

Nadeelcompensatie

Rechter en wetgever eisen meer aandacht voor individuele omstandigheden

Arjen van Rijn¹

Niet alleen wanneer de overheid onrechtmatig handelt maar ook als zij rechtmatig handelt kan er voor particulieren en bedrijven een recht op schadevergoeding vanwege dat handelen ontstaan. Het moet dan wel om zogeheten onevenredige schade gaan: aanspraak op nadeelcompensatie bestaat alleen, voor zover sprake is van schade die in het bijzonder rust op een beperkte groep in vergelijking tot anderen in eenzelfde situatie (de speciale laste) én voor zover de geleden schade het normale maatschappelijk risico te boven gaat (de abnormale last). Deze twee voorwaarden vormen de hemelpoort naar een succesvolle nadeelcompensatieclaim. Begrijpelijk dus, dat de meningen, wanneer die voorwaarden zijn vervuld, talrijk zijn en hoog kunnen oplopen. Wanneer bijvoorbeeld een onderneming schade lijdt ten gevolge van verkeersmaatregelen, met welke anderen moet haar situatie dan worden vergeleken? Bestaat de referentiegroep uit alle door de maatregel getroffen ondernemers, alleen uit alle ondernemers in dezelfde branche, of nog specifieker uit alle ondernemers in dezelfde branche met een bepaalde vorm van bedrijfsvoering?² En welk deel van de gevolgen van een maatregel behoort tot het normaal maatschappelijk risico dat voor rekening van de getroffene zelf behoort te blijven?³

Met betrekking tot de tweede vraag, wanneer nu schade die wordt geleden dat normale maatschappelijk risico te boven gaat, is sinds enige tijd sprake van beweging, althans daar lijkt het wel op. Te danken is dit aan de uitspraak van de Raad van State van 5 december 2012 inzake De Wouwse Tol⁴ en aan de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, die inmiddels de eindstreep heeft gehaald en op 1 juli 2013 ten dele in werking is getreden.⁵

Waar gaat het precies om? Het gaat om:

- de vrijheid van bestuursorganen om een eigen aanpak te kiezen bij de vaststelling van wat in termen van maatschappelijke risico's nog als normaal moet worden beschouwd;
- de vrijheid om in dat verband vaste drempels en/of kortingen te hanteren.

¹ Prof. mr. A.B. van Rijn is advocaat bij Spigt Litigators in Amsterdam en buitengewoon hoogleraar Staatsrecht en staatkundige vernieuwing aan de Universiteit van de Nederlandse Antillen op Curaçao.

² Zie over het leerstuk van de 'speciale last': M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel, Deventer: Kluwer 2010, p. 356 e.v.

³ Zie over het leerstuk van het normaal maatschappelijk risico: Tjepkema, t.a.p., p. 409 e.v.

⁴ ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, JB 2013/11 m.nt. Schlössels.

⁵ Zie voor de tekst van de wet Staatsblad 2013, 50 ; inwtr. Stb. 2013, 162.

De Wouwse-Tol-uitspraak is spraakmakend omdat zij die vrijheid in een nieuw perspectief plaatst. Schlössels merkt in zijn noot onder de uitspraak op dat deze de potentie heeft om uit te groeien tot een klassieker gelet op de leerstelling. Des te meer reden om na te gaan in hoeverre de uitspraak daadwerkelijk verandering gaat brengen in de praktijk van de nadeelcompensatie. Is de uitspraak een stap in de richting naar meer rechtvaardigheid, *whatever that may be*? Het antwoord op deze vraag hangt altijd af van het perspectief. Het gaat uiteindelijk om geld. Een belanghebbende die schade lijdt zal vooral tevreden zijn met een rechter die ruimhartigheid preekt, dus als de Wouwse-Tol-uitspraak ruimere mogelijkheden tot schadevergoeding geeft zal hij blij zijn. De overheid – en daarmee indirect wij allen in onze rol als belastingbetalers – zal dat juist eerder andersom ervaren. Die belangenparadox valt alleen te overbruggen als we ons voor ogen houden, met welk doel het instrument van de nadeelcompensatie in het leven is geroepen. Het gaat er niet om of wij aan de kant van de betaler of van de ontvanger van nadeelcompensatie staan, maar of het doel bereikt wordt, namelijk: het creëren van een bepaalde mate van materiële rechtvaardigheid in gevallen waar de gevolgen van maatregelen die in het publieke belang worden getroffen al te zeer aan een beperkte groep burgers blijven kleven. Met als oplossing dat in zulke gevallen schadecompensatie vanuit de algemene middelen plaatsvindt: we hebben met zijn allen profijt van overheidsmaatregelen, dus daar betalen we dan ook met zijn allen voor. Dit is het systeem waarvoor wij als samenleving hebben gekozen. De noodzakelijke consequentie van deze keuze is, dat maatstaven worden gehanteerd die het bereiken van die bepaalde door ons allen gezamenlijk gewenste mate van materiële rechtvaardigheid dichterbij brengen. In hoeverre draagt de Wouwse-Tol-uitspraak bij aan het bereiken van dit doel?

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State constateerde in de Wouwse-Tol-uitspraak dat de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is voorbehouden en dat daarbij aan het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid toekomt. In beginsel is het met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico werkt met een vaste drempel of korting of met een vaste drempel in combinatie met een korting bovenop het schadebedrag.⁶ Dat komt de rechtszekerheid ten goede. Tot zover bevestigt de Afdeling de vaste lijn van de jurisprudentie.⁷ Vervolgens wordt in

⁶ Zie voor een extreem voorbeeld Rechtbank Haarlem 28 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:BZ3760:een kortingspercentage van 50% wegens normaal maatschappelijk (ondernemers)risico op schade die wordt geleden door omwonenden en ondernemingen in verband met de uitbreiding van Schiphol is aanvaardbaar.

⁷ Ook in de literatuur wordt het primaat van het bestuur om percentages vast te stellen erkend, omdat de vraag welk percentage het redelijkst is geen juridische maar een politieke vraag is; zie Tjepkema, t.a.p., p. 427 en B.P.M. van Ravels, Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg.

de Wouwse-Tol-uitspraak de vrijheid van het bestuur echter weer terdege ingeperkt, en de mate waarin dat gebeurt is nieuw. In de woorden van de Afdeling (in rov. 7.2): "Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*beginsel". Vanuit deze optiek is de Afdeling ook bereid om door bestuursorganen gehanteerde drempelpercentages in elk individueel geval kritisch tegen het licht te houden: "Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als ondergrens hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld." Het bestuursorgaan mag de standaardkorting dus niet meer klakkeloos en al te grofmazig toepassen, maar moet altijd ook acht slaan op de individuele situatie. De Afdeling trekt hiermee een lijn door die zij een half jaar eerder had ingezet⁸ en waaraan zij blijkens aan aantal meer recente uitspraken⁹ vasthoudt. Het komt er in feite op neer dat de rechter via de toetsing van de validiteit van de motivering zelf nagaat of de belanghebbende door de schadeveroorzakende maatregel in vergelijking tot anderen onaanvaardbaar zwaar wordt geraakt. Als marginale toetsing valt een dergelijke genuanceerde rechterlijke beoordeling nauwelijks meer te karakteriseren.¹⁰

Bij verkeersmaatregelen blijft uitgangspunt dat weggebonden ondernemingen nu eenmaal weten dat ze altijd met verkeersmaatregelen en wegwerkzaamheden te maken kunnen krijgen, met alle gevolgen van dien. Dat vormt deel van het normaal maatschappelijk risico. De ondernemingen profiteren tenslotte ook van een goed onderhouden wegennet. Tot dusver werd door de rechter in dit verband in het kader van verkeersmaatregelen een drempel van 15% van de gemiddelde jaaromzet standaard aanvaardbaar geacht.¹¹ In de zaak van de Wouwse Tol is de Afdeling bestuursrechtspraak echter van oordeel "dat niet zonder meer, dat wil zeggen niet zonder nadere motivering, valt in te zien dat het hanteren van een

Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: BJu 2002, p. 261-423, p. 283

⁸ ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926.

⁹ ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2051 en ECLI:NL:RVS:2013:CA2052; ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:192; ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2310; ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2317, in BR 2014/33 m.nt.D.R. Boer; ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:226.

¹⁰ Ook Tjepkema, t.a.p., p. 428, wees er al op dat beslissingen over de toekenning van nadeelcompensatie zich op dat punt niet van andere besluiten onderscheiden waar de marginale toets van de rechter niet wegneemt dat deze (vol toetsend) nagaat of deze beslissing voldoet aan de eisen van zorgvuldigheid, motivering en gelijke behandeling.

¹¹ ABRvS 5 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD3527; ABRvS 23 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:Alo251; ABRvS 14 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO7483. Zie voor een uitvoerige verhandeling over het fenomeen drempelpercentages: Tjepkema, t.a.p., p. 446 e.v.

vaste ondergrens van 15% van de omzet redelijk is in een geval zoals hier, waarin de weggebonden onderneming een horecabedrijf is. De Wouwse Tol heeft terecht betoogd dat het hanteren van een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis tot onvoldoende differentiatie tussen verschillende branches leidt en daarmee tot uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen. Op dit punt zou een differentiatie op zijn plaats kunnen zijn, waarbij onder meer de kostenstructuur en de verhouding tussen kosten en omzet aan de orde komt. Het is aan het bestuursorgaan om een gemotiveerd oordeel te geven over de vraag of differentiatie in een geval als dit gerechtvaardigd is en zo ja, wat deze differentiatie betekent voor de invulling van het normale ondernemersrisico." Er moet dus rekening worden gehouden met de kostenstructuur en de verhouding tussen kosten en omzet in een bepaalde branche ten opzichte van andere branches.

Deze nuancering vormt inderdaad een doorbraak. Zij komt tegemoet aan kritiek, die Horlings al in 2007 heeft geuit op het hanteren van omzetrempels, die bovendien niet differentiëren naar de aard van het bedrijf.¹² In de rechtspraak bestond tot dusver de tendens om zulke door het bestuur gehanteerde algemene omzetrempels standaard aanvaardbaar te achten, vanwege de doelmatigheid. De rechter leek zich niet al te veel te willen verdiepen in de omstandigheid, dat zulke algemene drempels in afzonderlijke branches en situaties tot volstrekt uiteenlopende resultaten en daarom ook tot onrechtvaardigheden leidde, bijvoorbeeld omdat verschillende branches te maken hebben met totaal verschillende vaste en variabele kosten. Daardoor kan het gebeuren dat bij een omzetsdaling van 15% een café nog een behoorlijke winst blijft maken, een kapper het nog net overleeft, maar een woninginrichter een substantieel en een supermarkt zelfs een groot verlies lijdt. In deze gevallen heeft een verondersteld 'gelijk' normaal maatschappelijk risico van 15% uiteenlopende consequenties voor de exploitatie.¹³ Er zijn bedrijven, die door hoge inkoopkosten en een lage door eigen arbeid toegevoegde waarde kwetsbaarder zijn dan andere. Een getroffen groep die niet homogeen is, kan ook niet door middel van een drempelmethode homogeen behandeld worden. De Wouwse-Tol-uitspraak heeft aan deze al te gemakkelijke bestuurlijke en rechterlijke houding nu een einde gemaakt: er moet niet alleen naar omzet maar ook naar kosten en kostenverschillen tussen verschillende branches en typen ondernemingen worden gekeken. De Afdeling heeft het vermeden een rechtstreekse relatie te leggen met de factor winst. Dat zal niet per ongeluk zijn gebeurd. Het gebruik van de winst als graadmeter is in rechtspraak en literatuur steeds op reserves gestuit vanwege het gevaar van manipuleerbaarheid.¹⁴

¹² E.H. Horlings, Een (on)billijke drempel bij het toekennen van nadeelcompensatie, O&A 2007, p. 209-217. B.J. van Ettekoven, Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie (oratie), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, p. 8, en Tjepkema, t.a.p., p. 459/450 sluiten zich hierbij aan.

¹³ Horlings, p. 212/213.

¹⁴ Tjepkema, t.a.p., p. 447 e.v.

De Afdeling heeft haar nieuwe lijn voor het eerst toegepast in een reeks uitspraken naar aanleiding van beroepen tegen nadeelcompensatiebesluiten, die door Rijkswaterstaat waren genomen vanwege de afsluiting voor vrachtverkeer van de Hollandse Brug tussen Almere en Muiderberg. De minister had in dit geval zelf al aangegeven dat de plotselinge afsluiting voor een aaneengesloten periode van 14 maanden niet als normale maatschappelijke ontwikkeling kon worden beschouwd. De Afdeling oordeelde dat het hanteren van de gebruikelijke drempel van 15% dan ook niet aan de orde kon zijn, omdat zo'n drempel nu eenmaal uitging van het bestaan van een normaal maatschappelijk risico en diende als instrument om te bepalen of de omvang van de schade veroorzaakt door reguliere werkzaamheden buiten het normaal ondernemersrisico viel. Wel achtte de Afdeling een andere wijze van korting aanvaardbaar, namelijk een korting die in verhouding stond tot een periode van afsluiting wegens regulier onderhoud aan de brug waarmee transportondernemers van tijd tot tijd rekening moesten houden. Van de schade moest dus de gebruikelijke potentiële periodieke overlast worden afgetrokken. Dat was de correctie manier om het normale ondernemersrisico te verdisconteren. De Afdeling droeg de minister op de schadeclaims op die wijze af te handelen.¹⁵

Intussen vond op 29 januari 2013, kort na de Wouwse-Tol-uitspraak, in de Eerste Kamer de behandeling plaats van het wetsontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.¹⁶ In de aanloop naar deze behandeling hadden VNO-NCW en MKB-Nederland al een brief gestuurd aan de minister van Veiligheid en Justitie, waarin ze hem verzochten deskundigen aan te wijzen "die een systeem kunnen uitwerken, dat tot redelijke en voorspelbare uitkomsten leidt tegen acceptabele kosten", zodat sprake zou zijn van een realistisch en aanvaardbaar ondernemersrisico. De ondernemersorganisaties wezen er met name op dat de ondernemer niet alleen moet aantonen dat hij onevenredig getroffen is door bepaald overheidshandelen zoals een wegafsluiting of -opbreking, maar ook de exacte hoogte van de schade moet aangeven en het causaal verband tussen de geleden schade en het overheidshandelen, hetgeen in de praktijk problematisch blijkt. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer werd hieraan en aan het fenomeen van de omzetsdrempels uitvoerig aandacht besteed. Het grootste deel van het debat ging er over. Dit leidde tot de belofte van de minister om een commissie te benoemen die nog in 2013 een "breed gedragen handleiding" moest maken voor een betere omgang met schadeclaims, met als doel: "redelijke en voorspelbare resultaten tegen lage transactiekosten". Een rechtstreekse toezegging om de veel bekritiseerde 15%-drempel af te schaffen deed minister Opstelten niet, maar een rechtvaardige regeling is niet goed mogelijk zonder aan die drempel te sleutelen. De handleiding moet ook gaan gelden voor kabels en leidingen die door de grond van particuliere grondeigenaars lopen, aldus Opstelten. De

¹⁵ ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2051 en ECLI:NL:RVS:2013:CA2052; ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:192. Zie voor de einduitspraken: ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2310; ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2317, in BR 2014/33 m.nt.D.R. Boer.

¹⁶ Kamerstukken I, 2011-2012, nr. 32621, A.

werkgeversorganisaties en de VNG worden bij het opstellen van de nieuwe handleiding betrokken.

Direct na het debat werd het wetsvoorstel door de Eerste Kamer met algemene stemmen aangenomen. De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten is met ingang van 1 juli 2013 ten dele in werking getreden, maar de nadeelcompensatieregeling zelf nog niet.¹⁷ Het is niet te verwachten dat dit vóór 2016 zal gebeuren, aangezien inmiddels een koppeling met een nog op te stellen Aanpassingswet nadeelcompensatie beoogd wordt. Overheidsinstanties en andere bestuursorganen krijgen dus nog ruimschoots de gelegenheid om zich in te stellen op de invoering, wat in de praktijk betekent dat de afschaffing c.q. stroomlijning van de talloze afzonderlijke nadeelcompensatieregelingen moet worden voorbereid. Dat geeft Opstellen meer dan ruimschoots de gelegenheid om in de tussentijd aan de opdracht van de Eerste Kamer te voldoen. De vaart zit er dan ook niet echt in. Medio juli 2013 hebben naar aanleiding van zijn toezegging tot het instellen van een commissie, onder leiding van de regeringscommissaris voor het algemene bestuursrecht Scheltema, twee expert meetings plaatsgevonden over wegafsluitingen en het verleggen van kabels en leidingen, zulks met het oog op de totstandkoming van een handleiding.¹⁸ Die handleiding voor kabels en leidingen is bijna een jaar later echter nog altijd niet in zicht. Inmiddels is er wel tevens een werkgroep van bedrijfsleven, accountants, wetenschap en overheden ingesteld, die werkt aan een handleiding voor wegafsluitingen. Die werkgroep streeft naar afronding ergens in 2014.¹⁹

Er wordt dus zowel door de rechter als - onder druk van de wetgever - op beleidsniveau gewerkt aan het indammen van de negatieve effecten van de drempelbenadering in de nadeelcompensatie. Gezien deze signalen kan het niet anders dan dat bedrijven, winkels en dienstverleners, die bijvoorbeeld door de aanleg en het onderhoud van infrastructurele werken gedurende lange periodes worden belemmerd in hun normale bedrijfsvoering, mogen gaan rekenen op meer begrip voor hun individuele situatie. Duidelijk is echter ook, dat de sluitingen van de schadevergoeding niet onbeperkt zullen opengaan. Drempels mogen blijven bestaan, al zijn ze niet meer van beton. Als er reden is om ervan af te wijken, moet dat gebeuren. Vanwege mogelijke precedentwerking en kosten, en ook omdat maatwerk meer tijd en energie kost, valt te verwachten dat overheidsinstanties niet zullen staan te trappelen en zich eerder terughoudend zullen opstellen. Een voorschot hierop lijken de bij het kantoor van de landsadvocaat werkzame advocaten Procee en Spee in hun artikel *Vergoeding van schade bij rechtmatig overheidshandelen* te hebben gegeven. Daar stellen zij dat er op zichzelf wat voor valt te zeggen dat het bestuur een verzwaarde motiveringsplicht krijgt als het gaat om de toepassing van drempels in individuele gevallen, maar: "Wel geldt daarbij wat ons betreft dat een dergelijke verzwaarde motiveringsplicht alleen van toepassing is als de omzetsdaling de drempel benadert. Als de daling immers ver onder de drempel blijft, dan is alleszins aannemelijk dat geen sprake is van

¹⁷ Zie voor de tekst van de wet Staatsblad 2013, 50 ; inwtr. Stb. 2013, 162.

¹⁸ <http://www.gpkl.nl/action/newsitemhomepage/2079/workgroup/o>.

¹⁹ Kamerstukken I, 2013-2014, nr. 33750 VI, Q, p. 12.

onevenredige schade ook zonder te differentiëren naar de aard van het bedrijf of de branche".²⁰ Deze redenering is voor discussie vatbaar. De mate van omzetsdaling is namelijk geen betrouwbare indicator. Uit de analyse van Horlings blijkt nu juist dat het omzetcriterium als zodanig niet deugdelijk is, omdat omzetten en omzetsdalingen altijd in relatie tot de bedrijfskosten moeten worden gezien om te kunnen beoordelen of als gevolg van een overheidsmaatregel in een individueel geval sprake is van een onevenredig nadeel. Het gaat er om wat de gevolgen van de omzetsdaling voor de winstgevendheid zijn. Daarbij maakt het in principe geen verschil of de omzetsdaling al dan niet de drempel benadert. Ten aanzien van iedere schadeclaim moet ruimte zijn voor een individuele beoordeling, al zal bij een lagere drempel die beoordeling hoogstens iets oppervlakkiger mogen zijn dan bij een drempel die een hoger percentage aan omzetsderving als normaal ondernemersrisico hanteert. Maar bestuursorganen moeten er in alle gevallen serieus naar kijken.

Door deze verplichting tot serieus kijken op te leggen heeft de Wouwse-Tol-uitspraak de materiële rechtvaardigheid in individuele gevallen ongetwijfeld dichterbij gebracht. Maar de balans met de voorspelbaarheid van aanpak in gelijke gevallen blijft belangrijk. Ook dit maakt deel uit van de *égalité*. Daarom zou het helpen wanneer de aangekondigde 'breed gedragen handleiding' mede een duidelijke methode bevat voor de manier waarop individuele gevallen moeten worden beoordeeld. Want efficiency en uniformiteit in de aanpak blijven juist ook bij een rechterlijke opdracht tot meer individualisering van groot belang.

²⁰ J.S. Procee en J.A. Spee, Vergoeding van schade bij rechtmatig overheidshandelen in 2012, in: Jbplus 2013, p. 34-47, p. 39.