruimhartig wil toekennen. Bij gebreke van dragende argumenten voor deze keuze zou de praktijk ermee gediend zijn als alle overheden de 'stok' hierbij dan maar in het midden zetten, en dus uitgaan van een algemeen forfait van resp. 14,5% (bij een brutowinstmarge tussen 0-35%), 12% (bij een brutowinstmarge tussen 36-64%) en 9% (bij een brutowinstmarge tussen 65-100%).

Ingangsdrempel en bijzonder forfait bij meerjarige schades

Dezelfde kritiek geldt ook de marges die de Handleiding laat voor het vaststellen van het bijzonder forfait bij meerjarige schades. Daarbij helpt niet dat de toelichting bij dit bijzonder forfait verwarring oproept omdat daarin zowel verwezen wordt naar de ingangsdrempel als naar het bijzonder forfait. Het bijzonder forfait ziet op de jaarlijks toe te passen korting op het schadebedrag bij meerjarige schades. Toepassing van dit forfait veronderstelt dat het nadeel van het betreffende bedrijf 'de ingangsdrempel' heeft overstegen. De Handleiding laat echter in het midden of bij meerjarige schades elk jaar een ingangsdrempel geldt, en zo ja wat de hoogte daarvan na het eerste schadejaar zou moeten zijn. De Handleiding verwijst in de betreffende paragraaf (4.5.1) wel naar een uitspraak van de Afdeling hierover, maar doet dit enkel om de keuze voor een gedifferentieerd bijzonder forfait te motiveren.

De nieuwe beleidsregel van de Minister van I&W is op dit punt duidelijker, maar ook iets strenger, door (in artikel 3d) te bepalen dat in geval van langdurige schade pas met ingang van het derde schadejaar zowel een lagere ingangsdrempel als een lager kortingspercentage (= bijzonder forfait) zal worden gehanteerd dan in de eerste twee schadejaren.

Ook op dit punt zou de praktijk gediend zijn met een keuze voor een eenduidige toepassing van het bijzonder forfait, bijvoorbeeld door bij meerjarige schades voor het eerste schadejaar uit te gaan van een forfait van 100% van het algemeen forfait, voor het tweede schadejaar uit te gaan van een forfait van 50% van het algemeen forfait en vanaf het derde schadejaar geen forfait meer te hanteren.

6. Conclusie: doel bereikt?

De nieuwe Handleiding kan met recht dienen als een praktische handleiding voor hoe overheden bij de voorbereiding en uitvoering van infrastructurele maatregelen schade voor aan- en omliggende bedrijven kunnen voorkomen, hoe zij aanvragen om nadeelcompensatie kunnen/moeten behandelen en hoe zij op verantwoorde wijze al snel een schifting tussen 'kansloze' en 'kansrijke' aanvragen om nadeelcompensatie kunnen maken. Voor bedrijven en hun adviseurs biedt de nieuwe Handleiding een praktische leidraad om vast te stellen of een aanvraag om nadeelcompensatie een reële kans van slagen heeft, en zo ja welke procedure daarbij verwacht kan worden.

De doelstelling 'meer uniformiteit in de praktijk van nadeelcompensatie' zal echter pas bereikt (kunnen) worden als overheden – rijksdiensten, provincies, waterschappen en gemeenten – binnen afzienbare tijd de nieuwe methode uit de Handleiding voor het beoordelen van de schade en het normaal maatschappelijk risico in hun beleid (regel) overnemen.

¹⁶ In de toelichting bij deze nieuwe beleidsregel wordt daarbij verwezen naar r.o. 4.3. van ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336 (*Supermarkt Sneek*) en r.o. 9.2 van ABRvS van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2865 (*veehouder Maasdriel*). In eerstgenoemde uitspraak acht de Afdeling een minimum forfait van 2% van het jaarinkomen redelijk. In laatstgenoemde uitspraak acht de Afdeling in het algemeen het hanteren van een drempel van 2% van de jaaromzet 'niet onredelijk'. Deze laatste uitspraak ziet echter niet zo zeer op de redelijke hoogte van een bagateldrempel, als meer op het mogen toepassen in het algemeen van een 'vaste' omzetsdrempel (zijnde in de systematiek van de Handleiding: een algemeen forfait).