



Besluit van de Minister van Infrastructuur en Milieu van 10 juni 2014, kenmerk RWS-23453/146154 tot wijziging van de beleidsregel Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 in verband met een nadere invulling van het normaal maatschappelijk risico en normaal ondernemersrisico

De Minister van Infrastructuur en Milieu,

Gelet op artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht;

Besluit:

ARTIKEL I

De Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 1 wordt als volgt gewijzigd:

1. De begripsomschrijving van 'de minister' komt te luiden:

de minister: de Minister van Infrastructuur en Milieu;

2. Na het begrip 'de commissie' en de daarbij behorende begripsomschrijving worden de volgende begripsomschrijvingen ingevoegd:

de normkosten: de kosten die naar redelijke verwachting gemaakt zouden zijn, indien de schadeoorzaak, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet had plaatsgevonden;

de normomzet: de omzet die naar redelijke verwachting behaald zou zijn, indien de schadeoorzaak, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet had plaatsgevonden;.

B

Artikel 3 komt te luiden:

Artikel 3 Abnormale last

1. Binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico vallende schade komt niet voor vergoeding in aanmerking.
2. Schade die minder bedraagt dan € 1.000,- valt in ieder geval binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico.

C

Na artikel 3 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 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.

D

Artikel 21 komt te luiden:

Artikel 21 Citeertitel

Deze regeling wordt aangehaald als: Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014.

ARTIKEL II

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.

Dit besluit zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

*De Minister van Infrastructuur en Milieu,
M.H. Schultz van Haegen-Maas Geesteranus*



TOELICHTING

Algemene toelichting

Inleiding

Dit besluit wijzigt de beleidsregel 'Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999' (hierna: Regeling). De wijziging betreft een nadere invulling van het beleid ten aanzien van schade die onder het normaal maatschappelijk risico dan wel normaal ondernemersrisico valt. Meer specifiek gaat het dan 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 Infrastructuur en Milieu (hierna: de Minister). Hiertoe wordt een aantal bepalingen ingevoegd in de Regeling.

Aanleiding voor de wijziging is dat vanuit de praktijk behoefte is aan kenbaar beleid ten aanzien van de invulling van het normaal maatschappelijk risico en dan met name ten aanzien van het normaal ondernemersrisico in het geval dat infrastructurele maatregelen van de Minister (tijdelijk) schade voor ondernemingen veroorzaken. Door de wijziging wordt beoogd een transparante, 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.

Hieronder zal eerst het kader geschetst worden van de Regeling. Vervolgens zal op de algemene aspecten van het normaal maatschappelijk risico binnen het leerstuk van nadeelcompensatie worden ingegaan waarna de invulling daarvan bij (tijdelijke) infrastructurele maatregelen aan de orde komt.

Grondslag voor Regeling nadeelcompensatie

De grondslag voor de Regeling ligt mede in het algemene rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten (het zogenaamde égalitébeginsel). Dit beginsel verplicht bestuursorganen tot compensatie van onevenredige schade als gevolg van hun – op de behartiging van het openbaar belang gerichte – rechtmatige bestuursoptreden.

Artikel 2, eerste lid, van de Regeling bepaalt wie een recht op schadevergoeding toekomt:

'De minister kent degene die schade lijdt of zal lijden als gevolg van de rechtmatige uitoefening door of namens de minister van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak, op verzoek een vergoeding toe, voor zover die schade redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.'

Hieruit volgt dat er pas aanspraak bestaat op compensatie van nadeel indien voldaan wordt aan de volgende vereisten:

- De gestelde schadeoorzaak kan (op zichzelf) als een rechtmatig overheidshandelen gekwalificeerd worden en valt binnen de rechtmatige uitoefening van de aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak van de Minister;
- Er dient een causaal verband te zijn tussen de geleden schade en het rechtmatige overheidshandelen;
- Er dient sprake te zijn van onevenredige – buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico vallende – schade (zie artikel 3 Regeling);
- Er moet sprake zijn van een speciale last (zie artikel 4 Regeling);
- Er mag geen sprake zijn van risicoaanvaarding (zie artikelen 5 en 7 Regeling);
- Schade die in de vorm van aankoop, onteigening of anderszins verzekerd is, komt niet voor vergoeding in aanmerking;
- Indien verzoekers niet alleen nadeel, maar ook voordeel ondervinden van de schadeoorzaak, dan wordt dit voordeel bij de vaststelling van de schade verrekend (zie artikel 9 Regeling);
- De benadeelde heeft voldaan aan zijn schadebeperkingsplicht (zie artikel 8 Regeling).

Algemene uitgangspunten normaal maatschappelijk risico

Een ieder dient een zeker nadelig effect van overheidshandelen, dat immers een algemeen belang dient, te ondergaan. Ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico geldt dat het algemeen belang voor een individueel belang gaat. Alleen schade die in belangrijke mate afwijkt van de schade die op een ieder drukt, dan wel zwaarder op de betrokkene drukt dan op een ander die in een vergelijkbare positie verkeert, komt voor vergoeding in aanmerking. Anders gezegd: de schade moet voor de betrokkene bovenmatig zijn of wat betreft de gevolgen bijzonder ingrijpend zijn.

De vraag of de gevolgen van de uitoefening van de publieke taak van de Minister buiten het normaal maatschappelijk risico vallen en derhalve onevenredig zijn, moet volgens vaste jurisprudentie van de



Hoge Raad¹ en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waaronder 'de aard van de overheidshandeling en de aard en omvang van de toegebrachte schade'². Uit de jurisprudentie blijkt verder dat geringe schade, enig ongemak en enige hinder inherent zijn aan deelname aan het maatschappelijk verkeer³. Dergelijk nadeel blijft geheel voor rekening van de burger.

Het normaal ondernemersrisico is een bijzondere vorm van het normaal maatschappelijk risico. Ten aanzien van claims van ondernemers geldt in zijn algemeenheid dat het geleden nadeel voldoende ernstig moet zijn om niet onder het normaal ondernemersrisico te vallen. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake zijn, indien de betreffende overheidsmaatregel er toe leidt dat de onderneming ter plaatse niet langer levensvatbaar zal zijn, tenzij zeer kostbare maatregelen zullen worden getroffen⁴. Schade die slechts over een kortere periode wordt geleden en die voor het betrokken bedrijf geen duurzame gevolgen heeft, zal eerder als normaal ondernemersrisico worden beschouwd⁵.

Drempel dan wel korting

Als er schade wordt geleden door rechtmatig overheidshandelen moet dus beoordeeld worden of en zo ja welk deel van de schade buiten het normaal maatschappelijk risico valt. Alleen dat deel van de schade komt immers voor vergoeding in aanmerking. Om inzichtelijk te maken welk deel van de schade voor vergoeding in aanmerking komt, wordt meestal een drempel of een korting dan wel een drempel en een korting op de schadevergoeding toegepast.

Er bestaan verschillende verschijningsvormen van de drempel en de korting, waaronder de volgende:

1. Als een bepaalde drempel wordt overschreden, wordt de schade die boven de drempel uitkomt vergoed. De drempel bestaat in het algemeen uit een bepaald percentage van de jaaromzet. Alleen als de omzetzijde groter is dan de drempel wordt schade, die het gevolg is van omzetzijde boven de drempel, vergoed. Op die vergoeding wordt soms een korting voor normaal maatschappelijk risico toegepast⁶.
2. Als de drempel wordt overschreden, komt de gehele schade voor vergoeding in aanmerking, maar op deze schadevergoeding wordt een korting toegepast. De drempel fungeert in dit geval als voorwaarde om voor vergoeding in aanmerking te komen.

Hiermee geven bestuursorganen invulling aan de, op grond van de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, hen toekomende beoordelingsvrijheid bij de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico. Vervolgens toetst de bestuursrechter de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee ook aan het *égalité*-beginsel.

In dat kader acht de Afdeling het met het oog op uniformiteit en voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico werkt met een vaste drempel of korting of met een vaste drempel in combinatie met een korting op het schadebedrag zoals hierboven vermeld.

Wel geldt dat het bestuursorgaan, indien daartoe op grond van de door de benadeelde verschaft gegevens aanleiding bestaat, zal moeten beoordelen of de drempel of korting (dan wel drempel in combinatie met korting) ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate het bestuursorgaan ter bepaling van het normaal maatschappelijk risico een hoger percentage als ondergrens hanteert, dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, worden zwaardere eisen aan de motivering gesteld⁷.

Ingrepen in de infrastructuur (infrastructurele maatregelen)

Voor de nadelen die worden veroorzaakt door ingrepen in de infrastructuur hanteert de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als uitgangspunt dat het treffen van een infrastructurale (of: verkeersmaatregel) als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelen in beginsel voor rekening van betrokkenen behoren te blijven. Met andere woorden, de gehele schade valt onder het normaal maatschappelijk risico.

Er kunnen zich echter feiten dan wel omstandigheden voordoen waardoor een individueel belang ten

¹ Vgl. HR 17 september 2004, AB 2006/41.

² Vgl. ABRS, 18 maart 2009, L/JN BH6353.

³ ABRS, 7 juni 1995 (Zevenbergen), BR 1996/234. ABRS 22 december 1995, AB 1996/250. Afdeling Rechtspraak, 29 juni 1987, AB 1988/262. ABRS 17 augustus 2005 (nr. 200407377/1). ABRS, 27 augustus 1990, BR 1991/283.

⁴ Zie onder meer Afdeling Rechtspraak 22 november 1983, AB 1984/154, BR 1983 p. 230 en HR 18 januari 1991, AB 1991/241.

⁵ Vgl. HR 11 november 1994, NJ 1995/152.

⁶ Zie onder meer Tjepkema, p. 439 e.v.

⁷ Vgl. ABRS 30 mei 2012, L/JN BW6926; alsmede ABRS 5 december 2012, L/JN BY5105.



gevolge van een infrastructurele maatregel zodanig zwaar wordt getroffen dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet volledig ten laste van de betrokkene dient te blijven⁸. Het nadeel van een infrastructurele maatregel blijft dus voor rekening van de burger of ondernemer, tenzij hij aannemelijk maakt dat er bijzondere omstandigheden zijn waaruit moet worden afgeleid dat de schade in zijn geval niet meer als een normaal risico kan worden gezien.

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in het verleden aanvaard dat er een drempel van 15% van de omzet op jaarbasis wordt gehanteerd⁹, om te bepalen of er sprake is van een situatie waarin schade als gevolg van reguliere infrastructurele maatregelen boven het normaal maatschappelijk risico uit komt. Recentelijk heeft de Afdeling echter uitgemaakt dat deze drempel niet zonder meer mag worden toegepast en nadere motivering vereist¹⁰. Daarbij ligt het volgens de Afdeling in de rede dat branchespecifieke kenmerken meegenomen worden en kunnen leiden tot verschillen in de toepassing (van de hoogte) van de drempel¹¹. Ook heeft de Afdeling aangegeven dat indien de Minister zich uitdrukkelijk op het standpunt heeft gesteld dat er sprake is van een situatie die niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd, toepassing van de vaste drempel niet voor de hand ligt. De reguliere drempel is immers bedoeld als instrument om te bepalen of de omvang van schade door reguliere infrastructurele werkzaamheden buiten het normaal maatschappelijk risico valt¹². Hieruit kan echter niet geconcludeerd worden dat bij schade als gevolg van uitzonderlijke infrastructurele maatregelen helemaal geen drempel voor het normaal maatschappelijk risico mag worden gehanteerd.

Gelet op de recente rechtspraak bestaat de noodzaak om op een belangrijk deel van het werkterrein van de Minister, dat oorzaak kan zijn van rechtmatig toegebrachte schade, te weten (tijdelijke) infrastructurele maatregelen, een nadere invulling te geven ten aanzien van het beleid inzake het normaal maatschappelijk risico. Deze beperking in de reikwijdte van de wijziging van de Regeling sluit niet uit, dat bij ander schadeveroorzakend handelen op het terrein van de Minister in een voorkomend geval bij deze invulling aansluiting kan worden gezocht.

Type en toepassing drempel

De Minister kiest ervoor om een omzetsympel te hanteren wanneer er door de maatregel sprake is van een tijdelijk omzetverlies. Een omzetsympel is ook in de rechtspraak geaccepteerd als rechtens aanvaardbaar¹³. Wanneer de schade juist niet zozeer gerelateerd is aan omzetverlies, maar aan een stijging van de kosten, kan een kostendrempel worden gehanteerd. De Minister acht omzet en kosten objectieve maatstaven voor het toepassen van een drempel.

Het uitgangspunt bij de toepassing van de omzetsympel is de omzet die naar redelijke verwachting behaald zou zijn in de schadepriode, de schadeveroorzakende gebeurtenis weggedacht. Deze omzet wordt aangeduid als 'normomzet'. De normomzet kan worden bepaald aan de hand van in het verleden gerealiseerde omzetten. In dat geval wordt allereerst de referentieperiode vastgesteld. In de praktijk wordt vaak een periode gehanteerd van drie aan de schadepriode voorafgaande jaren. Als de drie voorafgaande jaren geen representatieve jaren zijn, komt het ook voor dat van een langere of kortere periode wordt uitgegaan.

In voorkomend geval kan een inflatiecorrectie plaatsvinden, met behulp waarvan de in het verleden gerealiseerde omzetten worden omgerekend naar een peildatum voorafgaand aan het eerste schadejaar. Om vervolgens te komen tot de invulling van de normomzet, kan de berekende *gemiddelde* en voor inflatie gecorrigeerde omzet uit de referentieperiode, via een branchecorrectie omgerekend worden naar het omzetsniveau dat kan worden beschouwd als de omzet die naar redelijke verwachting had kunnen worden behaald, indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden, oftewel de normomzet. Indien de normomzet ook op andere wijze gemotiveerd kan worden bepaald, sluit deze wijziging van de Regeling dit niet uit.

Het verschil tussen de normomzet en de werkelijk behaalde omzet in de schadepriode is de gederfde omzet. Wanneer deze gederfde omzet hoger is dan 15% van de normomzet, wordt de ingangsdrempel

⁸ Zie onder meer ABRs, 24 juni 2009, LJV B19694, ABRs 29 september 2004, nr. 2000307633/1.

⁹ Zie ABRs 10 juni 2009, LJV B17237, ABRs 5 september 2001, LJV AD3527, ABRs 14 april 2004, LJV AO7483, ABRs 19 december 2007, LJV BC0536, alsmede BR 2002/877 met nt. Van Ravels.

¹⁰ ABRs 5 december 2012, O&A 2013/36, zaaknummer 201112232/1/T1/A2 (tussenuitspraak Wouwse Tol), in het bijzonder r.o. 7.3 en 7.4.

¹¹ ABRs 28 mei 2014, nr. 201112232/1/A2 (einduitspraak Wouwse Tol).

¹² ABRs 5 juni 2013, AB 2013/122, zaaknummer 201205690/1/T1/A2 (Hollandse Brug), in het bijzonder r.o. 7.2.

¹³ Zie ABRs 28 mei 2014, nr. 201112232/1/A2 en Vlg. ECLI:NL:RBUTR:2012:BY4681, zaaknummer SBR 12/371, waarin wordt verwezen naar HR 3 april 1998, LJV ZC2622 en ABRs 19 december 2007, LJV BC0536, waarin vervolgens wordt verwezen naar ABRs 5 september 2001, LJV AD3527, ABRs 14 april 2004, LJV AO7483.



gehaald. Dezelfde methodiek kan ook worden gehanteerd bij een kostendrempel, wanneer geen sprake is van omzetsdaling, maar van een kostenstijging. Indien echter sprake is van omrijdschade kan er ook voor worden gekozen de kosten van het omrijden te berekenen en die af te zetten tegen de normkosten.

De Minister acht een drempel die gerelateerd is aan de winst geen objectief criterium. Het begrip winst is moeilijk te omschrijven en leent zich gemakkelijker voor bedrijfseconomische trucjes en creatief boekhouden. Daarnaast wordt door toepassing van een winstdrempel de toekenning van nadeelcompensatie afhankelijk van de vraag of de ondernemer in het verleden goede of slechte resultaten heeft behaald. Dit behoort naar de mening van de Minister niet de graadmeter te zijn voor het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie. Wel kan de brutowinstmarge aan de orde komen bij de beoordeling of de gehanteerde drempel in het specifieke geval niet onredelijk is.

Toepassing drempel en korting bij infrastructurele maatregelen

Gelet op het bovenstaande kiest de Minister ervoor, bij het bepalen of en zo ja welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, om een drempel in combinatie met een korting toe te passen. De Minister is van mening dat het normaal maatschappelijk risico het beste tot uitdrukking wordt gebracht door de drempel als 'ingangstoets' te laten fungeren. Dat wil zeggen dat de drempel als een randvoorwaarde fungeert om voor schadevergoeding in aanmerking te komen. Indien de drempel genomen is komt de gehele schade voor vergoeding in aanmerking, maar wordt daarop een korting toegepast ter hoogte van het normaal maatschappelijk risico.

Volledigheidshalve merkt de Minister in dit kader nog op dat een omzetsdaling of kostenstijging niet gelijk is aan de daadwerkelijke schade voor de onderneming. Vaak gaat een omzetsdaling immers gepaard met een kostendaling, waardoor de daadwerkelijke schade lager is. Een deel van een kostenstijging zal in veel gevallen kunnen worden doorberekend aan de klant. Bij de toepassing van de drempel kijkt de Minister echter naar de omzetsdaling of kostenstijging *sec*. Pas als de omzetsdaling of kostenstijging de drempel overschrijdt, wordt gekeken naar de daadwerkelijk geleden schade als gevolg van de omzetsdaling of kostenstijging. Op dat schadebedrag wordt de korting toegepast.

De Minister kiest er daarnaast voor om voor reguliere infrastructurele maatregelen een standaarddrempel te hanteren. Deze drempel kan echter worden verlaagd. Wanneer een maatregel bijzonder, dan wel uitzonderlijk van aard is, of van erg lange duur dan wel geheel niet voorzienbaar was, ligt het voor de hand dat een lagere drempel wordt gehanteerd dan de standaarddrempel die als uitgangspunt geldt. Voor de vraag welke drempel gehanteerd moet worden is de aard, de duur en de (abstracte) voorzienbaarheid van de maatregel van belang.

Voorts is de Minister van mening dat indien verzoeker bijzondere omstandigheden aandraagt ten aanzien van de ernst van het effect van de omzetsdaling of kostenstijging voor de desbetreffende onderneming, dit aanleiding kan zijn om de hoogte van de drempel te verlagen. Het gaat daarbij dan wel om *abstracte* kenmerken van de onderneming die effect hebben op de ernst ofwel impact van de omzetsdaling of kostenstijging op de bedrijfsvoering van de onderneming. Gedacht kan worden aan bijzondere aspecten wat betreft de kostenstructuur, zoals een groot aandeel aan vaste kosten ten opzichte van variabele kosten of bijzonderheden ten aanzien van de brutowinstmarge. Op de bepaling van de hoogte van de drempel wordt hieronder nog ingegaan.

In het geval dat de drempel wordt overschreden, meent de Minister dat bij het beantwoorden van de vraag of de schade van een verzoeker voor vergoeding in aanmerking komt een andere toets gehanteerd moet worden dan bij de beantwoording van de vraag of een omzetverlies (of kostenstijging) tot het normaal ondernemersrisico behoort. Het deel van *de schade* dat onder het normaal maatschappelijk risico valt wordt dan ook vervolgens tot uitdrukking gebracht door middel van een korting. 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. Maar bijvoorbeeld ook een mogelijke cumulatie van maatregelen kan van belang zijn.

Hoogte drempel bij infrastructurele maatregelen

Gelet op het nader invullen van het beleid ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico, heeft de Minister onderzoek laten doen naar de hoogte van 'normale' fluctuaties in omzet en kosten die ondernemingen kennen gedurende een langere periode, ongeacht de aanleiding daartoe. Om te toetsen hoe de hoogte van een dergelijke drempel – en de zich daarbij voordoende fluctuaties in de omzet/kosten – zich verhoudt tot 'normale' fluctuaties in de omzet en kosten heeft de Minister een statistisch onderzoek laten doen naar 'normale' omzet- en kostenfluctuaties bij ondernemingen binnen Nederland. Het onderzoek is verricht door het onafhankelijke accountantskantoor PwC. De



resultaten van het onderzoek worden gezien als een belangrijke indicatie voor de speelruimte die bestaat ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van een omzet- dan wel kostendrempel. De keuze of en hoe een drempel zou kunnen worden toegepast stond los van het statistische onderzoek. In het onderzoek zijn de branches betrokken die veelal geraakt worden door infrastructurele maatregelen van de overheid. Dit betreffen de volgende branches: horeca, transport, tankstations en detailhandel.

Kort samengevat is uit het onderzoek gebleken dat de bovengrens van omzetfluctuaties die men als 'normaal' zou kunnen classificeren zich in de vorm van percentages, afgezet tegen de omzet van de drie voorafgaande jaren, bevindt tussen de 10% en 18%. Wat betreft 'normale' kostenfluctuaties komt dit neer op percentages tussen de 10% en 19%.

Gemiddeld genomen leidt dit voor omzetfluctuaties tot een percentage van 15,3% en voor kostenfluctuaties tot een percentage van 16,7%.

Aangezien het uitgangspunt is dat schade vanwege (reguliere) infrastructurele maatregelen voor eigen rekening blijft van de getroffen burger dan wel onderneming, acht de Minister een drempelpercentage dat aansluit bij de bovengenoemde percentages in de rede liggen. Slechts een omzetzdaling of kostenstijging die uitzonderlijk is en structureel tot problemen kan leiden bij ondernemingen, kan leiden tot een tegemoetkoming in de daadwerkelijk geleden schade in het kader van nadeelcompensatie. De Minister acht daarom een drempelpercentage van 15% gerelateerd aan de omzet dan wel kosten een redelijke hoogte voor een drempel bij reguliere infrastructurele maatregelen. Dit percentage sluit aan bij het gemiddelde over de verschillende branches en is in die zin volgens de Minister een goed 'algemeen' uitgangspunt. De Minister kiest er niet voor per branche een apart percentage te hanteren, omdat bedrijven ook binnen branches sterk kunnen verschillen en de Minister één percentage vanuit het perspectief van de rechtszekerheid preferereert.

Bij de keuze voor een drempel van 15% speelt ook dat deze wijziging van de Regeling alleen betrekking heeft op een omzet- of kostendrempel bij infrastructurele maatregelen die tijdelijk tot schade leiden en waarmee een ondernemer in principe niet geregeld wordt geconfronteerd. Toepassing van een drempel van 15% betekent dus niet dat van een ondernemer wordt verwacht dat hij een permanente omzetzdaling (of kostenstijging) van maximaal 15% accepteert, maar dat hij dit gedurende een bepaalde in tijd beperkte periode moet doen. Na ommekomst van die periode verdwijnt het omzetverlies (of de kostenstijging) weer en wordt het normale omzetniveau (of kostenniveau) weer behaald. Gezien de fluctuaties in de omzet die blijken uit het hierboven genoemde onderzoek is een ondernemer ook in staat fluctuaties in zijn omzet (of kosten) op te vangen. Dit geldt zeker nu het gaat om infrastructurele maatregelen en ondernemers ook profiteren van een goed functionerende infrastructuur.

Het voorgaande wil niet zeggen dat in alle gevallen de drempelhoogte op 15% moet liggen. De Minister hanteert deze drempelhoogte echter als *uitgangspunt* bij 'reguliere' infrastructurele maatregelen. Of deze maatregelen als 'regulier' zijn aan te merken kan worden gezien aan de hand van de aard van de maatregel, de duur van de maatregel en de (abstracte) voorzienbaarheid van de maatregel. Reguliere infrastructurele maatregelen zijn *in elk geval* maatregelen in verband met vooraf aangekondigde en geplande beheer- en onderhoudswerkzaamheden (van klein tot groot onderhoud), vooraf aangekondigde werkzaamheden in verband met de uitbreiding van het bestaande wegennet, het vaarwegennet en het spoorwegennet. Dit kan voor het wegennet variëren van het asfalteren van een stuk wegdek tot het compleet vervangen van een brug. Ook kan gedacht worden aan wegafsluitingen en bouwwerkzaamheden in verband met een weg- of spooruitbreidingsproject. Dit wil niet zeggen dat niet vooraf aangekondigde infrastructurele maatregelen ten aanzien van het wegennet, vaarwegennet dan wel spoorwegennet niet onder het normale ondernemersrisico kunnen vallen. Dit kan immers regulier beheer betreffen, denk aan het repareren van vorstschade of het vervangen van een geleiderail. Om te bepalen of een infrastructurele maatregel regulier is, is niet alleen de aard of de voorzienbaarheid van de maatregel bepalend, maar kan ook de duur van de maatregel een rol spelen. Een maatregel die naar aard en voorzienbaarheid regulier is kan vanwege de lange duur, bijvoorbeeld indien de maatregel zich over meerdere jaren uitstrekt, toch als niet regulier gelden.

In het geval de maatregel aan de hand van de genoemde criteria als bijzonder kan worden gekenmerkt, kan gedacht worden aan het hanteren van een lagere drempel, bijvoorbeeld 10%. Hierbij kan gedacht worden aan groot onderhoud aan een weg dat aanzienlijk langer duurt dan gepland. In uitzonderlijke gevallen, waarbij de maatregel aan de hand van genoemde criteria duidelijk als zeer uitzonderlijk kan worden gezien, zou gedacht kunnen worden aan een drempelpercentage van 5% of lager. Een voorbeeld hiervan is een volledige stremming van een vaarweg vanwege een onvoorziene omstandigheid. Een 'hard' criterium om te bepalen of er sprake is van een bijzonder of uitzonderlijk geval kan niet gegeven worden. De volledige stremming van een vaarweg kan als uitzonderlijk worden gekwalificeerd, dit wil echter niet zeggen dat dit ook geldt voor een tijdelijke volledige stremming van het wegverkeer. Maatregelen zoals tijdelijke wegverkeerstremmingen zijn gangbaar in



het normale maatschappelijke verkeer en schade naar aanleiding daarvan behoort dan ook in principe tot het normaal maatschappelijk risico. Dit kan uiteraard weer anders liggen als de duur van die stremming uitzonderlijk is. Het blijft per maatregel maatwerk om een en ander te kunnen kwalificeren en daarbij zal een 'multifactorbenadering' onmisbaar zijn.

Daarnaast acht de Minister het ook van belang, indien vanuit de verzoeker bijzondere omstandigheden worden aangevoerd ten aanzien van de ernst van de omzetzijging of kostenstijging voor de onderneming, deze mee te laten wegen in de vaststelling van de hoogte van de drempel. Gelet op het PwC rapport en gelet op de verschillende adviezen met betrekking tot concrete verzoeken tot nadeelcompensatie die de Minister onder ogen zijn gekomen, gaat het hier dan met name om de verhouding tussen vaste en variabele kosten binnen een onderneming ('operating leverage') en de hoogte van de brutowinstmarge. De impact van de omzetzijging (of kostenstijging) op een onderneming kan naar aanleiding hiervan variëren. Dit kan overigens ook binnen een branche per onderneming nog verschillen. De Minister acht het redelijk dergelijke argumenten, indien deze door verzoeker naar voren zijn gebracht, te betrekken bij het vaststellen dan wel bijstellen van een drempel die dient als ingangstoets voor het in aanmerking komen voor nadeelcompensatie. Daarbij zij opgemerkt dat door naar bijzondere omstandigheden per onderneming te kijken ook branchespecifieke kenmerken, mits uiteraard ook voor de onderneming kenmerkend, kunnen worden meegenomen. In aansluiting op recente jurisprudentie weegt de Minister daarmee ook mee dat uit het onderzoek van PwC blijkt dat wat 'normaal' is qua omzet- of kostenfluctuaties kan verschillen per branche¹⁴.

Bagatelschade

Veel regelingen inzake nadeelcompensatie kennen een bepaling die ziet op bagatelschade. Gedacht moet worden aan schade die zo gering is dat deze behoort tot het 'eigen risico' van een burger en niet voor rekening dient te komen van de overheid, oftewel schade die overduidelijk tot het normaal maatschappelijk risico behoort. Enkele voorbeelden van bagatelschade zijn:

- een burger die door problemen met een brug moet omrijden, in de file terechtkomt en zijn vliegtuig mist;
- burgers die door wegwerkzaamheden tijdelijk een paar kilometer per keer moeten omrijden naar hun werk/school of de sportschool;
- een ondernemer die 200 euro aan kosten van briefpapier en postzegels claimt, omdat hij zijn klanten heeft meegedeeld dat hij gedurende langere tijd minder goed bereikbaar is.

Verzoeken tot vergoeding van dergelijke schade zullen als kennelijk ongegrond, namelijk zijnde schade die onder het normaal maatschappelijk risico valt, worden afgewezen.

Vaak wordt ook een absoluut bedrag opgenomen dat bij voorbaat als bagatelschade wordt aange-merkt en niet voor vergoeding in aanmerking komt. In deze Regeling wordt ook een absoluut bedrag opgenomen als ondergrens in het kader van bagatelschade. Indien de schade groter is dan genoemd bedrag, zal wat betreft de invulling van het normaal ondernemersrisico, de drempelmethode zoals hiervoor aangegeven toegepast worden.

Samenvatting

Samengevat zal de omvang van het normaal ondernemersrisico dus op de volgende wijze worden beoordeeld:

Stap 1

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

Stap 2

- Indien de infrastructurele maatregel naar aard, duur of (abstracte) voorzienbaarheid bijzonder dan wel uitzonderlijk is, bestaat er aanleiding om het drempelpercentage te verlagen.

Stap 3

- Aan de hand van mogelijk door de verzoeker aan te voeren omstandigheden, bijvoorbeeld betrekking hebbend op de kostenstructuur van het bedrijf, wordt getoetst of de drempel die op basis van de eerste of tweede stap wordt gehanteerd, redelijk is dan wel aanpassing behoeft.

Stap 4

- Wanneer de drempel wordt overschreden wordt naar het totale schadebedrag gekeken en aan de hand van alle omstandigheden van het geval een korting over het schadebedrag toegepast.

¹⁴ Zie ABRS 28 mei 2014, nr. 201112232/1/A2.



Voor bagatelschade bestaat een afzonderlijke voorziening (zie artikel 3, tweede lid).

Opmerkingen brancheorganisaties

Het ontwerp van deze wijziging van de Regeling is voorgelegd aan de brancheorganisaties VNO NCW MKB Nederland, Transport en Logistiek Nederland (TLN) en INretail. In essentie komen de opmerkingen van de branche erop neer dat bij het bepalen van het normaal maatschappelijk risico rekening gehouden moet worden met bijzondere kenmerken van een onderneming. Vanuit de transportsector is aangegeven dat deze veel verschillende deelmarkten bevat met eigen karakteristieken, waar voldoende oog voor moet zijn.

Aan deze wens vanuit de branche wordt tegemoet gekomen door de hierboven genoemde stap 3 expliciet deel uit te laten maken van het beleid voor het bepalen van de hoogte van de drempel.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1, onderdeel a

Voor de toelichting op de begripsomschrijvingen van normomzet en normkosten wordt verwezen naar het algemene deel van de toelichting.

Artikel 1, onderdeel b

Wijziging artikel 3

In dit artikel is een nieuw onderdeel opgenomen om een absolute ondergrens aan te geven in het kader van bagatelschade. In het tweede lid van artikel 3, is hiertoe een expliciet bedrag opgenomen. Schade die onder dit bedrag blijft, valt onder het normaal maatschappelijk risico, en komt niet voor vergoeding in aanmerking. Dit sluit aan bij jurisprudentie waarin zeer lage schades hoe dan ook niet abnormaal zijn. De Minister acht schade tot een bedrag van 1.000,- euro gezien de aard van de schadeoorzaken die verband houden met het werkterrein van de Minister een zeer lage schade.

Artikel 1, onderdeel c

Toevoegen artikel 3a

Ter invulling van het normaal ondernemersrisico is een nieuw artikel opgenomen in de Regeling. Het gaat hierbij om een nadere materiële invulling van het normaal ondernemersrisico bij het vergoeden van tijdelijke schade tengevolge van infrastructurele maatregelen. Onder infrastructurele maatregelen worden verstaan maatregelen die verband houden met de aanleg of wijziging, het beheer en het onderhoud van rijkswaterstaatswerken en de hoofdspoorweginfrastructuur. Het begrip rijkswaterstaatswerken omvat rijkswateren, bepaalde waterkeringen in beheer bij Rijkswaterstaat, werken ten behoeve van de (hoofd)waterhuishouding, scheepvaartwegen, havens, wegen en oeververbindingen in samenhang met alle objecten die daar deel van uitmaken. In de dagelijkse praktijk worden deze tezamen aangeduid als hoofd(vaar)wegennet en hoofdwatersysteem. Met de hoofdspoorweginfrastructuur worden de spoorwegen bedoeld die op grond van de Spoorwegwet zijn aangewezen als hoofdspoorwegen.

Eerste lid

In het eerste lid is geregeld dat schade naar aanleiding van rechtmatige infrastructurele maatregelen, die de Minister heeft genomen uit hoofde van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid dan wel taak, in elk geval niet wordt vergoed, wanneer de schade wordt veroorzaakt door een tijdelijke omzetsdaling dan wel een tijdelijke kostenstijging en deze omzetsdaling dan wel kostenstijging de drempel van 15% niet te boven gaat. Genoemd wordt een percentage van 15%, dit sluit niet uit dat de omstandigheden van het geval een hoger of lager percentage rechtvaardigen. De drempel van 15% is gerelateerd aan de normomzet op jaarbasis. Als de schadepriode zich uitstrekt over meerdere jaren, kan de drempel dus per jaar worden toegepast. Hierbij zij opgemerkt dat bij zeer langdurige schade verlagings van het drempelpercentage aan de orde kan zijn. Ten aanzien van het hanteren van een drempel wordt verwezen naar het algemene deel van de toelichting.

Tweede lid

In het tweede lid is de mogelijkheid opgenomen om naar beneden af te wijken van de in het eerste lid genoemde drempel. De hoogte van de in het eerste lid genoemde drempel is in elk geval 15%. Deze drempel, kan worden gehanteerd bij reguliere (doorgaans) reconstructie- dan wel onderhouds-



werkzaamheden. In het tweede lid wordt aangegeven aan welke criteria getoetst dient te worden bij het bepalen of het gaat om een reguliere maatregel (met reguliere gevolgen). Gekeken moet worden naar de aard van de maatregel, de duur en/of de voorzienbaarheid van de maatregel.

Onder de aard van de maatregel kan een heleboel worden verstaan. Gedacht kan worden aan of de maatregel qua aard past in de structuur van de omgeving ('ortsüblich' of 'ortsunüblich') of dat een onderneming door de maatregel tijdelijk geheel afgesloten is van de snelweg of bereikbaar blijft via een alternatieve route. Wat betreft voorzienbaarheid is relevant of de maatregel voldoende vooraf is aangekondigd, maar ook of de maatregel in de lijn der verwachtingen ligt. Dit laatste wordt ook wel abstracte voorzienbaarheid of voorzienbaarheid in abstracto genoemd en dient onderscheiden te worden van (concrete) voorzienbaarheid zoals bedoeld bij actieve risicoaanvaarding ex artikel 5 van de Regeling.

Onder deze abstracte voorzienbaarheid wordt bijvoorbeeld begrepen dat men kan verwachten dat wanneer men een tankstation exploiteert langs een snelweg, de snelweg of afrit een keer in de 10 a 12 jaar tijdelijk kan worden afgesloten voor groot onderhoud. Een ander voorbeeld van abstracte voorzienbaarheid is dat een ondernemer die ervoor kiest om een veerverbinding over een rivier te exploiteren er rekening mee dient te houden dat het peil van de rivier van invloed kan zijn op zijn bedrijfsvoering. Dit impliceert dat hij kon en moest rekening houden met de mogelijkheid dat het normale peil ter plaatse zou kunnen wijzigen. Deze omstandigheid kan bijdragen aan het oordeel dat de schade, al dan niet gedeeltelijk, binnen het normaal maatschappelijke risico valt¹⁵. Wanneer een maatregel niet als regulier kan worden bestempeld maar als bijzonder of zelfs uitzonderlijk naar aard, duur en voorzienbaarheid, ligt het in de rede dat de drempel die als ingangstoets fungeert lager komt te liggen. Zoals in het algemene deel van de toelichting reeds aangegeven, kan in het geval de maatregel als bijzonder kan worden gekwalificeerd bijvoorbeeld een drempel met een hoogte van 10% worden gehanteerd en in uitzonderlijke gevallen kan gedacht worden aan een drempel met een hoogte van 5% of lager.

Derde lid

Bepaalde omstandigheden die specifiek zien op de onderneming die schade lijdt kunnen ervoor zorgen, dat, ook al kan naar aanleiding van de aard, duur en voorzienbaarheid van de maatregel de hoogte van de drempel worden bepaald, de drempel toch onredelijk uitpakt. Daarvan kan sprake zijn indien de omzetzaling of kostenstijging een dusdanige impact heeft op de onderneming dat hoewel de drempel niet wordt overschreden de omzetzaling of kostenstijging toch leidt tot onevenredige schade.

Hierbij moet met name gedacht worden aan de verhouding vaste en variabele kosten binnen de onderneming en de hoogte van de brutowinstmarge. Indien een onderneming een relatief hoog aandeel aan variabele kosten kent, heeft een omzetzaling tot gevolg dat ook de kosten relatief sterk dalen, waardoor de gevolgen voor het bedrijfsresultaat relatief beperkt zijn. Andersom kan dezelfde omzetzaling voor een onderneming met een relatief hoog aandeel aan vaste kosten een grotere impact hebben op de bedrijfsvoering. Indien een verzoeker deze omstandigheden aanvoert, kunnen deze aanleiding geven de drempel aan te passen. Dit geldt evenzo voor de hoogte van de brutowinstmarge van een onderneming. Indien er bijzonderheden worden aangevoerd met betrekking tot de brutowinstmarge, kan dit aanleiding zijn voor het aanpassen van de drempel.

Vierde lid

Indien de in de voorgaande leden genoemde drempel wordt overschreden, is vast komen te staan dat er sprake is van een onevenredige omzetzaling dan wel kostenstijging. Om te bekijken welk deel van de schade die voortvloeit uit de omzetzaling dan wel kostenstijging behoort tot het normaal maatschappelijk risico, wordt een kortingspercentage gehanteerd. Omdat de drempel als 'ingangstoets' fungeert, wordt in het tweede lid gekeken naar de *gehele* schade. Daarbij zij opgemerkt dat schade niet gelijk staat aan de gederfde omzet dan wel kostenstijging, eventuele kostenbesparingen bij een omzetzaling dienen in elk geval in mindering te worden gebracht. Zoals ook in het algemene deel van de toelichting is aangegeven spelen bij het bepalen van de korting, namelijk welk deel van de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, alle relevante omstandigheden van het geval een rol. In elk geval zijn dit de aard, duur en voorzienbaarheid van de maatregel, maar ook de aard, duur en voorzienbaarheid van de schade.

Overigens is van een dubbele toets ten aanzien van het normaal ondernemersrisico geen sprake. Toepassing van de drempel fungeert immers als 'ingangstoets'. Als de drempel wordt overschreden

¹⁵ ABRS 8 mei 2013, L/JN AB 2013/187 met nt. W.J. van Doorn-Hoekveld.



wordt gekeken naar de gehele door de onderneming geleden schade en dient opnieuw te worden bepaald welk deel van de *schade* (dus niet de omzetzaling of kostenstijging) het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Ter bepaling van dat deel wordt een korting toegepast, waarbij de hoogte van die korting afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.

Omdat alle omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen bij het bepalen van het deel van de schade dat tot het normaal maatschappelijk risico behoort, wordt aangegeven dat de aard, duur en voorzienbaarheid van de maatregel *in elk geval* daarbij dienen te worden betrokken. Bij het bepalen van het deel van het schadebedrag dat voor eigen rekening dient te blijven spelen echter alle omstandigheden van het geval een rol, waaronder ook de aard, duur en voorzienbaarheid van de schade, de aard van het getroffen belang of bijvoorbeeld het feit dat er sprake is van een cumulatie van maatregelen waarmee verzoeker te maken heeft gehad in een kort tijdsbestek. Wat betreft de hoogte van de korting kan nog worden opgemerkt dat wanneer de maatregel een reguliere infrastructurele maatregel betreft, het voor de hand ligt dat een hoge korting zal worden gehanteerd ten aanzien van het schadebedrag. Het feit dat de maatregel als zodanig tot een normale maatschappelijke ontwikkeling behoort, is immers een aanwijzing voor het hanteren van een hoge korting op het bedrag dat voor vergoeding in aanmerking komt. Een groot deel van de schade komt dan niet voor vergoeding in aanmerking omdat dit tot het normale maatschappelijke risico behoort. In die zin bestaat er een relatie tussen de maatregel en de hoogte van de toe te passen korting. Maar zoals aangegeven zijn er meer aspecten dan alleen aard, duur en voorzienbaarheid van de maatregel die een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de korting, deze kunnen een verhogend dan wel verlagend effect hebben.

Artikel I, onderdeel d

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de benaming van de Minister in de beleidsregel en in de citeertitel van de regeling in overeenstemming te brengen met de huidige benaming van het ministerie van Infrastructuur en Milieu.

*De Minister van Infrastructuur en Milieu,
M.H. Schultz van Haegen-Maas Geesteranus*