

Zijne Excellentie
mr. I.W. Opstelten
Minister van Veiligheid en Justitie
Ministerie van Veiligheid en Justitie
Schedeldoekshaven 100
2511 EX DEN HAAG

Briefnummer
13/10.017/RB/Man

Onderwerp
Nadeelcompensatie

Den Haag
15 januari 2013

Telefoonnummer
015 2191272
E-mail
r.vandenbosch@mkb.nl

Excellentie,

Op 29 januari 2013 zal de Eerste Kamer het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (Kamerstukken I, nummer 32 621) behandelen. Wij waarderen het wetsvoorstel in die zin dat een algemene regeling over nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) naar ons oordeel in belangrijke mate zal leiden tot een gewenste uniformering van de procedure voor verzoeken om nadeelcompensatie. Wel vragen wij aandacht voor het feit dat het wetsvoorstel belangrijke knelpunten die ondernemers in de praktijk ondervinden bij het aanvragen van nadeelcompensatie, niet oplost. Het gaat daarbij met name om de berekening van nadeelcompensatie en de bewijslast. Wij menen dat de oplossing van deze knelpunten niet zozeer in de wet zelf moet worden gezocht, maar achten het wel noodzakelijk dat dit in flankerend beleid ter ondersteuning van het wetsvoorstel wordt geadresseerd. Hierna zullen wij de knelpunten toelichten en een oplossing voorstellen.

Berekening nadeelcompensatie

Normaal maatschappelijk risico blijft voor rekening van de ondernemer. De overheid hanteert grosso modo een van de volgende twee benaderingen om het *normaal maatschappelijk risico* inhoud te geven:

1. Beneden een *drempel van 15% van de jaaromzet* komt de schade voor eigen rekening van de ondernemer. Slechts de schade boven die drempel komt voor vergoeding in aanmerking. Hierbij wordt de jaaromzet doorgaans bepaald aan de hand van drie referentie jaren.
2. Een *korting van 15 tot 25% van de schade (gederfde inkomsten)* komt voor eigen rekening van de ondernemer.

VNO-NCW en MKB-Nederland kunnen zich erin vinden dat een ondernemer in geval van een rechtmatige overheidsdaad een deel van de schade voor eigen rekening moet nemen. In de praktijk kiest de overheid echter steeds vaker voor de eerste variant. Een omzetrempel van 15% beschouwen wij echter als een disproportioneel zware eis, die een normaal ondernemersrisico niet weerspiegelt. Dat is met name het geval als de omzet hoog is in verhouding tot de geleden schade. De omzetrempel van 15% leidt er in de praktijk dan ook regelmatig toe, dat bedrijven hun schade ten onrechte niet vergoed krijgen. Illustratief is het voorbeeld in bijlage I, dat betrekking heeft op de afsluiting van de Hollandse Brug.

De rechter pleegt een omzetrempel van 15% zonder veel nader onderzoek of motivering aanvaardbaar te achten. Bijgevoegd artikel (bijlage II) toont ons inziens aan waarom het voor een bedrijf nauwelijks mogelijk is om met hantering van een dergelijke omzetrempel een gerechtvaardigde, redelijke schadevergoeding te ontvangen. Wat hierin wordt beschreven is nog steeds actueel.

Een belangrijk neveneffect van variant 1 zijn de hoge kosten. Gewoonlijk zal een bedrijf een accountant moeten inschakelen, die vervolgens berekent dat de omzetrempel niet wordt gehaald.

Bewijslast nadeelcompensatie

Een ander probleem betreft de bewijslast die bij het getroffen bedrijf ligt. De ondernemer moet niet alleen aantonen dat zijn bedrijf onevenredig getroffen is door bepaald overheidshandelen, zoals een wegafsluiting of -opbreking. Hij moet ook de exacte hoogte van de schade aangeven en het causaal verband tussen de geleden schade en het overheidshandelen. Dit blijkt in de praktijk problematisch. Jurisprudentie leert dat een bedrijf regelmatig wordt tegengeworpen dat het de teruggang van de bedrijfsresultaten en/of de causaliteit met de rechtmatige overheidsdaad onvoldoende heeft gemotiveerd.

De bewijslast is ingewikkeld omdat er met velerlei factoren rekening moet worden gehouden, zoals de trend van de branche, het economisch tij en ontwikkelingen van nieuwe activiteiten ten opzichte van voorgaande jaren. Ook moet de ondernemer vaak bewijzen dat hij zich voldoende heeft ingezet om schade te voorkomen. De schade verschilt bovendien per branche en per onderneming. Zo zal een winkel vooral omzetschade ervaren als gevolg van bereikbaarheidsproblemen, terwijl een transportbedrijf geconfronteerd wordt met een stijging van vervoerskosten als gevolg van omrijden. Het gebrek aan een uniforme, algemeen geaccepteerde wijze van bewijs van omzetschade (inclusief berekeningsmethode) doet afbreuk aan de voorspelbaarheid van het recht op nadeelcompensatie en daarmee aan dat recht zelf.

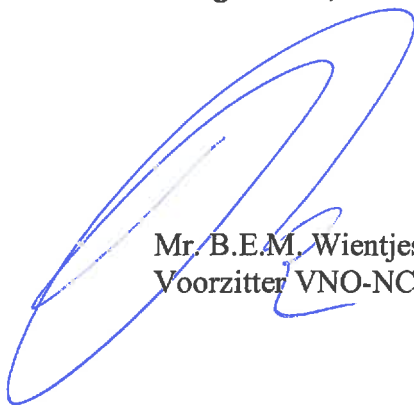
Oplossing: voorspelbaar systeem

De omzetschade als gevolg van wegafsluitingen, die vaak het midden- en kleinbedrijf treft, is in veel gevallen substantieel. Het kost de ondernemer jaren om deze terug te verdienen. Een verzoek tot compensatie van die schade vergt echter een enorme administratieve krachtinspanning, die - wanneer het bestuursorgaan uitgaat van een 15% omzetsdrempel - niet of nauwelijks tot uitkering van nadeelcompensatie leidt. Bovendien blijkt het zeer lastig vooraf te voorspellen of men recht heeft op nadeelcompensatie, waardoor ondernemers afhaken of hoge juridische kosten en accountantskosten maken met uiteindelijk toch nul op het rekest.

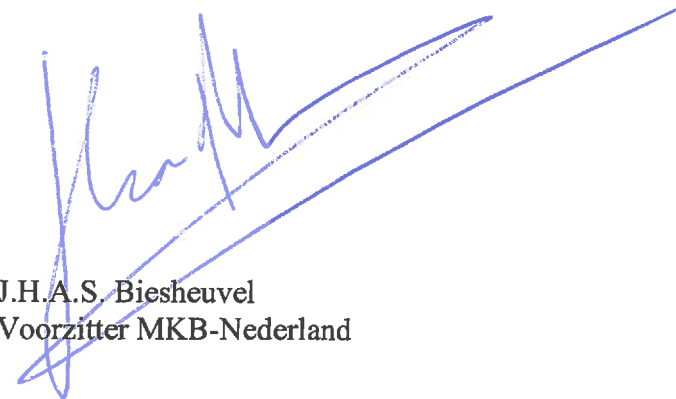
Om vorenstaande redenen verzoeken MKB-Nederland en VNO-NCW u deskundigen te benoemen die een systeem uitwerken, dat tot redelijke en voorspelbare uitkomsten leidt tegen acceptabele kosten. Een helder systeem gaat uit van een realistisch en aanvaardbaar ondernemersrisico, bevat geüniformeerde richtlijnen voor de bewijslast en bespaart hiermee bedrijven en overheid onnodige juridische kosten. Graag zijn wij bereid met de te benoemen deskundigen mee te denken.

Een afschrift van deze brief zenden wij aan de leden van de Eerste Kamer der Staten-Generaal met de vraag ons verzoek te betrekken bij de behandeling van het wetsvoorstel op 29 januari 2013.

Hoogachtend,



Mr. B.E.M. Wientjes
Voorzitter VNO-NCW



J.H.A.S. Biesheuvel
Voorzitter MKB-Nederland

Bijlagen

C.c.: De leden van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Bijlage I – Voorbeeld schade/nadeelcompensatie afsluiting Hollandse Brug

De Hollandse Brug is de brugverbinding in de Rijksweg A6 tussen Almere en Amsterdam. De Minister van Verkeer en Waterstaat, thans de Minister van Infrastructuur en Milieu, heeft op 27 april 2007 besloten de Hollandse brug diezelfde dag nog, uit veiligheidsoverwegingen volledig af te sluiten voor vrachtverkeer. Op 7 juli 2008 is de brug weer volledig opengesteld voor vrachtverkeer. Diverse transportondernemers maken dagelijks gebruik van deze brug. Zo ook de navolgende twee transportondernemers:

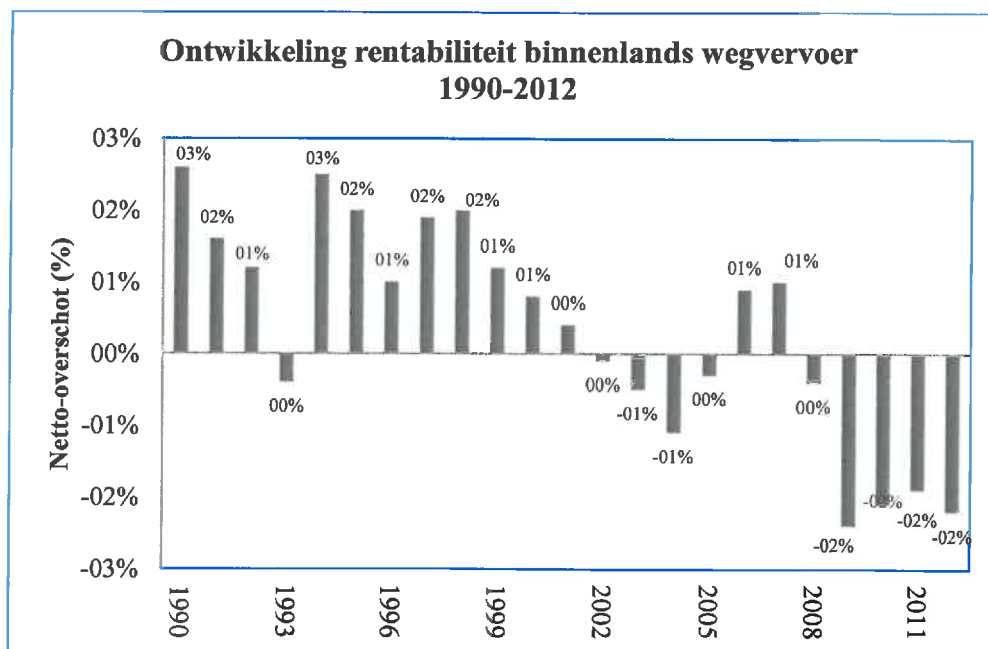
Ondernemer	A	B
	Absoluut	Absoluut
Omzet (gebaseerd op de gemiddelde omzet van 2 tot 3 jaar voorafgaand aan het schadeveroorzakende incident)	8.147.451	21.241.371
Kostprijs	634.592	3.550.391
Brutowinst	7.512.859	17.690.981
Overige bedrijfsopbrengsten	3.894	0
Brutomarge	7.516.753	17.690.981
Personeelskosten	3.975.606	7.323.955
Afschrijving	81.208	159.060
Overige bedrijfskosten	3.702.465	10.184.975
Som der bedrijfskosten	7.759.278	17.667.990
Bedrijfsresultaat	-242.525	22.991
Financiële baten en lasten	-71.222	0
Resultaat	-313.747	22.991
Schade t.g.v. afsluiting Hollandse Brug	611.241	640.939

Beide ondernemers hebben van de minister geen vergoeding van de geleden schade ontvangen omdat niet voldaan werd aan de 15%-drempel. Tegen de afwijzing is door de ondernemers beroep ingesteld bij de rechtbank. De beroepen zijn ongegrond verklaard. Alle genoemde bedragen zijn afkomstig uit het dossier dat ten grondslag lag aan het besluit van de minister om het verzoek om nadeelcompensatie af te wijzen. De cijfers zijn opgesteld door de accountants van de ondernemers. Over de schadebedragen bestaat geen discussie. Zowel de ondernemers als de minister gaan uit van de juistheid.

Beide bedrijven zijn solide ondernemingen. Onderneming A bestaat inmiddels ruim 25 jaar, terwijl onderneming B – met een aantal tussentijds overnames – sinds 1912 actief is in het wegvervoer. De voorbeelden zijn willekeurig gekozen. Qua aard van de activiteiten vertonen de ondernemingen grote gelijkenis. Ongeveer 58 bij branchevereniging Transport en Logistiek Nederland aangesloten bedrijven zijn in meer of mindere mate gedupeerd door de afsluiting van de Hollandse brug.

Gelet op het nettoresultaat van beide ondernemers slaagt A er nooit meer in om deze schade terug te verdienen. Ondernemer B heeft (€ 640.939,- / € 22.991,- =) 27 jaar nodig om de schade terug te verdienen, er van uitgaande dat er zich in die 27 jaar geen nieuwe schadegevallen voordoen hetgeen een illusie is.

Getuige onderstaand schema is de gemiddelde rentabiliteit in de transportbranche structureel laag. De cijfers van bovenstaande ondernemers zijn derhalve kenmerkend te noemen. De impact van de 15%-drempelbenadering is voor iedere ondernemer in deze branche per definitie enorm.



Een (on)billijke drempel bij het toekennen van nadeelcompensatie

E.H. Horlings¹

108

Wanneer een ondernemer schade lijdt als gevolg van een rechtmatige overheidsdaad wordt bij het toekennen van nadeelcompensatie veelal aangenomen, dat hij de schade voor een deel voor eigen rekening moet nemen, namelijk in zoverre als deze behoort tot zijn normale ondernemersrisico. In recente rechtspraak is bepaald, dat hierbij een drempel van 15% van de jaaromzet aanvaardbaar geacht kan worden. In dit artikel wordt uiteengezet dat een drempel op dat niveau veel hoger ligt dan wat tot nu aanvaardbaar lijkt te worden geacht.

1 Inleiding

De overheid is op diverse niveaus (rijk, provincie, gemeente) al jaren intensief bezig met het uitvoeren van infrastructurele werken. Grootschalige projecten zijn de aanleg van de Betuweroute en de HSL, op gemeentelijk niveau kunnen de Haagse tramtunnel en de Amsterdamse Noord-Zuidlijn als zodanig getypeerd worden. De uitvoering van dergelijke werken gaat er vaak mee gepaard dat winkels en andere ondernemingen tijdelijk of permanent slecht bereikbaar worden, waardoor het publiek wegblijft. Dat gaat ten koste van de omzet. Ook kan waardevermindering van gebouwen optreden. De overheid heeft er oog voor dat dergelijke, op zich rechtmatig toegebrachte schade die veelal een beperkt aantal ondernemers treft, gecompenseerd moet worden ten laste van de algemene middelen. Bij veelomvattende werken wordt in de regel dan ook een aparte regeling getroffen voor het toekennen van nadeelcompensatie, naast de algemene regelingen die tal van overheden (bijvoorbeeld Rijkswaterstaat) kennen.

Natuurlijk hebben niet alleen grote werken ingrijpende gevolgen voor ondernemingen. Ook kleine 'ingrepen' zoals het wegwerken van achterstallig onderhoud aan wegen of het reconstrueren van een druk verkeersplein kunnen schadelijke gevolgen hebben voor ondernemers, die in de nabijheid van dergelijke werken hun omzet trachten te realiseren.

In al deze gevallen is het gebruikelijk om, indien een ondernemer voor het toekennen van schadevergoeding aanklopt, te onderzoeken in hoeverre de schade tot het normale ondernemersrisico behoort. De daar-

bij gevolgde redenering is meestal dat een ondernemer zekere risico's voor lief moet nemen, omdat hij op andere momenten profiteert van de faciliteiten en voordelen, die een goed werkende overheid voor het bedrijfsleven schept.

Deze redenering wordt in de regel niet ter discussie gesteld. In de praktijk geeft echter de concretisering ervan in individuele gevallen de nodige hoofdbreken. Een vaste norm voor het bepalen van het normale ondernemersrisico is in regelingen veelal niet opgenomen. Bij veel voorkomende schades die van korte duur zijn en redelijkerwijs voorzienbaar zijn (zoals onderhoud van wegen of bruggen) pleegt men aan te nemen, dat deze voor rekening van de getroffene moeten blijven. Gaat het om schades met een grotere omvang (in tijdsduur en geld), dan redt de praktijk zich met de geleidelijk in de jurisprudentie uitgekristalliseerde vuistregel, dat een getroffen ondernemer 15 tot 25% van de schade voor eigen rekening moet nemen.² Evenwel komt in de voortschrijdende discussie over deze korting regelmatig de opmerking naar voren of wel voldoende afzonderlijke aandacht wordt toegekend aan de aard en omvang van de toegebrachte schade.

De concretisering van het normale bedrijfsrisico in individuele gevallen geeft in de praktijk de nodige hoofdbreken

Met andere woorden: ligt in de korting impliciet een oordeel over aard en omvang opgesloten of dient daarvoor een afzonderlijk criterium te worden aangelegd?

¹ Eppo Horlings is zelfstandig gevestigd registeraccountant te Amsterdam en gespecialiseerd in bedrijfsschade uit hoofde van onrechtmatige daad, wanprestatie, planschade, onteigening, nadeelcompensatie en diverse wetten.

² ABRvS 15 mei 2002, zaaknr. 200005410/1.

In de rechtspraak wordt aangenomen dat de vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een schadeveroorzakende overheids-handeling buiten het normale maatschappelijke risico of het normale ondernemersrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kunnen hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheids-handeling 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.³

Het lijkt bijvoorbeeld verdedigbaar te stellen dat in een kortingspercentage mede tot uitdrukking wordt gebracht of, en zo ja in hoeverre de betrokken ondernemer met een wijziging van de situatie, waardoor hij nadeel kan ondervinden, rekening kon houden (kort gezegd: de voorzienbaarheid). Dat in deze korting tot nu toe niet de aard en de omvang van de schade – ook factoren waarmee rekening moet worden gehouden – tot uitdrukking zijn gekomen ligt niet voor de hand. Bestuursorganen operationaliseren thans echter het aspect 'aard en omvang van de schade' door hantering van een 'ondergrens in de vorm van een maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis' bij de beantwoording van de vraag, of een bepaalde schade (gederfde winst), die het gevolg is van nieuwe, van overheidswege geïnitieerde ontwikkelingen van infrastructurele aard, gelet op de aard en omvang daarvan het normaal maatschappelijk risico of althans het normale ondernemersrisico overstijgt.

2 Aard en omvang van de toegebrachte schade

Schade manifesteert zich op velerlei manieren. Er kan sprake zijn van schade als gevolg van extra investeringen, omrijden, omzetsdaling, opheffing dan wel verplaatsing van activiteiten, het aanbrengen van voorzieningen als gevolg van geluidsoverlast, etc. In de tot heden toegepaste kortingspercentages variërend van 15-25% spelen aard en omvang mede een rol. Zo is het openen van de Beerdam aan de kop van het Hartelkanaal een ingreep geweest die nauwelijks voorzienbaar was, maar qua aard bijzonder en qua schadelijke gevolgen in omvang aanzienlijk. In een land dat zich verdedigt tegen de zee wordt zout water binnen gelaten met grote gevolgen voor de aan het Hartelkanaal gevestigde bedrijven. Aard en omvang van de schade waren groot, tientallen miljoenen zijn door Rijkswaterstaat als nadeelcompensatie uitgekeerd, maar de voorzienbaarheid was klein. Het ging hier met name om schade als gevolg van extra investeringen, in de vorm van aanpassingen van aanlegplaatsen, zoetwatervoorzieningen ten behoeve van de brandbestrijding, kadeophoging, etc. Van omzetschade was geen sprake.

De aard en omvang van de schade lijkt verdisconteerd te zijn in de toegepaste aftrek wegens normaal maatschappelijk risico.⁴

3 Een opmerkelijke uitspraak

In de toepassing van een kortingspercentage wegens het normale ondernemersrisico is een bres geschooten door een uitspraak van de Haagse rechtbank d.d. 9 juli 1999,⁵ waarbij de rechtbank het volgende overwoog:

'De rechtbank acht het in het algemeen niet onredelijk dat bij het beslissen op een verzoek om nadeelcompensatie door een bestuursorgaan een ondergrens wordt gehanteerd in de vorm van het maatschappelijk aanvaardbaar risico en dat die grens wordt bepaald aan de hand van de omzet, gerelateerd aan een aantal referentie jaren. Van belang daarbij is dat dit een objectief criterium betreft, waarbij, anders dan een op winst en verlies betrekking hebbend criterium, de draagkracht van de benadeelde geen rol speelt. De rechtbank onderschrijft dan ook hetgeen verweerder hierover in het verweerschrift heeft opgemerkt. De desbetreffende passage luidt als volgt:

"De norm die gemeente Den Haag hanteert kan niet worden opgevat als een draagkrachtbeginsel. Bij de bepaling van de grens van het maatschappelijk aanvaardbaar risico wordt geen rekening gehouden met het vermogen of inkomen van de benadeelde. Dit zou leiden tot een niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen, slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend onderscheid tussen ondernemers die in gelijke mate door de tunnelwerkzaamheden worden getroffen. Door het nadeel te vergelijken met de omzet van de onderneming kan op objectieve wijze de ernst van het geleden nadeel en derhalve de grens van het maatschappelijk aanvaardbaar risico worden bepaald.' "

In een latere uitspraak heeft ook de Afdeling geoordeeld dat een ondergrens in de vorm van een normaal maatschappelijk (ondernemers)risico van 15% van de omzet op jaarbasis en de gedragslijn dat van verrekening met dat risico slechts kan worden afgezien in geval een ondernemer langer dan twee jaren met de gevolgen van de werkzaamheden aan de tunnel is geconfronteerd, rechtens niet onaanvaardbaar is.⁶

Met deze uitspraak is de deur geopend naar beleidsmatige toepassing van een drempelwaarde, een ondergrens in de vorm van een normaal maatschappelijk risico tot stand gebracht, voorafgaand aan het berekenen van de schade en aan een mogelijke korting die uit hoofde van maatschappelijk risico (alsnog) op de geleden schade in mindering wordt gebracht.

I Vergelijking van exploitatiegegevens van detailbedrijven

soort detailbedrijf	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
1 Omzet	100	100	100	100
2 Inkopen	74,5	28	60,3	13,7
3 Brutowinst	25,5	72	39,7	86,3
4 Vaste en variabele kosten:				
5 Personeel	11,5	25,5	17,6	29,9
6 Afschrijvingen	2,2	8,5	2,8	5
7 Huisvesting/inv/machines	3,9	6,5	7	5,7
8 Autokosten	0,4	0	0	0
9 Verkoopkosten	1,7	3	3,9	2,9
10 Overige kosten	3,5	7	3,2	11,2
11 Saldo financiële kosten	0,3	2	1,2	0,6
12 Totaal kosten	23,5	52,5	35,7	55,3
13 Bedrijfsresultaat	2	19,5	4	31

Bron: Rabobank Cijfers & Trends 2004/2005, p.

72 134 95 174

In de praktijk leidt de in deze uitspraken goedgekeurde drempel ertoe, dat een serieus getroffen ondernemer zijn schade voor een groot gedeelte voor eigen rekening moet nemen. De drempel – 15% van de jaaromzet – is zo hoog, dat niet gauw een vergoeding moet worden toegekend. Daardoor blijven een groot aantal serieus getroffen personen verstoken van een passende vergoeding van hun schade.

In het navolgende wordt deze tussentijdse conclusie toegelicht.

4 Vier getroffen personen

Omdat een min of meer abstracte formule vaak minder aanspreekt dan een rekenvoorbeeld wordt hier de bedrijfseconomische situatie van vier getroffen ondernemers in beeld gebracht. De voorbeelden zijn realistisch gekozen: een buurtsupermarkt, een café, een verkoper van woninginrichting en -decoratie, en een kapper. Vele voor de branche geldende kengetal-

len betreffende dergelijke ondernemingen zijn te vinden in de periodiek door de Rabobank gepubliceerde uitgave *Cijfers en Trends*.

In tabel I worden de exploitatiegegevens van vier branches weergegeven in *procenten van de omzet*.

De kostenstructuur van de ondernemingen verschilt sterk. De supermarkt en de woninginrichter kopen een belangrijk deel van hun omzet in. De toegevoegde waarde is beperkt. De caféhouder en de kapper genereren veel meer omzet door eigen arbeid; hun toegevoegde waarde is daardoor veel hoger. De brutowinst (omzet min inkopen) van de vier ondernemers verschilt dus sterk. Ook de vaste en variabele kosten verschillen per onderneming (branche) in belangrijke mate.

Naast verschillen in kostenstructuur kan de ondernemingsvorm verschillen. Soms is er sprake van een eenmanszaak (met weinig personeel), soms wordt voor een besloten vennootschap (veelal met wat meer personeel) gekozen. De beloning voor de ondernemer is bij een BV opgenomen in de personeelskosten; in de eenmanszaak moet de ondernemer zijn inkomen uit het bedrijfsresultaat halen.

Voor de schadeberekening maakt dit verschil niet uit. De meest voorkomende ondernemingsvorm bij supermarkten en woninginrichtingsbedrijven is de BV, bij cafés en kappers de eenmanszaak.

De tabel laat ook zien, in regel 13, dat de verhouding omzet : bedrijfsresultaat sterk verschilt.

3 HR 17 september 2004, AB 2006, 41; ABRvS 21 juni 2006, zaaknr. 200508280/1.

4 Zie ABRvS 14 april 2004, zaaknr. 200104801/1.

5 Rb. Den Haag 9 juli 1999, JB 1999, 234 (m.nt. RJNS). De uitspraak is in hoger beroep bevestigd door de ABRvS (5 juni 2000, JB 2000, 214), waarbij de Afdeling echter nog in het midden liet of de door het gemeentebestuur gehanteerde gedragslijn bij de bepaling van de drempel van het normaal bedrijfsrisico juist was.

6 ABRvS 5 september 2001, BR 2002, p. 877 (m.nt. BPMvR).

II Kerngegevens bij de vergelijking van exploitatiegegevens van detailbedrijven

	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
1 Aantal fte's (full time equivalenten)	10	7,5	6	2,3
2 Betaalde fte's	10	6	6	1,3
3 Aantal niet betaalde krachten	0	1,5	0	1
4 Omzet per jaar	2.200.000	500.000	1.000.000	73.200
5 Brutowinst	561.000	360.000	397.000	63.172
6 Vaste en variabele kosten	517.000	262.500	357.000	40.480
7 Bedrijfsresultaat	44.000	97.500	40.000	22.692

Bron: Rabobank Cijfers en Trends 2004/2005, p.

72 134 95 174

Tabel 2, eveneens ontleend aan de Rabobank-uitgave, bevat kerngegevens voor een vergelijking van de exploitatie van de vier detailhandelaren (beschouwd als exemplarisch voor de respectieve branches)

Veronderstel nu eens, dat deze vier winkeliers in dezelfde straat gevestigd zijn en dat die straat gedurende een jaar wordt afgesloten voor gemotoriseerd verkeer. Dat zal, zo is inmiddels wel de ervaring, een dip in de omzet geven. Veronderstel verder, dat de dip in alle gevallen 15% van de omzet bedraagt. Voor het berekenen van de schade wordt de omzet in het schadejaar meestal vergeleken met die in drie

tot vijf voorafgaande (boek)jaren. Deze vergelijking kan sterk verfijnd worden door rekening te houden met branchetrends, inflatie, een stijgende of dalende trend in de eigen ondernemingsomzet etc. Dit vergt een zorgvuldige analyse van de beschikbare gegevens.

Voor dit artikel wordt verondersteld, dat de in tabel II weergegeven omzet te beschouwen is als de gemiddelde omzet van drie referentie jaren. Tevens is verondersteld, dat het percentage van vaste en variabele kosten niet of nauwelijks wijzigt. Het beeld in het schadejaar wordt dan als volgt:

III Vergelijking van exploitatiegegevens bij een omzetsdaling van 15%

	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
Omzet	2.200.000	500.000	1.000.000	73.200
Omzet -15%	1.870.000	425.000	850.000	62.220
Inkopen	1.393.150	119.000	512.550	8.524
Brutowinst	476.850	306.000	337.450	53.696
Kosten	517.000	262.500	357.000	40.480
Nettowinst	-40.150	43.500	-19.550	13.216

De schade, die uit de vergelijking van het schadejaar met de referentiejaar voortvloeit, laat zich nu berekenen:

IV Berekening winstdaling ('schade') bij een omzetsdaling van 15%

	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
Winst vóór ingreep	44.000	97.500	40.000	22.692
Winst na ingreep	-40.150	43.500	-19.550	13.216
Schade	84.150	54.000	59.550	9.476

Uit deze tabel valt af te leiden, dat het bedrijfsresultaat daalt met resp. 191%, 55%, 149% en 42%.

Ten slotte kan berekend worden in hoeverre de getroffen en voor deze schade compensatie moet worden verschaft.

Bij de (klassieke) methode, volgens welke de getroffen bij wege van normaal ondernemersrisico 15% van de schade zelf moet dragen, bedragen de vergoedingen als volgt:

V Berekening nadeelcompensatie volgens de klassieke methode

	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
Schade	84.150	54.000	59.550	9.476
NMR 15%	12.623	8.100	8.933	1.421
Te vergoeden	71.528	45.900	50.618	8.054

(NMR wordt hier gebruikt als afkorting van normaal maatschappelijk risico.)

Wanneer echter de Haagse rechtbank wordt gevolgd en een drempel van 15% van de omzet aanvaardbaar wordt geacht, ontstaat het volgende beeld:

VI Berekening nadeelcompensatie volgens drempel-methode

	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
Schade	84.150	54.000	59.550	9.476
Drempel 15% omzet	330.000	75.000	150.000	10.980
Te vergoeden	0	0	0	0

Conclusie: met de klassieke methode krijgt een getroffen ondernemer een belangrijk deel van zijn schade vergoed; met de 'drempel-methode' krijgt de ondernemer niets.

5 Welke methode verdient de voorkeur?

De schrijver van dit artikel is van mening, dat de 'drempel-methode' om verschillende redenen aan een nadere beoordeling dient te worden onderworpen. Die redenen zijn:

- (a) de uitkomsten van de methode leiden tot voor getroffen ondernemers onaanvaardbare resultaten;
- (b) niet langer is het beschadigde inkomen maar een divers begrip als omzet het criterium;
- (c) omzet is geen objectief criterium;
- (d) ondernemersrisico's verschillen; het normale ondernemersrisico verschilt dienovereenkomstig;
- (e) omzet als criterium biedt schijnobjectiviteit en leidt tot het tegendeel van wat gewenst wordt: draagkracht wordt in feite de grond om geen vergoeding toe te kennen;
- (f) in zijn effect leidt de drempel-methode tot een ontkenning van het maatschappelijk belang van de ondernemer.

In onderstaande beschouwingen wordt dit uitgewerkt.

6 Onaanvaardbare resultaten

Bovenstaande rekenvoorbeelden maken al het nodige duidelijk. In tabel IV is te zien, dat het *bedrijfsresultaat* van de vier getroffen ondernemingen daalt met percentages, die uiteenlopen van 42 tot 191%, terwijl de *omzet* daalt met 15%.

Het is waar dat ondernemers, die voor het realiseren van omzet afhankelijk zijn van de bereikbaarheid van hun bedrijf en allen getroffen worden door dezelfde werkzaamheden, bijv. de bouw van een tunnel, in een vergelijkbare positie verkeren als het gaat om omzetverlies. Onderling zijn echter de verschillen groot nu de omzetten waaruit de inkomens (bedrijfsresultaten) worden gegenereerd een zeer wisselende (volgens vaste economische wetten bepaalde) structuur kennen, eenvoudigweg omdat de toegevoegde waarde per soort ondernemer aanzienlijk verschilt. De levensmiddelenhandel is sterk gericht op voorraadvorming en distributie – activiteiten met lage toegevoegde waarde. Een café daarentegen vraagt voor het flesje bier dat ook bij de levensmiddelenhandel verkrijgbaar is, een veel hogere prijs, omdat daaraan het genot van de omgeving – het bruine café en de bediening – wordt toegevoegd. Bij de woninginrichter komt de vorming van de consumentenprijs op weer een geheel andere wijze tot stand. En tot slot is bij de kapper de omzet zodanig arbeidsgebonden dat deze grotendeels gelijk staat aan zijn inkomen. Het ondernemersinkomen wordt in alle gevallen pas gevormd indien er vol-

doende klanten de weg naar de winkel hebben weten te vinden.

Een werknemer die als gevolg van overheidshandelen 15% van zijn jaarsalaris moet inleveren komt normaal gesproken in financiële problemen. Immers, 15% van een jaarsalaris is gelijk aan bijna 2 maanden salaris. Werknemers gaan uit van continuïteit van hun inkomen. Veel middenstanders hebben een inkomen dat niet hoger maar eerder lager ligt dan het jaarinkomen dat men in dienstbetrekking kan bereiken. Het is vaak de drang naar zelfstandigheid en onafhankelijkheid die hen heeft doen besluiten voor eigen rekening en risico een ondernemersinkomen te verwerven. Ook een groot gedeelte van de middenstanders komt in financiële problemen wanneer een omzetverlies van 15% op jaarbasis voor hun rekening blijft. Ook zij hebben een in de regel voldoende gerechtvaardigd vertrouwen in de continuïteit van hun inkomen.

Bovenstaande tabellen maken duidelijk wat het lot van de ondernemers is bij het opwerpen van een drempel van 15% van de jaaromzet. De supermarkt komt in de rode cijfers terecht en zal aanvullende financiering dienen aan te trekken, in de hoop een bank te vinden die dit wenst te financieren. Geen eenvoudige taak in geval van verlies. Het inkomen van de café-eigenaar daalt met meer dan de helft en het is de vraag of deze nog wel aan zijn vaste lasten, huur of hypotheekrente, etc. kan voldoen. Voor de woninginrichter geldt hetzelfde als voor de supermarkt, en last but not least de kapper: hij ziet zijn inkomen zodanig dalen dat hij onder het bestaansminimum terecht komt.

Ieder van de ondernemers wordt teruggeworpen op de door hem opgebouwde financiële buffers. Slechts de sterken overleven. Het gevolg van het door de rechtbank Den Haag gekozen 'objectieve' criterium is dat juist de draagkracht telt bij de benadeelde ondernemers. Daarmee wordt het tegendeel bereikt van de oorspronkelijke (goede) bedoeling van de rechtbank.

Opgemerkt zij verder dat de rechtbank op geen enkele wijze rept over de gevolgschade voor een ondernemer door alle bijkomende nadelen op het gebied van de financiering met als gevolg uitstel van investeringen en het tegen beter weten in doorvoeren van kostenbesparingen (bijv. het ontslaan van

Het gevolg van het door de rechtbank Den Haag gekozen 'objectieve' criterium is dat juist de draagkracht telt bij de benadeelde ondernemers

goede medewerkers die zeer waardevol zijn voor de toekomst) om verliezen te voorkomen.

7 Onjuist criterium

In art. 6:95 BW wordt de vergoedbare schade omschreven als: 'De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.' Vermogensschade wordt dan even verder in art. 6:96 omschreven als 'zowel geleden verlies als gederfde winst'. Art. 6:95 BW is niet rechtstreeks van toepassing op bestuursrechtelijke schadevergoedingen; veelal wordt aangenomen dat daarbij aansluiting kan worden gezocht. In het licht van deze bepalingen, daargelaten of zij rechtstreeks van toepassing is dan wel alleen inspiratiebron voor de rechter, is een vreemde eend in de bijt de door de Haagse rechtbank geïntroduceerde drempel, niet op basis van geleden verlies en gederfde winst, maar op basis van omzet. Dit criterium is nieuw. Tot dusverre was omzet, althans de ontwikkeling daarvan, een belangrijk gegeven om causaal verband te identificeren tussen de schadeveroorzakende ingreep en de gestelde schade, dan wel een hulpmiddel om de gederfde winst te kunnen berekenen. De rechtbank Den Haag verheft 'omzet' tot – wat zij noemt – objectief criterium waarmee de grens wordt getrokken tussen aanvaardbaar ('normaal') en onaanvaardbaar risico.

Van Dale definieert 'omzet' als: 'de som van alle opbrengsten uit de verkoop van een bepaald artikel/dienst gedurende een bepaalde periode.' In de bedrijfseconomie wordt een vergelijkbare definitie gehanteerd.

De opbrengst wordt verkregen door de inspanning die de onderneming zich getroost. Alhoewel 'omzet' ogenschijnlijk een gelijk criterium vormt waaraan men de groep van ondernemingen die schade lijdt kan toetsen wat betreft de mate waarin elk wordt benadeeld door de schadeveroorzakende ingreep, is het bepaald niet zo dat zij elk een gelijke inspanning getroosten voor het behalen van eenzelfde percentage van de omzet. De inspanning wordt wisselend afgewenteld op derden.

Een motorbrandstoffenverkooppunt zal bij een omzetsdaling minder brandstof inkopen en daarmee de omzetsdaling afwentelen op de leverancier. En dat geldt voor vrijwel elke onderneming in vrijwel elke branche. De bijdrage van het personeel (c.q. personeel en overige productiemiddelen) in de omzet – de toegevoegde waarde – is per branche verschillend. Als de omzetschade van langere duur is zal de ondernemer de omzetsdaling ook afwentelen op zijn medewerkers door hun ontslag aan te zeggen. Veel kleine ondernemingen hebben geen of nauwelijks personeel in dienst en kunnen de omzetsdaling niet afwentelen op medewerkers.

Ook voor de overige productiekosten geldt dat de omzetschade op de leveranciers zal worden afgewenteld, met meer en betere mogelijkheden naarmate de tijd verstrijkt en de schade voortduurt.

Wat resteert is de schade uit hoofde van geleden verlies dan wel gederfde winst van de eerst getroffen ondernemer in de keten. Daarbij bestaat er geen lineair verband tussen omzet en bedrijfsresultaat als gevolg van de wisselende mogelijkheden bij ondernemers om de omzetsdaling af te wentelen.

8 Ondernemers verschillen, evenals hun bedrijfsrisico's

Met normaal ondernemersrisico wordt de gevoeligheid aangeduid van het bedrijfsinkomen, dat wil dus zeggen het bedrijfsresultaat, voor ontwikkelingen in de relevante maatschappelijke omgeving die een uitwerking hebben op dat bedrijfsresultaat.

Daar waar de term 'normaal maatschappelijk risico' in algemene termen kan aangeven aan welke ontwikkelingen in de relevante fysieke en maatschappelijke omgeving de ondernemer is blootgesteld – dus feitelijk niet meer dan een inventarisatie wil zijn, impliciet of expliciet –, onderscheidt het 'normaal ondernemersrisico' zich van deze 'blote inventarisatie' door een weging toe te passen naar het gevolg van de verandering in deze omgeving op het inkomen van de getroffen ondernemer.

Het normaal ondernemersrisico verschilt per ondernemer. Een voorbeeld ter toelichting: in een winkelstraat hebben twee ondernemers beide een automatiek, waarin patat, snacks, e.d. verkocht worden. De ene ondernemer koopt alle producten kant en klaar in en laat

deze diepgevroren aanvoeren. De ander heeft een jonge kok in dienst, die de producten, al of niet met halffabrikaten, zelf fabriceert. Wanneer de winkelstraat een flinke tijd wordt afgesloten, worden beide ondernemers met een

verminderde verkoop in de automatiek geconfronteerd. Neem eens aan, dat de omzetsdaling tussen de twee automatiekhouders niet verschilt. De schade is echter heel verschillend: de eerste ondernemer koopt minder in en wentelt aldus een stuk schade af op zijn toeleveranciers; hij behoudt niettemin een schadepost in de vorm van een lagere brutowinst. De schade van de tweede ondernemer is groter: hij zal de kok niet zo maar kunnen ontslaan en heeft dus niet alleen met een lagere verkoop te maken, maar ook met de doorlopende last van de kok die minder produceert voor dezelfde loonkosten.

Het normaal
ondernemersrisico
verschilt per
ondernemer

Gesteld kan worden dat de producerende ondernemer in het voorbeeld niet alleen blootstaat aan *meer* soorten risico's⁷ dan zijn buurman die zich beperkt tot de handel in snacks, maar ook dat zijn bedrijfsresultaat vanwege de aard van zijn bedrijfsvoering ook gevoeliger is voor een (negatieve) ontwikkeling binnen het palet van risico's, simpelweg omdat *de mate van blootstelling* per risicocategorie verschilt of kan verschillen. Evident in het voorbeeld is de blootstelling aan de risicofactor 'arbeid'.

Daar waar de weging van de gevolgen van wijzigingen in de relevante maatschappelijke en/of fysieke omgeving in de beschouwing wordt betrokken, wil dat aldus geenszins zeggen dat hierbij subjectieve elementen in de analyse worden opgenomen. Evenmin is sprake van een (ongewenst) onderscheid naar draagkracht. Het verschil in schade moet gehonoreerd worden daar waar een verschil in schade bestaat.

9 Het maatschappelijk belang van het ondernemen

De hierboven weergegeven cijfervoorbeelden laten zien dat een ondernemer in grote problemen kan raken wanneer schade, waarmee hij ongevraagd geconfronteerd wordt, niet vergoed wordt. Wanneer de overheid weigert gedupeerde ondernemers in redelijke mate schadeloos te stellen is dat op te vatten als een ontkenning van het maatschappelijk belang van het ondernemen, meer in het bijzonder het belang van financieel gezonde ondernemingen.

Men kan natuurlijk zeggen, dat een ondernemer een reserve kan en/of moet vormen om dergelijke tegenvallers op te vangen. Gegeven de grote verschillen in winstgevendheid tussen de vele soorten ondernemingen, is dat een tamelijk gratuite stelling. De ene ondernemer zal daar beter in slagen dan de andere. In wezen wordt dan toch een onderscheid naar draagkracht gemaakt. Daarbij komt nog, dat het vormen van een reserve redelijkerwijs afgestemd zal (moeten) zijn op de voorzienbaarheid van nadelige ontwikkelingen. Zeker bij grote en ingrijpende overheidswerken als de aanleg van bijvoorbeeld de Betuweroute zal men een ondernemer niet mogen voorhouden, dat hij maar had moeten reserveren. Wie kon immers een dergelijke ontwikkeling voorzien?

10 Een bestuurlijk-politieke keuze

Heeft de Haagse rechtbank niet een (te) hoge drempel aanvaard? De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het hanteren van een dergelijke drempel een rechtens niet onaanvaardbare gedragslijn genoemd. De vraag rijst of de rechter door het accepteren van het omzetsdrempel-criterium een juridische of een

bestuurlijk-politieke keuze heeft gesanctioneerd. Het aanleggen van een (hoge) omzetsdrempel bij de bepaling van het 'eigen risico' van de gedupeerde heeft, zoals blijkt uit de hiervoor opgenomen rekenvoorbeelden, tot gevolg dat de overheid slechts bij een beperkt aantal serieus getroffen en gehouden zal zijn tot het vergoeden van schade. In veel gevallen wordt de schade ten laste van de getroffen gelaten.

Bestaan en handelen van ondernemers creëren een maatschappelijk belang. Overheid en ondernemers vormen samen de zijden van dezelfde medaille: het maatschappelijke belang van een gezond ondernemingsklimaat. De continuïteit van het door de ondernemers 'geproduceerde' maatschappelijke belang kan uitsluitend worden gewaarborgd door schadevergoeding te baseren op een rekenmethode, waarbij de schade die is aangericht wordt uitgedrukt in termen van 'winst' dan wel 'inkomen'. Een drempel als ondergrens, uitgedrukt in een percentage van de omzet, past daar niet bij. Het vormt een miskenning van de maatschappelijke functie van ondernemingen in relatie tot hun bijdrage aan het algemeen belang.

Als het onvergoed laten van rechtmatig door de overheid toegebrachte, onevenredige schade leidt tot ernstige financiële problemen bij voorheen goed renderende ondernemers, dan is het duidelijk dat er een onredelijke verdeling van de schade tot stand wordt gebracht tussen enerzijds die ondernemers en anderzijds de overheid als vertegenwoordiger-bij-uitstek van het algemeen belang en beheerder van de algemene middelen.

Met de introductie van het omzetcriterium komt op het eerste gezicht een beoordelingsgrondslag naar voren die ver afstaat van het in de wet gebedigde begrip vermogensschade, dus van gederfde winst of geleden verlies. Omzetverlies leidt onmiskenbaar tot winsterosie of tot verlies, maar 15% omzetverlies leidt in de bovenstaande uitwerkingen (waarvan de uitkomsten een algemene gelding hebben) tot inkomensverliezen die onevenredig hoog zijn en in geen verhouding staan tot het ogenschijnlijk redelijke percentage van de gekozen 15%. Omzet is niet gelijk aan inkomen, niet aan geleden verlies of gederfde winst.

11 Slotwoord

Bij de hiervoor als klassiek aangeduide methode kan het bedrag, dat als normaal ondernemersrisico voor rekening van de getroffen gelaten wordt (15% van de schade), natuurlijk ook uitgedrukt worden in een percentage van de omzet in de drie referentie jaren. Bij de vier als voorbeelden opgevoerde winkeliers geeft dat het volgende beeld:

VII Normaal maatschappelijk risico (15% van de schade), uitgedrukt in een percentage van de omzet

	Supermarkt	Café	Wonen	Kapper
Omzet	2.200.000	500.000	1.000.000	73.200
NMR 15%	12.622	8.100	8.933	1.421
NMR als % van omzet	0,6	1,6	0,9	1,9

Deze tabel maakt duidelijk wat bij de klassieke methode als 'drempel' zou kunnen worden geduid. Deze loopt uiteen van 0,6 tot 1,9% van de referentie-omzet.

Deze 'drempel' komt aanzienlijk lager uit dan die welke de Haagse rechtbank aanvaardbaar heeft geacht. In het voorgaande hoop ik te hebben aangetoond, dat de klassieke methode verre de voorkeur verdient om tot een redelijk resultaat te kunnen geraken.

Eenzijds is van belang de aard van de overheids-handeling 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 de omvang van de toegebrachte schade. In de praktijk zijn deze overwegingen tot uitdrukking gebracht in het hanteren van een kortingspercentage op het bedrag van de schade.

Thans operationaliseren bestuursorganen deze twee grootheden afzonderlijk. Een drempel voor de aard en de omvang en een korting voor de voorzienbaarheid. Het uit elkaar rafelen van deze twee grootheden doet de vraag ontstaan of de drempel in lijn met de bestaande jurisprudentie is. Dit artikel is een poging om aan te tonen dat de toegepaste drempel, bestaande uit een percentage van de omzet, zodanig uitwerkt op het inkomen van de ondernemer dat van een breuklijn sprake is ten opzichte van de in de rechtspraak ontwikkelde kortingspercentages. Op grond daarvan overstijgt de toepassing van de drempel in ieder geval de grenzen van het normaal maatschappelijk risico, die in de gedachtevorming ontwikkeld zijn.