

‘Warempel, toch een flexibele drempel?’

LTB 2014/40

Op 10 juni 2014 heeft de Minister van Infrastructuur en Milieu de ‘Regeling Nadeelcompensatie Verkeer & Waterstaat 1999’ gewijzigd (*Stcrt.* 2014, nr. 16584) naar aanleiding van enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak over het normaal maatschappelijke risico en het normaal ondernemersrisico bij nadeelcompensatie. De gewijzigde regeling heet nu ‘Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014’. Uit de gewijzigde regeling en de daarbij behorende toelichting lijkt op het eerste gezicht te volgen dat – ondanks de ontwikkelingen in de rechtspraak – de minister bij het bepalen van het normaal maatschappelijk risico blijft vasthouden aan de drempel van 15% van de jaarlijkse omzet, althans van de jaarlijkse kosten. Of toch niet?

Aanleiding aanpassing nadeelcompensatieregeling

Het normaal maatschappelijk risico en het daarmee samenhangende normaal ondernemersrisico heeft de afgelopen periode in de rechtspraak kunnen rekenen op de nodige aandacht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna de Afdeling) heeft in verschillende uitspraken stilgestaan bij het toepassen van vaste drempels voor het bepalen van het normaal maatschappelijk (ondernemers)risico. In de uitspraken betreffende De Wouwse Tol van 5 december 2012 (ECLI:NL:RVS: 2012:BY5105) en 28 mei 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1868), de Hollandse Brug van 5 juni 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:CA2052) en Noordwijk van 9 april 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1198) heeft de Afdeling een nuancering aangebracht in de wijze waarop de drempels van het normaal maatschappelijk risico moeten worden vastgesteld. Kennelijk zijn deze uitspraken voor de minister aanleiding geweest om de bestaande nadeelcompensatieregeling uit 1999 te herzien.

Normaal maatschappelijk (ondernemers) risico bij nadeelcompensatie

In deze bijdrage brengen wij met name de uitspraak van de Afdeling van 28 mei 2014 (De Wouwse Tol II) onder de aandacht, om aan de hand daarvan de door de Afdeling ingezette lijn te schetsen. Deze uitspraak is een eenduit-

spraak en een vervolg op de tussenuitspraak van 5 december 2012 (De Wouwse Tol I).

De Wouwse Tol is een wegrestaurant/hotel gelegen aan de rijksweg A58. De Wouwse Tol heeft schade geleden als gevolg van de werkzaamheden aan verschillende rijkswegen en de volledige afsluiting van de afslag naar de onderneming voor een periode van circa twee weken. In verband met deze schade heeft De Wouwse Tol een verzoek om nadeelcompensatie ingediend.

De Afdeling overweegt dat een vergoeding van de schade in het kader van nadeelcompensatie eerst aan de orde is, indien sprake is van onevenredige, dat wil zeggen buiten het normale ondernemersrisico vallende, schade.

In beginsel acht de Afdeling het, met het oog op de uniformiteit en voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade, aanvaardbaar dat een bestuursorgaan voor het normaal maatschappelijk (ondernemers)risico werkt met een vaste drempel of korting op het schadebedrag. Dat komt de rechtszekerheid ten goede. Aangezien een percentage van de schade dat voor rekening van de benadeelde dient te blijven per individueel geval moeilijk is te bepalen, wordt vaak gebruikgemaakt van een vaste drempel van – bijvoorbeeld – 15% van de jaaromzet van de benadeelde. Dit percentage van de jaaromzet wordt dan niet als schade aangemerkt, maar blijft voor rekening van de benadeelde.

Betoogd is dat het toepassen van een vast percentage vanwege de verschillen in type ondernemingen en bedrijfsvoeringen tot onaanvaardbare verschillen in de omvang van het maatschappelijk risico leiden. Niet iedere onderneming heeft immers dezelfde kostenstructuur of hetzelfde verdienmodel.

In De Wouwse Tol I heeft de Afdeling voor het eerst stilgestaan bij het hanteren van een vaste – in de rechtspraak tot dan toe in de regel als redelijk aanvaarde – drempelwaarde van 15% van de jaaromzet en de gevolgen ervan voor verschillende typen bedrijfsvoering. De Afdeling overwoog dat zonder nadere motivering niet valt in te zien dat het hanteren van een vaste ondergrens van 15% van de omzet voor het bepalen van de omvang van het normaal maatschappelijk risico redelijk is in een geval zoals hier, waarin de weggebonden onderneming een horecabedrijf is. De minister diende derhalve alsnog in te gaan op het betoog van De Wouwse Tol, dat het toepassen van een vaste drempel bij weggebonden bedrijven vanwege de diversiteit van deze bedrijven niet redelijk is en dat een differentiatie van de bedrijven en het toe te passen drempelpercentage nodig is. Ook in de uitspraken betreffende de Hollandse Brug en de zeevering Noordwijk achtte de Afdeling het toepassen van een drempelwaarde van 15% zonder motivering niet aanvaardbaar.

Beoordeeld dient te worden of de vaste drempel kan worden gehanteerd in de gegeven (bijzondere) omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de overheids-handeling (schadeveroorzakende maatregel), de aard en de omvang van de toegebrachte schade en/of de aard of structuur van de onderneming.

In De Wouwse Tol II heeft de minister het initiële besluit

¹ Ir. C.A.C. Frikkee MRICS RRV RT is grondzakendeskundige bij Overwater Grondbeleid Adviesbureau B.V. te Strijen. d.frikkee@overwater.nl, www.overwater.nl.

Mr. ing. C.F. van Helvoirt is als advocaat werkzaam bij Hekkelman Advocaten en Notarissen te Nijmegen, bij de sectie Overheid en Vastgoed, praktijkgroep Agribusiness & landelijk gebied. k.van.helvoirt@hekkelman.nl, www.hekkelman.nl.

nader gemotiveerd en de afwijzing van het verzoek om nadeelcompensatie gehandhaafd. De minister heeft daarbij gesteld dat een redelijk handelend ondernemer, die in belangrijke mate afhankelijk is van een goed functionerende infrastructuur voor zijn bedrijfsvoering, rekening dient te houden met een tijdelijke daling van de omzet als gevolg van bijvoorbeeld het verrichten van onderhoudswerkzaamheden. De minister oordeelde verder dat een nadere motivering voor het hanteren van een vaste drempel van 15%, waarbij wordt ingegaan op de vraag naar het belang van differentiatie tussen verschillende branches, niet goed mogelijk is. Daartoe stelt de minister dat ook binnen een (weggebonden) branche zelf aanzienlijke verschillen optreden. Volgens de minister dient in het geval van De Wouwse Tol uitsluitend te worden gekeken of de invloed van de schade op de onderneming aan toepassing van die drempel in de weg staat. Aangezien de werkzaamheden in een korte periode zijn uitgevoerd en De Wouwse Tol in dat jaar een positief bedrijfsresultaat heeft behaald, is de toepassing van de drempel van 15% in het concrete geval gerechtvaardigd. Volgens de minister wordt De Wouwse Tol niet onevenredig belast door het omzetverlies.

Wat betreft de nadere motivering van het besluit van de minister is de Afdeling van oordeel dat geen antwoord is gegeven op de vraag of uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen ertoe zouden moeten leiden dat andere omzetsdrempels dan de vaste 15% worden gehanteerd. Het is onvoldoende om de opdracht in de tussenuitspraak te reduceren tot de vraag of een onderneming individueel onevenredig wordt getroffen in het geval die onderneming de drempel van 15% nadert. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat weggebonden ondernemingen bij een snelweg in nagenoeg alle gevallen een wegrestaurant/hotel of tankstation zullen betreffen. De Wouwse Tol heeft voorts aan de hand van cijfers van het CBS laten zien dat beide typen ondernemingen een verschillende kostenstructuur kennen met een wezenlijk andere verhouding tussen kosten en omzet. De Afdeling ziet aanleiding om zelf in de zaak te voorzien. Er wordt een bedrag bepaald dat de minister aan nadeelcompensatie dient te betalen, waarbij het normaal ondernemersrisico wordt vastgesteld op 10% van de gemiddelde omzet van de drie voorafgaande jaren. Met de uitspraken betreffende De Wouwse Tol kent de Afdeling bij het bepalen van de omvang van het normaal ondernemersrisico betekenis toe aan de aard van de onderneming. Vanwege de verschillen tussen bedrijven en bedrijfsvoering – en de daarmee samenhangende kostenstructuren, verdienmodellen en de verhouding tussen de kosten en omzet – zal er in het vervolg uitdrukkelijker aangetoond en gemotiveerd moeten worden waarom in het specifieke geval ook het vaste percentage toegepast dient te worden. Lukt dat niet, dan ligt het mogelijk in de rede om van het vaste percentage af te wijken.

Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014

Op 10 juni 2014 heeft de Minister van IenM het besluit genomen tot wijziging van de beleidsregel Regeling Na-

deelcompensatie Verkeer & Waterstaat 1999 in verband met een nadere invulling van het normaal maatschappelijk risico en normaal ondernemersrisico. (Stcrt. 2014, nr.16584).

De Regeling bevat zowel inhoudelijke als procedurele regels voor vergoeding van onevenredig nadeel als gevolg van rechtmatig handelen van de minister.

Aan de Regeling is allereerst een tweede lid aan art. 3 toegevoegd, dat luidt dat "Schade die minder bedraagt dan € 1.000,- in ieder geval valt binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico." Ten slotte moet deze regeling vanaf nu worden aangeduid als 'Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014'. Totaal beslaat het besluit slechts anderhalve bladzijde.

De belangrijkste wijziging is die van art. 3a dat betreft een nadere invulling van het beleid voor schade die onder het normaal maatschappelijk risico danwel het normaal ondernemersrisico valt. Het gaat dan met name om het nader invullen van het normaal ondernemersrisico bij verzoeken om nadeelcompensatie naar aanleiding van (tijdelijke) schade geleden door ondernemingen vanwege infrastructurele maatregelen genomen door de Minister van I&M.

Volgens de toelichting bij het besluit is de aanleiding voor de wijziging de behoefte vanuit de praktijk aan kenbaar beleid voor de invulling van het normaal ondernemersrisico. Door de wijziging wordt beoogd een transparante en kenbare invulling te geven aan het beleid, dat zowel aan het belang van rechtszekerheid voldoet als aan de noodzaak om maatwerk te kunnen leveren en daarmee voldoende gewicht te kunnen toekennen aan de omstandigheden van het geval.

Dit klinkt genuanceerd, maar wat staat er precies in dit nieuwe art. 3a?

Art. 3a Ondernemersrisico en tijdelijke schade door infrastructurele maatregelen

"1 Onverminderd artikel 2, eerste lid, valt schade ten gevolge van een infrastructurele maatregel in ieder geval binnen het normaal ondernemersrisico indien de schade het gevolg is van een tijdelijke omzetsdaling dan wel een tijdelijke kostenstijging en die omzetsdaling dan wel kostenstijging niet uitgaat boven de drempelwaarde van 15% van de normomzet op jaarbasis dan wel de normkosten op jaarbasis.

2 Indien de infrastructurele maatregel naar aard, duur of voorzienbaarheid bijzonder dan wel uitzonderlijk is, kan de Minister een lager drempelpercentage dan bedoeld in het eerste lid toepassen.

3 Voorts kan de Minister een lager drempelpercentage dan bedoeld in het eerste en tweede lid, toepassen, indien op aangeven van verzoeker bijzondere omstandigheden, die verband houden met de ernst van de schade voor de onderneming van verzoeker, daartoe aanleiding geven.

4 Indien de omzetsdaling dan wel kostenstijging de drempelwaarde, bedoeld in het eerste, tweede of derde lid, overstijgt, wordt door de Minister ter bepaling van

het normaal ondernemersrisico een kortingspercentage gehanteerd ten aanzien van de geleden schade."

De minister kiest ervoor een omzet/kostendrempel te hanteren wanneer door een infrastructurele maatregel sprake is van een tijdelijk omzetverlies of tijdelijke kostenstijging. In de toelichting bij het besluit wordt voor het opwerpen van een (omzet/kosten)drempel van 15% aangehaakt onder andere bij bovengenoemde uitspraken van de Afdeling inzake De Wouwe Tol en Hollandse Brug. Gelet op deze recente uitspraken vindt de minister het noodzakelijk op een belangrijk deel van haar werkterrein, te weten (tijdelijke) infrastructurele maatregelen, een nadere invulling te geven aan het beleid inzake het normaal maatschappelijk risico. Daarbij wordt aangetekend dat niet wordt uitgesloten dat ook bij ander schadeveroorzakend handelen op het terrein van de minister in een voorkomend geval bij deze invulling aansluiting wordt gezocht.

De minister baseert zich voor het hanteren van de 15% op een door PWC uitgevoerd onderzoek.

Hoe werkt de drempel?

Als de gederfde omzet hoger is dan 15% van de 'normomzet' (de omzet die naar redelijke verwachting behaald zou zijn in de schadepriode, de schadeveroorzakende gebeurtenis weg gedacht) wordt de zogenaamde ingangsdrempel gehaald. Dat wil zeggen dat de omzetdrempel als de voorwaarde fungeert om voor schadevergoeding in aanmerking te komen. Hetzelfde geldt voor een kostenstijging die hoger is dan 15% van de 'normkosten'. De minister acht een drempel die gerelateerd is aan de winst geen objectief criterium.

De omzet/kostendrempel fungeert als 'ingangstoets', als de drempel genomen is komt de gehele schade voor vergoeding in aanmerking, maar daar wordt vervolgens een korting op toegepast ter hoogte van het normaal maatschappelijk risico. Voor het bepalen van de hoogte van de korting kunnen alle omstandigheden van het geval relevant zijn. In elk geval zijn de aard, duur en voorzienbaarheid van de maatregel en de daaruit voortvloeiende schade van belang. Ook een mogelijke cumulatie van maatregelen kan van belang zijn.

Samengevat zal de omvang van het normaal ondernemersrisico dus op de volgende wijze worden beoordeeld:
Stap 1: Bagatelschade (minder dan € 1.000) wordt niet vergoed.

Stap 2: Het uitgangspunt bij reguliere infrastructurele maatregelen is een omzet- of kostendrempel van 15%.

Stap 3: Als de infrastructurele maatregel naar aard, duur of (abstracte) voorzienbaarheid bijzonder dan wel uitzonderlijk is, bestaat aanleiding om het drempelpercentage te verlagen.

Stap 4: Aan de hand van mogelijk door verzoeker aan te voeren omstandigheden, bijvoorbeeld betrekking hebbend op de kostenstructuur van het bedrijf, wordt getoetst of de drempel die op basis van de tweede en derde stap wordt gehanteerd, redelijk is danwel aanpassing behoeft.

Stap 5: Als de drempel wordt overschreden wordt aan de

hand van alle omstandigheden van het geval een korting op het totale schadebedrag toegepast.

Belang voor de praktijk

De beleidsregel gaat uit van een vast percentage van 15% als omzet/kostendrempel, maar als daarvoor aanleiding is biedt lid 3 van art. 3a de mogelijkheid om hiervan op af te wijken. In de praktijk zal moeten blijken hoe flexibel de minister hiermee om zal gaan.