

Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen – een goed begin maar het halve werk

O&A 2019/6

In deze bijdrage wordt ingegaan op een onderwerpen dat in de Handleiding nadeelcompensatie niet is geregeld: hoe moet het normaal maatschappelijk risico worden toegepast bij meerjarige en permanente schade? Auteurs doen een voorstel. Ook gaan zij in op de naar hun idee gewenste taakverdeling tussen deskundigen en bestuursorganen en bepleiten zij de mogelijkheid dat beleidsregels en verordeningen de ruimte laten dat een deskundige slechts op een beperkt onderdeel advies uitbrengt.

1. Inleiding

Met veel belangstelling hebben wij kennisgenomen van de Handleiding nadeelcompensatie bij *infrastructurele maatregelen* (hierna: de handleiding).² De handleiding beoogt een eind te maken aan de willekeur in de normering bij de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie. Met de toepassing van de handleiding kunnen bestuursorganen normen stellen. Ons is gevraagd te schrijven over de *reikwijdte* van de handleiding, die is beperkt tot de normering van het normaal maatschappelijk risico bij tijdelijke schade over een periode van maximaal een jaar. Wij zullen betogen dat aanvullend onderzoek naar de normering bij meerjarige tijdelijke schade en bij permanente schade gewenst is omdat de systemen op elkaar aan moeten sluiten. Naar ons idee is het wenselijk en noodzakelijk om verbinding te brengen in het geheel van de nadeelcompensatiepraktijk om deze praktijk te brengen tot een samenhangend geheel. Daartoe dient de handleiding, om haar naam eer aan te doen, verder in te gaan op de beoordeling van langdurige tijdelijke schade en permanente schade (paragraaf 3 en 4). Daarnaast roept de in de handleiding zorgvuldig uitgewerkte methode bij kostenstijging de vraag op of deze methode eveneens van toepassing zou kunnen zijn in het geval van schadebeperkend handelen (paragraaf 5). Eerst wordt in paragraaf 2 echter ingegaan op de naar onze mening wenselijke verhouding tussen deskundige en bestuursorgaan inzake de behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie.

2. Deskundigen vrijwaren van politieke keuzes

Bij de beantwoording van de vraag of de schade al dan niet behoort tot het normaal maatschappelijk risico worden door bestuursorganen meerdere begrippen beoordeeld. Zo-

wel de omzet, de brutowinstmarge en de netto winst worden in de toets betrokken. Dat maakt het huidige nadeelcompensatierecht buitengewoon divers en rechtsongelijk. In de handleiding worden heldere keuzes gemaakt zoals de brutowinstmarge als uitgangspunt, een relationele verhouding tussen de brutowinstmarge en de omzetsderving met afgebakende percentages. Ook worden kaders gesteld voor de vaststelling van een minimaal schadebedrag. De werkgroep is erin geslaagd binnen de kaders van de rechtspraak beleidskaders te ontwikkelen. De omstandigheid dat de werkgroep is samengesteld uit wetenschappers en het bedrijfsleven verhoogt het draagvlak en de bruikbaarheid van de handleiding.

De handleiding zal de besluitvorming transparanter en meer voorspelbaar kunnen maken. De handleiding is in dit opzicht welkom, omdat de behoefte onder deskundigen aan een nadere inkadering van het normaal maatschappelijk risico groot is. Advisering zonder een gestandaardiseerde methode is een worsteling voor deskundigen. Drempels en kortingen zijn allesbepalend voor de uitkomst van het schadeonderzoek. Bestuursorganen zijn er tot op heden niet of beperkt in geslaagd eenduidige beleidskaders te stellen voor drempels en kortingen. Bestuursorganen pleegden hooguit repressief gedrag te tonen na kennisname van een door deskundigen geadviseerde drempel of korting. Meermaals 'voelde' een toegepaste drempel bij bestuursorganen niet goed omdat deze drempel bij toepassing in bepaalde sectoren ertoe leidde dat de schade steeds binnen het normaal maatschappelijk risico bleef, ongeacht hoe ingrijpend de schade was voor de continuïteit van een onderneming.

Ter rechtvaardiging van de soms onbillijke uitkomsten van besluiten over nadeelcompensatie doen bestuursorganen vaak een appèl op deskundigen in bezwaar en/of beroep. Dat is echter niet hoe het zou moeten gaan. Adviescolleges van deskundigen bij nadeelcompensatie dienen, even als fiscalisten bij belastingzaken, niet de hoogtes van drempelwaarden en kortingen vast te stellen. Het bestuursorgaan dient normstellend te zijn. Daarom juichen wij het toe dat de handleiding mede is vormgegeven door bestuursorganen (vertegenwoordigers van het rijk, gemeenten en provincies). Het is te hopen dat overheden overeenkomstig de handleiding eenduidig beleid gaan maken. Het is aannemelijk dat ook de bestuursrechter betere mogelijkheden krijgt voor toetsing als de besluitvorming op een samenhangend beleid is gebaseerd. Ook dat zal de rechtsgelijkheid kunnen bevorderen, want naar huidig recht is een veelheid aan methodes om de hoogte van het normaal maatschappelijk risico te berekenen aanvaardbaar geoordeeld. Overigens slaat de bestuursrechter in dit verband soms wel degelijk 'piketpaaltjes', bijvoorbeeld door een onderscheid te maken tussen normale en niet normale maatregelen en – in het plan-

¹ Mr. ing. A.C.M.M. (Ad) van Heesbeen en mr. ing. P.W.H. (Paul) Herder zijn rentmeester bij Gloudemans en adviseur in nadeelcompensaties.

² *Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen*. Publicatie van het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties.

schaderecht – ‘categorieën van gevallen’ te identificeren waarin een 5%-waardedrempel kan worden gehanteerd.³ Dat kan onze indruk echter niet wegnemen dat het raadplegen van uitsluitend de bestuursrechtspraak de benodigde rechtszekerheid en -gelijkheid niet zal bewerkstelligen.

Alvorens in te gaan op de mogelijke rol van bestuursorganen bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico willen wij een praktisch punt bespreken. Dat betreft de mate waarin de deskundige alle benodigde informatie aangeleverd krijgt. In de praktijk verschilt de houding van het bestuursorgaan bij (de aanvang van) het onderzoek door deskundigen. Bestuursorganen zijn in sommige gevallen pro-actief en leveren bij aanvang een volledig dossier aan. Er zijn echter ook afwachtende bestuursorganen, die zich primair laten leiden door de vragen van de ingeschakelde deskundigen. Ervaring leert dat in het laatste geval het voor de deskundigen lastiger is om alle gewenste informatie boven water te krijgen. Bij het bestuursorgaan zijn veelal verschillende gegevens en/of beleidsstukken aanwezig die van belang kunnen zijn voor het onderzoek. Het opvragen van onbekende stukken vindt niet in alle gevallen plaats. Indien gedurende het onderzoek een belangrijk stuk alsnog opduikt, heeft dit veelal een vertraging tot gevolg. Met name de huidige jurisprudentie met betrekking tot de vraag of de schade voorzienbaar is, vergt diepgaand onderzoek naar hetgeen bekend kon zijn op het moment dat de ondernemer tot aankoop of investering is overgegaan. Die informatie moet in een vroegtijdig stadium bekend zijn bij de deskundige. Deze dient daartoe de goede vragen te stellen (welke stukken heb ik nodig?) maar het bestuursorgaan dient ook alert te zijn op de vraag welke stukken voor de deskundige van belang kunnen zijn. Willen we kosten besparen in het onderzoek dan is het aan het bestuursorgaan om proactief te handelen en dus ook de relevante beleidsdocumenten aan de deskundige ter beschikking te stellen.

Ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico is het formele uitgangspunt dat het bestuursorgaan de voorzet doet in zijn besluit, welk besluit vervolgens door de bestuursrechter op rechtmatigheid kan worden getoetst. Het bestuursorgaan heeft in dit verband ‘beoordelingsruimte’.⁴ *Materieel* is het echter vaak de deskundige die bij de beoordeling van de hoogte van het normaal maatschappelijk risico de voorzet doet, welke door het bestuursorgaan veelal wordt overgenomen. Wanneer de handleiding in beleidsregels en verordeningen wordt gevolgd, wordt wat ons betreft recht gedaan aan het uitgangspunt dat het bestuursorgaan normstellend dient te zijn. Voor een voortrekkersrol van het bestuursorgaan valt te meer veel te zeggen nu de handleiding de factor ‘draagkracht’ mede bepalend laat zijn voor de omvang van het normaal maatschappelijk risico; dit is immers een sterk politiek geladen begrip. Voor tijdelijke scha-

des, door maatregelen die niet langer dan een jaar duren, ligt het voor de hand dat de handleiding zal worden gevolgd. Ten aanzien van meerjarige schades ligt er echter nog wel een mooie taak voor bestuursorganen. Immers, de vraag of een ondernemer aan het eind van een tweede schadejaar nog een modaal inkomen moet hebben of twee of drie keer modaal moet kunnen verdienen, is er niet een ten aanzien waarvan een deskundige bijzondere expertise heeft. Toch zien we dat deskundigen ook op dit punt vaak nog adviseren. Dat is niet alleen gelet op de positie van de (niet democratisch gelegitimeerde) deskundige ten opzichte van het (wel democratisch gelegitimeerde) bestuur ongewenst, maar ook gelet op de kosten van de advisering, op welk punt de handleiding een besparing beoogt te bewerkstelligen.

Wij kunnen die wens om meer bestuurlijke normstelling illustreren aan de hand van onze ervaring bij het adviseren rond enkele grote projecten. De meeste beleidsregels zijn zo geformuleerd dat er een volledig zelfstandig onafhankelijk deskundigenonderzoek moet worden uitgebracht, op alle mogelijke aspecten van het verzoek: schadeberekening, voorzienbaarheid, normaal maatschappelijk risico et cetera. De situatie doet zich regelmatig voor dat een bestuursorgaan op basis van eigen onderzoek of kennis in een voorafgaande beslissing een standpunt heeft over bepaalde uitgangspunten. Met name bij grootschalige projecten zijn deskundigenadviezen voor een belangrijk deel een reproductie van een voorafgaand advies op basis waarvan het bestuursorgaan een besluit heeft genomen. Het is niet doelmatig een onafhankelijke adviescommissie bij een vergelijkbare casus opdracht te verstrekken het verzoek om na-deelcompensatie volledig te laten onderzoeken indien reeds op voorhand vaststaat op basis van welke uitgangspunten het bestuursorgaan zal besluiten. Wij noemen als voorbeeld de advisering bij het Schadeschap Schiphol waar het Schadeschap een duidelijk standpunt had over bijvoorbeeld de causaliteit, de datum van voorzienbaarheid bij aankoop van de woning, de omvang van het normaal maatschappelijk risico, de wijze waarop wettelijke rente wordt vergoed en de systematiek voor de berekening van de waardevermindering. Voor de waardevermindering van een woning was een formule vastgesteld met twee variabelen, de toename van de geluidsbelasting en de waarde van de woning voorafgaand aan de maatregel. De norm was dat bij een toename van de geluidsbelasting dat er een waardevermindering werd aangenomen van 1% per geluidseenheid.

Gelet op de duidelijke opvattingen van de besliscommissie (het bestuursorgaan van het Schadeschap) over de genoemde punten had naar ons idee in elk geval in standaardgevallen de inzet van deskundigen beperkt kunnen blijven tot de vaststelling van de waarde van de woning, en had het Schadeschap zelf een beslissing kunnen nemen op het schadeverzoek (uitgaande van haar opvattingen over causaliteit, voorzienbaarheid en normaal maatschappelijk risico). Dit had niet alleen een aanzienlijke hoeveelheid papier maar ook aanzienlijke kosten geschied. Het heeft simpelweg

3 ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:530, AB 2016/215, m.nt. Van den Broek en Tjepkema.

4 ABRvS 24 december 2014, AB 2015/117, m.nt. Lam. Zie ook ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105; ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572; ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198.

geen zin om duizenden adviezen te verstrekken die voor grote delen uit dezelfde bouwstenen bestaan.

Het is, kortom, doelmatig en efficiënt dat het bestuursorgaan zelf kaders stelt over schadebeoordeling. Zodra dit bij nadeelcompensatie niet louter rekenwerk maar ook interpretaties en schattingen vergt komt de onafhankelijkheid en specialistische kennis van de deskundige in beeld. Onafhankelijkheid is onder die omstandigheden een vereiste. Indien echter op bepaalde uitgangspunten voor de beoordeling van de schade het bestuursorgaan een eigen standpunt heeft en op dat onderdeel het deskundigenoordeel niet relevant is voor de besluitvorming, zou het gewenst zijn dat de beleidsregels ruimte laten voor een beperkt onafhankelijk deskundigenonderzoek. Zo zou het goed zijn als de deskundige wordt gevraagd alleen op de punten x, y en z te adviseren. Daartoe is het gewenst dat de beleidsregels de mogelijkheid voor zo'n beperkt advies uitdrukkelijk openlaten. De algemene uitgangspunten waarop het bestuursorgaan beleid kan formuleren kunnen betrekking hebben op de omvang van het normaal maatschappelijk risico maar ook op rekenmethodieken die worden toegepast, zoals de wijze waarop de contante waarde wordt berekend, rentepercentages worden aangehouden et cetera. Tijdens het onderzoek kan het bestuursorgaan die uitgangspunten kenbaar maken. Dat is veel efficiënter en dus goedkoper dan om de deskundige talloze keren te vragen om een volledig advies uit te brengen en daarvan vervolgens even zovele keren gemotiveerd af te wijken. Inzake de verzoeken om schade als gevolg van de HSL/A16 nam het Schadeschap HSL/A16 steeds besluiten in afwijking van de door haar ingestelde adviescommissie indien het ging om verminderd woongenot als gevolg van tijdelijke hinder. De hinderperiode was geraamd op 5 jaar. Dit betekende naar het oordeel van het Schadeschap dat de schade op basis van een contante waarde over 5 jaar gerekend met een rente van 4% voor vergoeding in aanmerking kwam. Het zou meer doelmatig zijn geweest indien het Schadeschap HSL/A16 de onderzoeksvraag had kunnen beperken tot de vaststelling van het jaarlijks verminderd woongenot om vervolgens met haar rekenformule de schade te berekenen. De toepasselijke beleidsregel voorzorg niet in de mogelijkheid dat het bestuursorgaan kaders stelt voor onderdelen van de schadebeoordeling.

Wat betekent dit voor de handleiding? In paragraaf 7.4.5 van de handleiding wordt besproken op welke uitgangspunten het bestuursorgaan kan besluiten zonder het instellen van een deskundigenonderzoek. Wij hopen met het voorgaande duidelijk te hebben gemaakt dat er naar ons idee meer mogelijkheden zijn om zonder inschakeling van een deskundige te beslissen dan in de daar genoemde gevallen.⁵ Dit is ook van belang voor de inrichting van toekomstige beleidsregels en verordeningen over nadeelcompensatie, die ook in de mogelijkheid zouden moeten voorzien om een advies-

commissie slechts op een beperkt aantal onderdelen te laten adviseren.

3. Wat te doen met meerjarige schade?

Artikel 1.2 opent met de zin "Deze handleiding beoogt het aanvragen van nadeelcompensatie eenvoudiger, eenduidiger en toegankelijker te maken". De handleiding bestrijkt echter maar een beperkt deel van de verzoeken tot toekenning van nadeelcompensatie en dan nog alleen beperkt tot de infrastructurele maatregelen. Deze beperking rechtvaardigt de werkgroep met de stelling dat "het verzoek van de Kamer tot nadere inkadering van het recht op nadeelcompensatie vanuit het bedrijfsleven en de transportsector is gekomen". Daarom is het toepassingsbereik van haar onderzoek beperkt tot tijdelijke schade ten gevolge van infrastructurele maatregelen. Hoewel nu voor tijdelijke schade een eenduidig kader is geschept zou het, teneinde meer verzoeken om nadeelcompensatie eenvoudiger, eenduidiger en toegankelijker te maken, van toegevoegde zijn geweest als de handleiding ook aanknopingspunten gaf voor het normaal maatschappelijk risico bij meerjarige en permanente schade. De handleiding zou dan ook toepasbaar zijn voor meer dan alleen infrastructurele maatregelen.

De uitvoeringstermijnen van infrastructurele werken belopen in de meeste gevallen een tijdsduur die langer is dan een jaar.⁶ Naar onze mening heeft de werkgroep een kans laten liggen door haar opdracht niet in een breder kader te plaatsen. Een belangrijk deel van de verzoeken gebaseerd op tijdelijke schade in de infrastructuur vindt zijn oorzaak in maatregelen en besluiten die over een langere periode dan een jaar hinder veroorzaken. Deze stelling kunnen wij niet onderbouwen met onderzoekscijfers, maar als wij de door de werkgroep beschreven casuïstiek en besproken uitspraken beschouwen waarbij nadeelcompensatie in geld is uitgekeerd, wordt bevestigd dat veel schadeveroorzakende infrastructurele werkzaamheden meer dan een jaar duren. Het is daarom jammer dat langdurige schade ten gevolge van infrastructurele werken niet is meegenomen, en dat ook de problematiek van de permanente schade niet wordt besproken. In paragraaf 3.5.4 wordt de rechtspraak over meerjarige schades besproken en wordt slechts geconcludeerd dat bij toepassing van een vaste drempel in het eerste jaar gedurende een beperkt aantal opvolgende jaren een steeds lagere omzetsdrempel door een aantal bestuursorganen wordt toegepast. De werkgroep stelt vast dat een differentiatie van de omzetsdrempel in de rechtspraak aanvaardbaar wordt genoemd.⁷

Een van de uitspraken waarop dit voorstel wordt gebaseerd betreft de kwestie van een aan de Overtoom geves-

5 Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het verzoek buiten de termijn is ingediend, wanneer sprake is van risicoaanvaarding of wanneer de schade kennelijk het normale maatschappelijk risico niet overstijgt.

6 Tijdelijk is een rekbaar begrip. Artikel 2.12, lid 1, Wabo op grond waarvan via een omgevingsvergunning tijdelijk voor een periode van 10 jaar kan worden afgeweken van een bestemmingsplan. De realisatie van de Noord/Zuidlijn heeft tijdelijk 15 jaar veroorzaakt voor ondernemers.

7 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2865, AB 2014/362, m.nt. Tjepkema (HOV-lijn Utrecht).

tigde winkel in body fashion die 31 maanden minder omzet behaald omdat de A10 in die periode was gereconstrueerd en een nieuw gebouw werd opgericht in de directe nabijheid. Deze werkzaamheden volgden na een ingreep aan de weg voor de winkel deur waarvan de schade voor rekening van de ondernemer was gebleven. De winkel was steeds bereikbaar geweest. De Afdeling achtte het niet redelijk op de schade als gevolg van het omzetverlies van de werken aan de A10 (met een omzetverlies over een periode van 31 maanden) nogmaals een korting toe te passen.

Indien in deze uitspraak de schade als gevolg van de A10 permanent zou zijn geweest, zou dan eveneens geen drempel of korting worden toegepast? Juist op dit onderdeel bestaat behoefte aan eenduidige kaders ten behoeve van de eenheid en toegankelijkheid. De aanbeveling; “De werkgroep acht het gewenst” (paragraaf 4.5.1 en 4.5.2) uit te gaan van een forfaitstafel vinden wij erg mager en vaag afstekend tot de concrete en heldere uitwerking van de ingangsdrempel en het forfait in paragraaf 4.4.3. Met de door werkgroep voorgestelde methode wordt transparantie bereikt en eenheid in behandeling geboden voor een periode van een jaar. Het blijft echter van belang dat bestuursorganen zich ook beraden over de invulling van het normaal maatschappelijk risico bij meerjarige schades.

4. Permanente schade

Hiervoor spraken wij over de wens om de nadeelcompensatieproblematiek vanuit een ‘samenhangend geheel’ te benaderen. Die wens kunnen wij aan de hand van het voorgaande illustreren. Naar onze mening dient de methodiek die wordt toegepast bij (meerjarige) tijdelijke schade veroorzaakt door infrastructurele werken vloeiend over te lopen in de systematiek voor de nadeelcompensatie bij *permanente* schade. In Zeeland werd door een transportondernemer verzocht om vergoeding van schade ten gevolge van omrijden, geleden door de opheffing van de openbare autoveerdienst Kruiningen-Perkpolder als gevolg van het openstellen van de Westerscheldetunnel.⁸ De schade voor de transportondernemer bestond uit een jaarlijks terugkeerde schadepost omrijdschade die voor vergoeding in aanmerking kwam met toepassing van een kapitalisatiefactor 10.⁹ Dus tien keer de jaarlijkse schade zonder korting.¹⁰ Deze kapitalisatiefactor is in de onteigeningsjurisprudentie ontwikkeld. Kapitalisatiefactor 10 biedt voor een jaarlijks terugkerend inkomensnadeel of financieringsnadeel een volledige

vergoeding. De kapitalisatiefactor 10 is gekoppeld aan het verlies van het eigendomsrecht. De factor is lager dan 10 in het geval de gebruikstitel minder rechten geeft. Voor huurders wordt gerekend met kapitalisatiefactor 7. In het onteigeningsrecht wordt het aannemelijk geacht dat de rechtsverhouding van een huurder ten opzichte van vastgoed dat onteigend wordt – de onteigening weggedacht – minder sterk is dan het eigendomsrecht van het vastgoed. Ondanks dat de Afdeling niet in alle gevallen eenzelfde kapitalisatiefactor als in het onteigeningsrecht acceptabel acht, is in de literatuur al eerder betoogd dat de methodiek van schadebegroting (en derhalve ook de kapitalisatiefactor) gelijk dient te zijn.¹¹

De kapitalisatiefactor 10 vindt zijn grondslag in de gedachte dat gemiddeld gedurende dertien jaar eenzelfde inkomen wordt genoten, bij een gemiddeld te verwachten rentepercentage gedurende deze periode van 4%. In het geval van de transportondernemer in Zeeland diende bij de berekening van de jaarlijkse schade als peildatum de datum van inwerkingtreding van het schadeveroorzakende Tracébesluit van provinciale staten van Zeeland van 1 maart 1991, aangezien er vanaf dat moment rekening mee diende te worden gehouden dat een Westerschelde oeververbinding zou worden aangelegd, als gevolg waarvan de autoveerdienst zou worden opgeheven. Derhalve diende ook te worden uitgegaan van de bedrijfsomvang op die datum. Latere uitbreidingen van de transportonderneming dienden buiten beschouwing te blijven. Vanaf 1 maart 1991 zou de transportondernemer in dertien jaar, derhalve in maart 2004, geacht kunnen worden aangepast te zijn aan de situatie zoals deze bestond vóór de peildatum. Op 15 maart 2003, de datum waarop de autoveerdiensten Kruiningen-Perkpolder en Vlissingen-Breskens feitelijk is opgeheven, is de omrijdschade daadwerkelijk ingetreden voor de transportondernemer. Dit zou betekenen dat van de permanente omrijdschade uitsluitend over de periode van 15 maart 2003 tot maart 2004 gecompenseerd behoefde te worden.

De opheffing van de autoveerdiensten is in die zaak echter gekoppeld aan de beëindiging van de rijksbijdrage voor deze autoveerdiensten op basis van de door de minister op 25 januari 1996 vastgestelde Regeling rijksbijdrage exploitatie Westerscheldeveerdiensten 1995 op het moment dat de Westerscheldetunnel werd opengesteld. De Afdeling was met de rechtbank van oordeel dat het Tracébesluit van 1 maart 1991 niet als het schadeveroorzakende besluit is aan te merken. Uit het door provinciale staten overgenomen voorstel van gedeputeerde staten kwam naar voren dat nog onvoldoende zekerheid bestond dat de Westerscheldetunnel zou worden gebouwd. Omtrent de financiële en economische haalbaarheid van het project Westerscheldetunnel bestond grote onzekerheid. In verband daarmee was

8 ABRvS 27 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8139.

9 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336. In deze uitspraak van 11 februari 2015 over nadeel als gevolg van de aanpassing van een fiets-tunnel herhaalt de Afdeling bestuursrechtspraak dat de 2%-drempel als ondergrens voor te vergoeden inkomensschade altijd geldt. Wij menen dat dit betekent dat bij toepassing van kapitalisatiefactor 10 als ondergrens voor de drempel ten minste 20% van de gekapitaliseerde inkomensschade zou moeten worden aangehouden, ofwel de maximale inkomensschade welke voor vergoeding in aanmerking komt bij permanente schade draagt maximaal 80% van de volledige schadevergoeding.

10 Buiten beschouwing laten wij dat jaarlijkse permanente inkomensschade anders wordt berekend. Bij permanente schade zijn er in het algemeen meer vermijdbare kosten in mindering te brengen op de brutowinstmarge.

11 A.C.M.M. van Heesbeen, ‘Verdisconteerde schade’, in: T.W. Franssen e.a., *Op het grensvlak: Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Stichting Instituut voor *Bouwrecht* 2014, p. 65. Zie ook H.J.M. van Mierlo & B.P.M. van Ravels, ‘Kapitalisatie en nadeelcompensatie’, *O&A* 2011/83.

niet uitgesloten dat de uitvoering van de oeververbinding nog aanmerkelijke wijzigingen zal ondergaan of dat voornog zelfs van de realisering van de oeververbinding zal moeten worden afgezien. Op 29 september 1995 heeft de Ministerraad besloten dat het rijk samen met de provincie Zeeland voor de realisering van de Westerschelde oeververbinding zorg zal dragen. De beslissing van de Ministerraad van 29 september 1995 werd als de schadeveroorzakende beslissing aangemerkt. Op de periode van 13 jaar werd in mindering gebracht de periode van 29 september 1995 tot 15 maart 2003. Gedurende die periode van 7,5 jaar had de transportondernemer nog gebruik kunnen maken van de oude infrastructuur terwijl hij rekening kon houden met de opheffing van de autoveerdiensten. Zodoende resteerde van de kapitalisatiefactor 10 nog slechts de factor 5,6 voor de permanente schade.¹²

Het ging in deze casus om *permanente* schade. Voor de beoordeling van de (meerjarige) *tijdelijke* schade kan voor de vaststelling van de omvang van de schade én de omvang van het normaal maatschappelijk risico aansluiting worden gezocht bij de wijze waarop permanente schade wordt vastgesteld. De besproken casus laat zien dat met name de vraag beantwoord dient te worden in hoeverre de periode vanaf het schadeveroorzakende besluit, het moment waarop een bedrijf rekening kan houden met de nadelige infrastructurele datum, tot het moment waarop de maatregel wordt geëffectueerd van betekenis is voor de vaststelling van de schade én voor de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico.¹³ Naar onze mening is de termijn vanaf het schadeveroorzakende besluit tot het moment waarop de maatregel wordt geëffectueerd relevant voor de omvang van de schade, met name vanuit het oogpunt dat een ondernemer zich kan instellen op de gewijzigde situatie en daarmee zijn bedrijfsvoering kan aanpassen. Wij zien niet in waarom bij de schadeberekening of deze nu permanent of tijdelijk is anders moet worden beoordeeld. Steeds zal moeten worden bezien op welke wijze een ondernemer zijn schade kan beperken in het geval hij vanaf het schadeveroorzakende besluit gedurende een bepaalde periode de bedrijfsvoering zonder invloed van de effecten van het schadeveroorzakende besluit kan voortzetten. Tijdsverloop heelt de schade omdat de exploitatie van een bedrijf nimmer statisch is. De schadebeperking kan bij tijdelijke schade wel tot een ander resultaat leiden dan bij permanente schade. Het verschil zal met name tot uiting komen in de vermijdbare kosten (vaste bedrijfskosten). Als voorbeeld noemen wij de personeelskosten. Bij een tijdelijke maatregel zal een ondernemer beslissen zijn medewerkers in dienst te houden omdat deze na afloop van de schadepriode weer inzetbaar zijn. Heeft de maatregel een permanent karakter dan heeft de ondernemer wel de mogelijkheid om in te zoomen op de gewijzigde bedrijfsvoering. Deskundigen zullen moeten beoordelen of de schade beperkt kan worden door het aantal medewerkers te verminderen. Dit artikel leent zich niet om

uitgebreid de casuïstiek van schadebeperking te bespreken. Een dergelijk onderzoek is maatwerk en dient in het concrete geval plaats te vinden door deskundigen.

Naar aanleiding van bovenstaande opmerkingen zouden wij een voorstel willen doen voor een eenduidig kader bij zowel tijdelijke, meerjarige als permanente schade. Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 2 is het naar ons oordeel in beginsel niet aan deskundigen maar aan het bestuursorgaan om hier een afweging in te maken. Gelukkig zijn er reeds enkele politieke keuzes gemaakt ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico. Naast dat de Minister van I&W de handelswijze van de handleiding voor tijdelijke schade heeft gevolgd, is in de Wet ruimtelijke ordening het normaal maatschappelijk risico verankerd voor permanente planologische schade. Dit betreft een gedeelte gelijk aan 2% van het inkomen onmiddellijk voor het ontstaan van de schade. Om de bepaling van het normaal maatschappelijk risico, ongeacht de totale duur, te laten samensmelten is het ons voorstel om de wijze van het bepalen van het normaal maatschappelijk risico gradueel/trapsgewijs te laten overlopen van tijdelijke, naar meerjarige en permanente schade.

Teneinde het normaal maatschappelijk risico vloeiend te laten overlopen dient in alle schadegevallen voor de eerste jaren het normaal maatschappelijk risico te worden toegepast zoals opgenomen in de handleiding. In de handleiding wordt voorgesteld om de drempelwaarde vanaf het tweede of het derde jaar te verlagen. Daar zal een politieke keuze in gemaakt moeten worden, zoals in de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019 waarin is bepaald dat vanaf het derde jaar een lager drempelpercentage wordt gehanteerd. Welke keuze ook wordt gemaakt, die zal in onze ogen dienen te worden toegepast bij tijdelijke, meerjarige en permanente schade. Uitgaande van een lagere drempelwaarde vanaf het derde jaar, zal het normaal maatschappelijk risico minimaal 2% van het inkomen dienen te betreffen. Daarbij merken wij op dat op grond van de wetsgeschiedenis en rechtspraak twijfels bestaan over wat onder het *inkomen* dient te worden verstaan. Volgens de Afdeling is het inkomensbegrip afhankelijk van de wijze waarop de omvang van de inkomensderving dient te worden berekend.¹⁴ Dit lijkt ons ongewenst en niet de bedoeling van de wetgever. In onze ogen heeft de wetgever bedoeld om met het inkomensbegrip aan te sluiten bij het bedrijfsresultaat.¹⁵ Vanaf het derde jaar dient derhalve zowel bij meerjarige als permanente schade het normaal maatschappelijk risico (minimaal) 2% van het bedrijfsresultaat te betreffen.

Voor permanente schade ziet de schadeberekening er dan als volgt uit. De eerste twee (tot drie jaar) wordt de omvang van de schade en het normaal maatschappelijk risico op de wijze bepaald zoals in de handleiding voorgesteld. Voor de jaren daarna zal voor permanente schade voor alle jaren

12 $7,5/13 \cdot 10 = 5,769$.

13 Zie ook ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4165.

14 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4165, r.o. 12.2.

15 Het bedrijfsresultaat is het bedrag dat overblijft indien de bedrijfskosten worden afgetrokken van de netto omzet.

ten minste een drempel gelden van 2% van het bedrijfsresultaat. Zoals uiteengezet in paragraaf 3 vertegenwoordigt een kapitalisatiefactor 10 een periode van 13 jaar in geval van volledig eigendom.¹⁶ Uitgaande van het gegeven dat de schadeberekening van de handleiding reeds voorziet op de eerste twee jaar, resteert 11 jaar. Dit vertegenwoordigt een kapitalisatiefactor 8,5.¹⁷ Vanaf het derde jaar dient derhalve de jaarlijkse inkomensschade verminderd met 2% van het bedrijfsresultaat, te worden gekapitaliseerd met factor 8,5.

5. Schadebeperkend handelen: out-of-pocket kosten en investeringen

Een substantieel deel van de verzoeken om nadeelcompensatie heeft betrekking op schade die kan worden weggenomen door schadebeperkend te handelen. De maatregelen moeten ertoe leiden dat de som van de te maken kosten/investeringen en het alsnog resterende schadebedrag lager is dan het schadebedrag zonder het nemen van maatregelen. Wanneer stijgen deze kosten boven het normaal maatschappelijk risico uit? Het is daarbij van belang om onderscheid te maken tussen eenmalige out-of-pocket kosten en investeringen.

Eenmalige out-of-pocket kosten worden aangemerkt als variabele kosten. Deze worden in de jaarrekening integraal in mindering gebracht op het bedrijfsresultaat. Deze eenmalige out-of-pocket kosten zijn vergelijkbaar met de in de handleiding beschreven kosten voor extra transport (omrijdschade). Een winkelier die de ingangspartij van zijn winkel verplaatst maakt daarvoor bouwkundige kosten en aanpassingskosten voor de technische installaties. Aanpassingskosten worden niet geactiveerd op de balans om daar vervolgens afschrijvingen over te doen. De aanpassingskosten worden niet gedaan om een meerwaarde te creëren voor het winkelpand met het oogmerk om in de toekomst meer winst te kunnen maken. De aanpassingskosten worden gemaakt om de toegankelijkheid van het winkelpand te behouden ter voorkoming van omzetverlies. Aanpassingskosten betaalt de ondernemer “out-of-pocket”.

In de handleiding is naast de omzeldrempel een kostendrempel uitgewerkt. De kostendrempel is in de handleiding opgenomen omdat bij sommige bedrijven de schade vooral bestaat uit een kostenstijging. Zoals opgemerkt zijn de out-of-pocket kosten vergelijkbaar met de in de handleiding genoemde kostenstijging waarvoor de kostendrempel wordt toegepast.

Ook bij investeringen in een bedrijf kunnen de argumenten die worden genoemd om met behulp van de brutowinstmarge het normaal maatschappelijk risico te beoordelen als uitgangspunt worden genomen.¹⁸ Bij investeringen is de situatie denkbaar dat de omvang van de te maken kosten ho-

ger is dan het bedrijfsresultaat. Daarbij zou de omzeldrempel van 11% bij een onderneming met een brutowinstmarge van 40% hoger kunnen uitvallen dan de gedane investering of zelfs een negatief bedrijfsresultaat kunnen opleveren. Oftewel, met de toepassing van een omzeldrempel kan niet in alle gevallen de gehele last van een onderneming worden beoordeeld. Ingeval hoofdzakelijk omzetschade wordt geleden en investeringen zijn gepleegd om de schade te beperken, is de last groter dan enkel de met de omzeldrempel beoordeelde omzelderving. Daarbij merken wij op dat deze problematiek nu ook aan de orde is bij de gehanteerde drempels en kortingen. Door de deskundigen dient steeds te worden beoordeeld of gemaakte kosten bij de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico dient te worden betrokken. Door de beoordeling in eerste instantie aan de hand van de toetsdrempel te laten plaatsvinden zonder nadere beoordeling, zal niet in alle gevallen het normaal maatschappelijk risico volledig zijn beoordeeld. Of dit een onwenselijke situatie betreft teneinde de kosten te beperken, is een politieke afweging.

6. Procedure totstandkoming deskundigenadvies

De handleiding besteedt aandacht aan de communicatie met betrokken burgers en ondernemers. Op hoorzittingen blijkt het verwachtingspatroon hoog te liggen bij verzoekers. Het zou gewenst zijn het beleid op basis waarvan volgens de nieuwe methode wordt beoordeeld of de schade “onevenredig” is duidelijk te communiceren met de verzoekers en verzoekers actief te betrekken bij de voorbereiding. Het deskundigenadvies kan efficiënter en met minder kosten tot stand komen indien de input van verzoeker en die van het bestuursorgaan meer aandacht verkrijgt.

In de handleiding worden aanbevelingen gedaan om bestuursorganen proactief te laten communiceren met de verzoeker. Wij onderschrijven de gedane aanbevelingen in de handleiding. Voor ons gevoel zien sommige verzoekers een verzoek als een laatste kans om aan het bestuursorgaan kenbaar te maken wat hen is aangedaan. Persoonlijk contact met een verzoeker kan wellicht erkenning bieden voor de ontstane situatie en meer inzicht verschaffen in het doel en kader van een verzoek om nadeelcompensatie.

Helaas moeten wij ook constateren dat het vertrouwen in de overheid laag is. Aan de mededeling dat geen of een verminderde aanspraak bestaat op een schadevergoeding wordt dan ook veelal weinig waarde gehecht. In onze ogen zou het dan ook wenselijk zijn om geen drempel op te werpen in de vorm van een verplichting tot betaling van leges (zoals voorgesteld in de handleiding), maar een verplichting tot voorbereiding door de verzoeker.

Door de in de handleiding opgenomen werkwijze is het voor een verzoeker mogelijk om op voorhand een quickscan te doen voor wat betreft het normaal maatschappelijk risico. Blijkt de quickscan succesvol, dan zou in onze ogen investering in de

¹⁶ Een periode van 13 jaar contant berekend met 4% geeft als resultaat 10. In het onteigeningsrecht lijkt de factor onaantastbaar. Zie ook: HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC4226, NJ 1996/84.

¹⁷ $11/13 \cdot 10 = 8,5$.

¹⁸ Zie Handleiding par.4.4.4. p. 64.

voorbereiding van het verzoek voordelen kunnen meebrengen voor de verzoeker en het bestuursorgaan. Een verzoeker zou beter kunnen investeren in een voor-toets (eventueel uitgevoerd door een deskundige) alvorens een verzoek in te dienen.

Bij de voorbereiding zouden ten minste de volgende vragen kunnen worden neergelegd bij de verzoeker:

- Is er causaal verband tussen de schade en het schadeveroorzakende besluit.
- Was de schade voorzienbaar voor verzoeker.
- Wat is de omvang van de schade.
- Overstijgt de schade de bagateldrempel.
- Stijgt de schade uit boven het normaal maatschappelijk risico.

Indien deze vragen gemotiveerd beantwoord onderdeel uitmaken van het verzoek kan worden bereikt dat het aantal kansloze verzoeken wordt verminderd. Door uitvoering van deze exercitie zullen verzoekers eerder kunnen beoordelen of het verzoek kansrijk is. Het bestuursorgaan kan op basis van een beter gemotiveerd verzoek beoordelen of inschakeling van een deskundige noodzakelijk is. Zonder bovenstaande voorbereiding zal het bestuursorgaan in veel gevallen een verzoek zonder nader onderzoek niet kunnen afwijzen.

7. Aanbevelingen

De handleiding geeft een goed overzicht van de communicatie tussen verzoeker en het bestuursorgaan. De handleiding geeft aanbevelingen die ertoe leiden dat bagatelschades en kansloze verzoeken effectief kunnen worden afgedaan. Een belangrijke rol in de voorbereiding van het besluit op het verzoek om nadeelcompensatie ligt bij de deskundigenadviescommissie. Als een deskundigencommissie wordt ingeschakeld moet deze volledig onafhankelijk kunnen adviseren. De handleiding is terecht kritisch op het “standaard” inschakelen van deskundigen. Onderzocht zou kunnen worden of het bestuursorgaan in zijn beleidsregels de beoordeling van de schade in het deskundigenonderzoek zou kunnen beperken door aanwijzingen te geven over algemene uitgangspunten. Voor een verzoeker is van belang te weten waar hij aan toe is. Een verzoeker heeft er recht op een inschatting te kunnen maken van de beoordeling van zijn advies. Dat kan alleen als hij kennis kan nemen van alle uitgangspunten die het bestuursorgaan hanteert bij de besluitvorming. De praktijk zal leren in hoeverre de handleiding aanpassing en uitbreiding behoeft nu slechts een beperkt deel van de nadeelcompensatiepraktijk in de handleiding wordt besproken.¹⁹ De toegevoegde waarde van de handleiding voor dat deel van de nadeelcompensatiepraktijk staat voor ons echter buiten kijf.

¹⁹ M. Scheltema, ‘Handleiding nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtstaat’, *NTB* 2018/57. Op p. 352 laatste alinea verwijst mr. Scheltema naar de gewenste betrokkenheid van het bedrijfsleven. Wij menen dat mocht een volgende stap in beeld komen het gewenst is ook LTO te betrekken gezien de raakvlakken van nadeelcompensatie met de agrarische sector.