

Nadeelcompensatie: gunst of recht?

In dit artikel zal aan de orde komen in welke gevallen een overheid bij rechtmatig handelen verplicht kan zijn om het daaruit voortvloeiende nadeel aan burgers of bedrijven te compenseren, welk nadeel dan voor compensatie in aanmerking komt en in hoeverre overheden het recht op nadeelcompensatie door middel van beleid kunnen beperken/reguleren.

mr. I.P.A. van Heijst¹

Het afsluiten van een weg of brug, het opheffen van parkeerplaatsen, de herinrichting van een winkelstraat, het aanwijzen van een waterbergingsgebied of het intrekken van een ligplaats- of standplaatsvergunning; het zijn allemaal vormen van rechtmatig overheidshandelen, die aanleiding kunnen zijn voor het toekennen van nadeelcompensatie. Vooral overheidsbestuurders vinden het nog wel eens moeilijk te aanvaarden dat zij in situaties waarin de overheid in het algemeen belang maatregelen treft toch geconfronteerd kunnen worden met schadeclaims. In ons spraakgebruik hangt 'schade vergoeden' nu eenmaal nauw samen met onrechtmatig handelen en schuld. Bij schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen spreken we dan ook liever niet over 'schadevergoeding' maar over 'nadeelcompensatie'.

Grondslag nadeelcompensatie

Maatregelen die een overheid neemt op het gebied van ruimtelijke ordening of de inrichting en het beheer van de openbare ruimten worden – als het goed is – genomen in het algemeen belang. Zeker in ons kleine land kan tegenover het voordeel van dergelijke maatregelen voor velen vaak ook nadeel staan voor sommigen, bijvoorbeeld in de vorm van gebruikbeperking, hinder of financiële schade. Een overheid is geenszins verplicht om ieder nadeel dat een burger of bedrijf lijdt als gevolg van een overheidsmaatregel te compenseren: een zekere mate van overlast of (financieel) nadeel geldt als een normale maatschappelijke gebeurtenis, waarmee iedereen kan worden geconfron-

teerd. Van de overheid mag verwacht worden dat zij bij de voorbereiding van haar besluiten en maatregelen probeert het nadeel dat daardoor mogelijk voor sommige burgers ontstaat, waar mogelijk te beperken of te voorkomen.² Dit neemt niet weg dat zich situaties kunnen voordoen waarin een individueel belang als gevolg van een besluit of maatregel van de overheid dermate zwaar wordt getroffen dat dit nadeel redelijkerwijs niet (volledig) ten laste van de betreffende burger of onderneming behoort te blijven. Alleen in zo'n situatie kan een burger of onderneming aanspraak maken op nadeelcompensatie: niet als een gunst, maar als een recht.

Dit recht op nadeelcompensatie kent in onze wetgeving op dit moment nog geen algemene wettelijke grondslag. In de jurisprudentie wordt dit recht gebaseerd op het egalitébeginsel, dat veronderstelt dat de publieke lasten in onze maatschappij in beginsel evenredig over de burgers verdeeld moeten worden. Een algemene wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie is wel in voorbereiding: door de Tweede Kamer is inmiddels de 'Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsbesluiten' aangenomen. Deze wet voorziet onder meer in een nieuw hoofdstuk in de Awb over nadeelcompensatie. In artikel 4.126 lid 1 Awb zal het recht op nadeelcompensatie dan als volgt worden vastgelegd:

"Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenre-

dig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe".

De inwerkingtreding van deze wet is voorzien per 1 januari 2013.

Nadeelcompensatieregelingen

Zolang nog geen sprake was van een algemene wettelijke regeling voor nadeelcompensatie heeft de wetgever wel al in een aantal bijzondere wetten voorzien in een wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie. De meest bekende specifieke regeling voor vergoeding van schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen is ongetwijfeld de wettelijke regeling voor vergoeding van planschade: tot 1 juli 2008 in artikel 49 van de oude WRO en sindsdien in artikel 6.1 e.v. van de nieuwe Wro.³

De meeste overheden zijn er immers in de loop der tijd toe overgegaan om – naast de specifieke wettelijke nadeelcompensatieregelingen – ook zelf een algemene nadeelcompensatieregeling vast te stellen, in de vorm van een verordening danwel beleidsregel.⁴ Deze nadeelcompensatieregelingen bevatten vooral procedureregels (in aanvulling op de Awb), maar in toenemende mate ook een meer beleidsmatige invulling van het recht op nadeelcompensatie. Sommige overheidsbestuurders zijn nog steeds huiverig om zo'n algemene nadeelcompensatieregeling vast te stellen. Vaak leeft bij hen de misvatting dat zij met zo'n regeling eerder of meer nadeelcompensatie zouden moeten toekennen dan zonder zo'n regeling. Het wel of niet vaststellen van zo'n regeling is echter voor het bestaan van de plicht tot nadeelcompensatie niet van belang; wel verschaft zo'n regeling



Foto: Finke ten Have.

gel verantwoordelijk is. Bij de beoordeling van zo'n verzoek zal steeds eerst beoordeeld moeten worden of en in hoeverre het gestelde nadeel ook daadwerkelijk het gevolg is van een vorm van rechtmatig publiekrechtelijk handelen van de overheid, ofwel: bestaat er voldoende causaal verband tussen het nadeel en dat overheidshandelen? (Bijvoorbeeld nadeel in de vorm van omzetting kan ook geheel of gedeeltelijk het gevolg zijn geweest van de economische omstandigheden of van bijzondere ziekte van de ondernemer.)

Het is aan de aanvrager om het door hem gestelde nadeel te onderbouwen en aan de betreffende overheid alle gegevens te verschaffen die zij nodig heeft om de aard en omvang van dat nadeel zelfstandig vast te stellen. Veel voorkomende vormen van nadeel zijn in dit verband onder meer waardevermindering van een onroerende zaak, tijdelijke of permanente inkomensschade, of alleen extra kosten, bijvoorbeeld verhuis- of transportkosten.

Voor zover een overheidsmaatregel niet alleen nadeel bij een burger of onderneming veroorzaakt, maar ook voordeel, dient dit voordeel met het nadeel verrekend te worden. Dit te verrekenen voordeel moet wel concreet te bepalen zijn: de enkele inschatting dat de overheidsmaatregel in de toekomst ook voordelen voor de betreffende burger of onderneming zal opleveren, is onvoldoende.⁵ Geen grond voor nadeelcompensatie bestaat (uiteraard) indien en voor zover het nadeel (a) aan de eigen schuld van de benadeelde is te wijten, (b) hij het nadeel redelijkerwijs had kunnen voorkomen of beperken⁶, of (c) de betreffende overheidsmaatregel (en het mogelijke nadeel daarvan) voor hem redelijkerwijs al voorzienbaar was op het moment dat hij bijvoorbeeld zijn woning kocht of zijn onderneming op een bepaalde locatie vestigde.⁷

Speciale en abnormale last: normaal maatschappelijk risico (1)

Het kenmerkende van nadeelcompensatie is dat alleen voor compensatie in aanmerking komt nadeel dat (a) de burger of onderneming in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft (zodat sprake is van een speciale last) én (b) uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico (zodat tevens sprake is van een abnormale last).

In de dagelijkse praktijk is het lastig om te bepalen wanneer sprake is van een speciale én

aan de burger en de overheid meer rechtszekerheid en meer duidelijkheid over de wijze van behandeling van eventuele verzoeken om nadeelcompensatie.

Nadeel: causaal verband en omvang

Nadeelcompensatie is alleen aan de orde bij nadeel ('schade') voor een burger of onderneming als gevolg van rechtmatig publiekrechtelijk overheidshandelen. Nadeelcompensatie speelt dus geen rol bij schade als gevolg van onrechtmatig overheidshandelen of bij schade die optreedt wanneer een overheid privaatrechtelijk handelt (bijvoorbeeld als verkoper of verhuurder).

In beginsel kan iedere vorm van rechtmatig publiekrechtelijk handelen van een overheid

een zodanig groot nadeel voor een burger of onderneming veroorzaken dat nadeelcompensatie geboden is. In de kop van dit artikel werd al een aantal veel voorkomende schadeoorzaken genoemd. Andere veel voorkomende schadeoorzaken zijn onder meer het intrekken/opzeggen/wijzigen/weigeren van vergunningen tot gebruik van onroerende zaken, het verlenen van exploitatievergunningen aan derden, het realiseren/reconstrueren/beheren van infrastructuur en overig openbaar gebied en het vaststellen of wijzigen van beleid en/of regelgeving.

Als een burger of onderneming nadeel ondervindt van zo'n overheidsmaatregel kan hij een verzoek om nadeelcompensatie doen aan het bestuursorgaan dat voor die maatre-



Foto: Tinahoe van Erme

abnormale last. De jurisprudentie biedt hiervoor ook maar een beperkt houvast. Om langdurige (en vaak kostbare) procedures hierover te vermijden gaan steeds meer overheden ertoe over om hiervoor eigen beleid vast te stellen.

Als een overheidsmaatregel grote groepen van burgers of ondernemingen in min of meer gelijke mate treft bestaat geen aanleiding voor nadeelcompensatie. Pas als een overheidsmaatregel voor één of enkele burgers of ondernemingen in vergelijking met anderen (onevenredig) nadeel oplevert, kan er grond zijn voor nadeelcompensatie.⁸ Zo zal bijvoorbeeld een besluit tot het opheffen van parkeervoorzieningen op een groot plein in een binnenstad veel, zo niet alle winkeliers in die binnenstad enig nadeel opleveren. Binnen die groep zullen echter naar verwachting slechts enkele winkeliers onevenredig groot nadeel van deze maatregel ondervinden, bijvoorbeeld omdat die parkeervoorzieningen de enige parkeergelegenheid bij die winkels was en de betreffende winkels gelet op de aard van hun winkels sterk afhankelijk zijn van de aanwezigheid van parkeergelegenheid in de directe omgeving (bijvoorbeeld een supermarkt of een afhaalrestau-

rant). De betreffende overheidsmaatregel betekent dan (alleen) voor die winkeliers een speciale last die aanleiding kan geven voor enige vorm van nadeelcompensatie.

Aan die enkele burger of onderneming komt vervolgens alleen compensatie toe als en voor zover hij 'onevenredig' nadeel van de betreffende overheidsmaatregel heeft ondervonden, en daarmee méér nadeel dan behoort tot zijn normaal maatschappelijk risico. De Afdeling overweegt met betrekking tot het normaal maatschappelijk risico 'standaard': *"bij het normaal maatschappelijk risico gaat het om algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee men rekening kan houden, ook al bestaat geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich zal concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel zullen voortvloeien."*⁹ De meeste overheidsmaatregelen worden geacht binnen het normaal maatschappelijk risico te vallen. In het algemeen geldt dat iemand er niet vast op mag rekenen dat een bestaande situatie altijd ongewijzigd blijft. Zo worden onder meer (nadelen in verband met) verkeersmaatregelen, onderhouds- en beheersmaatregelen en besluiten inzake ver-

gunningen als 'normale' maatschappelijke ontwikkelingen aangemerkt. Pas als deze 'normale' overheidsmaatregelen bij een burger of onderneming tot onevenredig groot nadeel leiden, kan compensatie van dit nadeel door de overheid aan de orde komen. In de praktijk worden verschillende maatstaven gehanteerd om in het concrete geval vast te stellen of sprake is van 'onevenredig nadeel'; sommige overheden zijn er toe overgegaan om hun beleid op dit punt in een beleidsregel op te nemen. Bij inkomensschade of hogere kosten wordt veelal een ondergrens ('drempel') gehanteerd die gerelateerd is aan de totale omzet of kosten per jaar: in dat geval is er bij een onderneming pas sprake van onevenredig nadeel als zij als gevolg van de betreffende overheidsmaatregel meer omzet heeft gederfd dan die ondergrens.¹⁰ Van belang kan voorts zijn of de benadeelde de mogelijkheid heeft om zijn nadeel aan klanten door te berekenen of (bijvoorbeeld bij de intrekking van een exploitatievergunning) voldoende tijd heeft gekregen om om te zien naar vervangende inkomsten.

Hoeveel nadeelcompensatie: normaal maatschappelijk risico (2)

Indien eenmaal is vastgesteld dat voor een benadeelde sprake is van een speciale én abnormale last, kan de benadeelde in beginsel aanspraak maken op compensatie van zijn nadeel. Uitgangspunt daarbij is niet volledige compensatie van het nadeel, maar een tegemoetkoming daarin. Alleen het 'onevenredige' deel van het nadeel komt voor compensatie in aanmerking, dat wil zeggen het deel van het nadeel dat uitstijgt boven het nadeel dat behoort tot het normaal maatschappelijk risico van de aanvrager.

Het 'normaal maatschappelijk risico' is aldus niet alleen van belang om te beoordelen of de gestelde schade een abnormale last voor de belanghebbende is ('onevenredig is'), maar ook om te beoordelen welk deel van de gestelde onevenredige schade wegens het normaal maatschappelijk risico voor eigen rekening van de benadeelde moet blijven.

Bij de beoordeling van dit normaal maatschappelijk risico dient volgens de standaardoverwegingen van de Afdeling rekening gehouden te worden met *"alle van belang zijnde omstandigheden van het geval, waaronder enerzijds de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en omvang van de toegebrachte schade."*

In de praktijk is het lastig te bepalen – en veelal enigszins arbitrair – hoe al deze omstandigheden onderling 'gewogen' moeten worden, en daarmee welk deel van de schade redelijkerwijs behoort tot het normaal maatschappelijk risico van de aanvrager (en daarom niet voor compensatie in aanmerking komt). Dit niet te compenseren deel van de schade wordt dan vaak uitgedrukt in een percentage van de schade, dat voor rekening van de aanvrager moet blijven in de vorm van een 'korting' op de schade. Verschillende bestuursorganen hebben ook op dit punt in de loop van de tijd beleid ontwikkeld; sommige van deze bestuursorganen hebben dit beleid vastgelegd in een schaderegeling of nadeelcompensatieverordening. Aldus worden in de praktijk kortingspercentages wegens normaal maatschappelijk risico toegepast van 15-40% van de geleden schade. De Afdeling pleegt deze kortingen in beginsel slechts marginaal te toetsen, door te beoordelen of het betreffende bestuursorgaan 'in redelijkheid de betreffende korting

op het te vergoeden schadebedrag heeft kunnen toepassen'.¹¹ Daarbij hanteert de Afdeling het motto: 'hoe hoger de korting, hoe meer motivering vereist'.¹²

Om voor nadeelcompensatie in aanmerking te komen zal de benadeelde burger of onderneming een verzoek ('aanvraag') moeten indienen bij de betreffende overheid. Op de behandeling van zo'n verzoek/aanvraag zijn de algemene regels van de Awb van toepassing, en voorts de procedurevoorschriften uit een eventueel op de schadeoorzaak toepasselijke bijzondere nadeelcompensatieregeling. In de meeste bijzondere nadeelcompensatieregelingen is voorgeschreven dat de betreffende overheid, alvorens een besluit te nemen op het verzoek om nadeelcompensatie, eerst een advies daarover vraagt aan één of meer externe/onafhankelijke deskundigen. Tegen het besluit naar aanleiding van het verzoek om nadeelcompensatie is in de meeste gevallen bezwaar en beroep volgens de Awb mogelijk. Alleen indien het verzoek ziet op compensatie van (onevenredig) nadeel als gevolg van een feitelijk handelen van de overheid (bijvoorbeeld het opbreken van een straat of het repareren van een brug) of als gevolg van een besluit waartegen zelf geen bezwaar of beroep volgens de Awb mogelijk is (bijvoorbeeld de vaststelling van een beleidsregel of verordening) zal de verzoeker op dit moment nog na een afwijzend besluit een vordering tot schadevergoeding bij de civiele rechter moeten instellen. Na de inwerkingtreding van de nieuwe algemene wettelijke regeling voor nadeelcompensatie zal een verzoeker ook tegen een besluit inzake nadeelcompensatie als gevolg van een feitelijk handelen van de overheid bezwaar en beroep bij de bestuursrechter kunnen instellen.

Tot slot

Nadeelcompensatie is in ons land geen gunst, maar een recht. Dit recht op nadeelcompensatie kent echter veel beperkingen. Voor nadeelcompensatie komt daarmee alleen de burger of onderneming in aanmerking die – alleen of als één van een heel kleine groep – onevenredig zwaar wordt getroffen door een rechtmatige overheidsmaatregel. Alleen in dat geval kan een overheid verplicht zijn om het onevenredig deel van dit nadeel te compenseren, hetzij in geld hetzij op een andere geschikte manier. Door middel van beleid kunnen overheden – tot op zekere hoogte – hun plicht tot nadeelcompensatie zelf nader invullen en inperken. Dergelijk beleid is bovendien een goede manier om de 'mist' die vaak nog over het onderwerp

nadeelcompensatie hangt bij burgers en bestuurders te klaren!

Noten

- 1 Mr. Ivo van Heijst is advocaat bij 't Regthuys (Rozendaal, Gld.). Hij treedt daarnaast regelmatig op als rechtbankdeskundige in onteigenings- en Wvg-zaken en in diverse planschade- en nadeelcompensatiecommissies. Ivo van Heijst is mede-auteur van "Planschade en nadeelcompensatie; schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen op het gebied van ruimtelijke ordening, openbare ruimten en infrastructuur" (2012, ISBN 978 94 91073 44 1).
- 2 Op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb is de overheid ook verplicht om bij de voorbereiding van een besluit alle betrokken belangen zorgvuldig te onderzoeken en af te wegen.
- 3 Andere voorbeelden zijn onder meer de Boswet (artikel 17), Wabo (artikel 4.2), Monumentenwet (artikel 22), Natuurbeschermingswet 1998 (artikel 31), Flora- en faunawet (artikel 84), Reconstructiewet concentratiegebieden (artikel 30), Ontgrondingenwet (artikel 26), Tracéwet (artikel 22), Spoedwet wegverbreding (artikel 17), Wet Luchtvaart (artikelen 8.31 en 8.56), Waterwet (artikelen 7.14 en 7.15) en de Wet bodembescherming (artikelen 73-75). Al deze bijzondere wettelijke nadeelcompensatieregelingen zullen met de uitvoering van de algemene wettelijke nadeelcompensatieregeling in titel 4.5 Awb komen te vervallen of aangepast worden. De daarvoor noodzakelijke invoeringswetgeving is in voorbereiding.
- 4 Bijvoorbeeld Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 en recent Algemene Verordening nadeelcompensatie gemeente Amsterdam (2012)
- 5 ABR 5 juni 1996, BR 1996, p. 1010; ABR 4 december 2002, AB 2003, 91; ABR 7 november 2007, LJV BB7294.
- 6 ABR 26 maart 2008, LJV BC7607.
- 7 ABR 18 mei 2011, LJV BQ4893, ABR 7 september 2011, LJV BR6919.
- 8 HR 20 juni 2003, GSt. 7199, 4; ABR 20 mei 2009, LJV BI4497.
- 9 ABR 11 november 2009, AB 2010, 6; ABR 11 januari 2012, AB 2012, 271.
- 10 ABR 14 april 2004, LJV AO7483; ABR 10 juni 2009, TBR 2009, 173; ABR 18 mei 2011, BR 2011/118. Veel bestuursorganen hanteren in dit verband een drempel van 15% van de gemiddelde jaaromzet of kostenpost. Op grond van haar nieuwe nadeelcompensatieverordening hanteert de gemeente Amsterdam een drempel van 6% van de gemiddelde jaaromzet of 8% van de betreffende kostenpost op jaarbasis.
- 11 ABR 9 februari 2011, LJV BP3666, ABR 18 mei 2011, BR 2011/117.
- 12 ABR 30 mei 2012, LJV BW6926.