

Handleiding nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtsstaat

NTB 2018/57

Redactioneel

Deze zomer is de *Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen*² gepubliceerd en door het kabinet naar het parlement gezonden. Naar mijn overtuiging kan een handleiding als deze een essentiële bijdrage leveren aan een goede vorming en toepassing van het recht. Het instrument van de handleiding zou daarom vaker moeten worden gebruikt. Het past in de vormgeving van een meer responsieve rechtsstaat: een rechtsstaat die die de burger laat ervaren dat het uiteindelijk om hem gaat. Omdat ik de indruk heb dat ik een van de weinigen ben die deze mening huldigen, doe ik een poging dit aan de hand van dit voorbeeld te illustreren.

1. De Handleiding en haar totstandkoming

Eerst iets over de inhoud en de voorgeschiedenis. Bij de behandeling van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in de Eerste Kamer heeft minister Opstelten de toezegging gedaan om een breed gedragen handleiding te maken voor de omgang met verzoeken tot nadeelcompensatie. Nadeelcompensatie bij infrastructurele werken gaat over de schade die ontstaat wanneer straten, bruggen of kanalen worden afgesloten voor allerlei werkzaamheden. Alle gemeentes en provincies en vele rijksdiensten – met Rijkswaterstaat als meest prominente speler – hebben hiermee te maken. Sommige hebben veel ervaring en andere heel weinig. Achtergrond van de toezegging van de minister waren de klachten van het bedrijfsleven over de toekenning van nadeelcompensatie: dat werd gezien als een weinig transparant proces waarvan de uitkomsten als willekeurig werden ervaren. Bedrijven weten niet waar zij aan toe zijn, waardoor soms hoge kosten worden gemaakt om een aanvraag in te dienen die niet kansrijk blijkt te zijn. Anderzijds blijven kansrijke aanvragen achterwege omdat men geen goede inschatting van de kans op succes heeft kunnen maken.

Ook aan de kant van de overheid worden hoge kosten gemaakt. De procedure is zodanig ingericht dat de kosten van het behandelen van verzoeken tot nadeelcompensatie gemakkelijk de uitgekeerde bedragen kunnen overtreffen. Dergelijke hoge 'transactiekosten' zijn geen reclame voor een goede rechtstoepassing.

Dat een handleiding in een dergelijke situatie tot verbetering kan leiden, had ik een aantal jaren eerder ervaren als lid van de Regieraad voor de Bouw. Op initiatief van de Regieraad is toen een handleiding opgesteld die best practices bijeen bracht over aanbestedingen door de overheid, een bekend lastig deel van het recht. De totstandkoming geschiedde in een commissie, waarin mensen uit de overheid, uit het bedrijfsleven en uit de wetenschap zitting namen. Prof. Chris Jansen heeft de tekst van de handleiding voor zijn rekening genomen, ik zat de commissie voor. Hoewel door allerlei oorzaken, waaronder de steeds veranderde wetgeving op nationaal en Europees niveau, deze handleiding in de praktijk minder heeft gefunctioneerd dan de bedoeling was geweest, bleek in mijn ogen de potentie van een dergelijke werkwijze aanzienlijk. Door de perspectieven van overheid en bedrijfsleven bij de opstelling te betrekken, kunnen win-win resultaten worden geboekt. De aanwezigheid van wetenschappers bleek daarbij een katalyserende werking te hebben.

1 Michiel Scheltema is Regeringscommissaris algemene regels van bestuursrecht en voorzitter van de Regieraad Responsieve overheid.

2 Publicatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, ook te vinden op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2018/07/20/handleiding-nadeelcompensatie-bij-infrastructurele-maatregelen>.

Bij de Handleiding nadeelcompensatie is een vergelijkbare werkwijze gevolgd. Er is een vrij grote werkgroep gevormd, waarvan de leden afkomstig waren uit alle bestuurslagen van de overheid, uit het bedrijfsleven en uit de wetenschap. Zij namen op persoonlijke titel deel aan het werk. Michiel Tjepkema, lid van de werkgroep, heeft de eindtekst van de Handleiding verzorgd.³

Het bereiken van overeenstemming op alle punten heeft wel de nodige moeite – en daardoor tijd – gekost. Voor een gedeelte was dit het gevolg van het feit dat de belangen van overheid en bedrijfsleven tegengesteld zijn: het bedrijfsleven ziet uiteraard meer in hoge nadeelcompensatie dan de overheid. Aanvankelijk was dan ook de gedachte dat wel de procedure, maar niet de hoogte van de nadeelcompensatie in de Handleiding behandeld zou worden. Maar het bleek toch moeilijk om met een resultaat te komen dat transparantie en eenheid wilde bereiken, maar geen indicatie zou geven over de hoogte van de nadeelcompensatie.

Wat mij als voorzitter van de werkgroep opviel, was dat het belang van een breed gedragen handleiding door alle deelnemers werd onderschreven. Daardoor was er bereidheid om tot gezamenlijke oplossingen te komen groot. Dat bleek met name bij de vormgeving van de procedure, en was moeilijker wanneer het over de hoogte ging. Toch bleken bedrijfsleven en overheid bereid om zich in te leven in de positie van de andere kant. Daardoor leidt de Handleiding – wanneer zij in de toekomst wordt gevolgd – tot een veel meer responsief overheidsoptreden dan anders het geval zou zijn. Tegelijkertijd en juist ook door de gevolgde werkwijze biedt de Handleiding eveneens voordelen aan de overheid: door rekening te houden met de inzichten vanuit het bedrijfsleven kan de hoogte van de nadeelcompensatie lager uitvallen, en kunnen de kosten van de procedure worden beperkt. Een eenzijdig door de overheid vastgestelde (beleids)regel zou dit resultaat bijna zeker niet bereiken.

2. Enkele kenmerkende resultaten

De samenwerking zoals die in de werkgroep gestalte heeft gekregen, heeft op verschillende punten interessante resultaten opgeleverd.

Zo bleek allereerst dat van de kant van de bedrijven tijdige aankondiging van de maatregelen en goed overleg daarover vaak belangrijker wordt gevonden dan de nadeelcompensatie zelf. Veel schade valt immers te voorkomen wanneer men tijdig maatregelen neemt, en in overleg treedt om de uitvoering te optimaliseren. Dan kan schadevergoeding bijzaak worden. Daarentegen is de ergernis groot wanneer plotseling en zonder goed vooroverleg een straat wordt afgesloten. Als een winkelier of restaurant aan die straat schade lijdt die hij had kunnen voorkomen bij een tijdige waarschuwing – minder inkoop, vakantie plannen in die periode ed. – vertaalt de ergernis zich regelmatig in een volhardend en daardoor voor iedereen kostbaar claimgedrag.

Hoewel sommige overheidsdiensten zich wel bewust zijn van dit gegeven, zijn er ook vele die het belang hiervan onderschatten. Een zekere creativiteit bij het gezamenlijk vinden van voorzieningen die overlast kunnen beperken, blijkt veel voordelen te bieden. Het vroegtijdig betrekken van burgers en bedrijven bij infrastructurele werken krijgt dan ook duidelijk aandacht in de Handleiding.

Een tweede resultaat van de inbreng vanuit verschillende perspectieven betreft de methode om de procedurele kosten (transactiekosten) van nadeelcompensatie te beperken, zowel voor de overheid als voor het bedrijfsleven. Het heeft geleid tot een benadering in twee stappen. De eerste stap is bedoeld om op basis van redelijk eenvoudig te verkrijgen gegevens te bekijken of de geleden schade in de buurt komt van een schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Nadeelcompensatie

³ Het secretariaat van de werkgroep was in handen van *Passend Contact met de Overheid* van het ministerie van BZK, dat veel in de totstandkoming van de Handleiding heeft geïnvesteerd. Dat was van belang omdat verder op de departementen die verantwoordelijk zijn voor de Awb geen onderdeel zich 'eigenaar' van het opstellen van de Handleiding voelde. Wanneer het voornemen bestaat om meer innovatief te werk te gaan, en meer met de private sector te gaan samenwerken, moet de organisatie en de cultuur van de die departementen daar meer op ingesteld raken.

satie dekt immers slechts de schade die de benadeelde onevenredig treft. Alleen indien deze toets is doorstaan, is het zinvol om meer de diepte in te gaan bij het indienen van een aanvraag en het beoordelen ervan. De tweede stap vergt meer inspanning en kosten, maar is alleen nodig indien na de eerste stap is gebleken dat een aanvraag kansrijk is. Deze benadering is bedoeld om kosten te besparen, zowel voor het bedrijfsleven dat geen nodeloze claims behoeft voor te bereiden, als voor de overheid die minder ongefundeerde claims krijgt of die met minder kosten kan afdoen.

De inbreng van deskundigen is vooral bij dit onderdeel van grote betekenis geweest. De verschillende methoden die nu in zwang zijn bij toekenning van nadeelcompensatie lopen zo sterk uiteen, dat verschillende discussies, ook onder deskundigen, nodig waren om tot de nu gekozen oplossing te komen.

3. De juridische status van de Handleiding

De Handleiding heeft juridisch geen bindend karakter. De werkgroep had ook geen enkele bevoegdheid en ook niet de ambitie om een bindend instrument tot stand te brengen. Wel ziet zij haar product als een professionele standaard voor het afhandelen van nadeelcompensatie, of althans als een aanzet daartoe. Het beoogde effect wordt bereikt wanneer veel overheden gaan werken overeenkomstig de Handleiding, en die ook tot hun beleid gaan maken.

Naar ik verwacht geeft de Handleiding aan de rechter – in dit geval aan de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste rechter – een betere mogelijkheid tot goede rechtsvorming dan zij nu heeft. Op dit moment doet de Afdeling vooral uitspraken, toegespitst op het geval dat aan haar is voorgelegd. Daardoor kan het heel lang duren voordat er voldoende duidelijkheid ontstaat over de inhoud van het recht over nadeelcompensatie als geheel. De huidige meningsverschillen over wat de precieze betekenis is van Afdelingsuitspraken illustreert dit. De Handleiding geeft overheden een onderbouwde mogelijkheid van beleidsvorming, een beleidsvorming die gemakkelijker door de rechter getoetst kan worden. Kan een op de Handleiding gebaseerd beleid de toets van de rechter doorstaan, dan geeft dat meer houvast dan een uitspraak over een enkel geval nu. Veroordeelt de rechter daarentegen een beslissing die op de Handleiding is gebaseerd, dan moet dat tot aanpassing van de Handleiding leiden. Ook dat geeft meer duidelijkheid.

4. De mogelijke voordelen van het instrument van de Handleiding of van best practices

De Handleiding zal haar doelstelling alleen bereiken indien veel overheden haar gaan volgen. Het is uiteraard aan iedere gemeente, provincie of rijksdienst om te besluiten de Handleiding als grondslag te nemen voor het eigen beleid over nadeelcompensatie. De voortekenen zijn op dit moment niet ongunstig.

Indien het inderdaad zo gaat, zijn de voordelen van deze werkwijze, wanneer men die met andere instrumenten als regelgeving of door het rijk vastgestelde richtlijnen vergelijkt, aanzienlijk.

Naast de hierboven genoemde voordelen geeft een handleiding grotere mogelijkheden tot maatwerk, zoals dat in een responsieve rechtsstaat past. Regelgeving, ook in de vorm van beleidsregels of richtlijnen, heeft vaak een vrij star karakter. De Handleiding beoogt een professionele standaard te bieden, wat inhoudt dat niet het routinematig toepassen van regels, maar juist het bereiken van een goed resultaat op de voorgrond staat. Daardoor ontstaat meer flexibiliteit en een grotere mogelijkheid om maatwerk te leveren.

In welke gevallen zou een werkwijze zoals hier gevolgd, nut kunnen afwerpen? Het ligt voor de hand dan in de eerste plaats te denken aan gevallen waarin overheid en private sector op elkaar aangewezen zijn. Responsiviteit wordt in ieder geval bevorderd door het beter betrekken van het burgerperspectief bij de rechtstoepassing, maar in gevallen waarin een goede afstemming tussen overheid en

private sector synergie kan opleveren zijn de grootste voordelen te verwachten. Het sociaal domein is daar een voorbeeld van.

Het is in ieder geval van belang dat het functioneren van de Handleiding in de praktijk gevolgd en geëvalueerd wordt, ook voor het beoordelen van de bruikbaarheid ervan voor andere gevallen. Namens de Staatssecretaris van BZK is dit bij de presentatie van de Handleiding toegezegd. Ook de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, die bij de presentatie een rede heeft gehouden, heeft hierop uitdrukkelijk aangedrongen. Dit volgen van de praktijk is ook nodig om aanpassingen van de Handleiding door te voeren. Die zullen zeker nodig zijn wanneer de rechtspraak en de praktijk zich verder ontwikkelt. Het bedrijfsleven zal hier bij betrokken moeten blijven om de voordelen van de gevolgde werkwijze te bestendigen. Tegen de achtergrond van het in voetnoot 3 geconstateerde gegeven is niet zonder meer zeker dat dit alles voldoende veilig is gesteld.