

Concepttoelichting bij Beleidsregel nadeelcompensatie verbod laagcalorisch gas grootste afnemers

(versie 11 december 2019)

1. Inleiding

Met ingang van 1 oktober 2022 is het voor een aantal afnemers verboden om laagcalorisch gas te onttrekken aan het landelijk gastransportnet. Dat regelt artikel 10g van de Gaswet. Dit verbod brengt in de praktijk voor negen afnemers met zich dat zij moeten overstappen naar een andere energiebron. Dat kan een duurzame energiebron zijn, hoogcalorisch gas, of een combinatie daarvan. Een overstap op hoogcalorisch gas houdt in dat de afnemer omschakelt naar het deel van het landelijk gastransportnet waarmee hoogcalorisch gas wordt getransporteerd. In beide gevallen zal de afnemer activiteiten moeten verrichten om diens installaties geschikt te maken voor deze nieuwe energiebron. Dit proces wordt ook wel de ombouw genoemd. De aard van de ombouwactiviteiten zal per afnemer verschillen.

De negen afnemers vormen een heterogene groep bedrijven die laagcalorisch gas voor verschillende doeleinden gebruiken. Sommige afnemers gebruiken het gas bijvoorbeeld om te voorzien in hun energievraag, maar er zijn ook bedrijven die het gebruiken als grondstof in het productieproces. Deze verschillen maken dat niet alleen de impact van de maatregel per afnemer varieert, maar ook de wijze waarop afnemers zich daarop kunnen voorbereiden.

De noodzakelijke investeringen en overige kosten die bedrijven als gevolg van het verbod moeten maken, stijgen mogelijk uit boven het normaal maatschappelijk risico. De Gaswet voorziet daarom in een grondslag voor de Minister van Economische Zaken en Klimaat om een afnemer die niet langer laagcalorisch gas mag onttrekken aan het gastransportnet nadeelcompensatie toe te kennen, indien dat verbod voor die afnemer onevenredige schade veroorzaakt (artikel 10m).

Gegeven de context van het verbod op laagcalorisch gas en de aard en omvang van de door het verbod op laagcalorisch gas getroffen afnemers, heb ik een onafhankelijke adviescommissie ingesteld. De adviescommissie heeft op 11 oktober 2019 advies uitgebracht over de vraag in hoeverre sprake is van een normale maatschappelijke ontwikkeling en op welke wijze invulling kan worden gegeven aan het normaal maatschappelijk risico. Hierna wordt per onderwerp toegelicht hoe ik het advies van de adviescommissie heb betrokken bij deze beleidsregel.

Met deze beleidsregel licht ik, voor zover dat op voorhand mogelijk is, toe hoe ik de bevoegdheid invul om nadeelcompensatie te verlenen. Op het niveau van ministeriële regeling zal ik de procedurele aspecten rond de aanvraag van een vergoeding uitwerken. Deze beleidsregel ziet op lange termijn schade, het normaal ondernemersrisico, kosten die voor vergoeding in aanmerking komen en de verdere toelichting van begrippen als risicoaanvaarding, schadebeperking en verzekerde schade. Deze vraagstukken komen in paragraaf 2 aan de orde. Paragraaf 3 gaat vervolgens in op de procedurele aspecten.

2. Het recht op schadevergoeding

2.1 Het égalitébeginsel

De overheid kan aansprakelijk zijn voor schade die ontstaat in het kader van overheidshandelen dat op zichzelf rechtmatig is. De basis van die aansprakelijkheid is het égalitébeginsel (*égalité devant les charges publiques*; gelijkheid van openbare lasten). Dit beginsel strekt ertoe de lasten van overheidsoptreden gelijk te verdelen over de burgers. Dat betekent niet dat de overheid verplicht is om iedere schade die zij in de rechtmatige uitoefening van haar publieke taken veroorzaakt te vergoeden. Het is onvermijdelijk dat overheidsingrijpen voor sommige burgers en ondernemingen nadelige gevolgen kan hebben. Het uitgangspunt dat daarbij geldt is dat ieder de eigen schade draagt. Maar burgers die door het overheidsoptreden in vergelijking tot anderen onevenredig zwaar worden getroffen, dienen onder omstandigheden op grond van het égalitébeginsel een redelijke compensatie te ontvangen. De vergoeding die op grond van dit beginsel wordt verstrekt, wordt nadeelcompensatie genoemd.

Het égalitébeginsel wordt gecodificeerd in titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht. Omdat die titel nog niet in werking is getreden, bestaat er op dit moment geen algemene wettelijke regeling voor nadeelcompensatie. Daarom voorziet artikel 10m van de Gaswet in een specifieke bevoegdheidsgrondslag om nadeelcompensatie te kunnen verlenen voor de onevenredige schade van afnemers waarvoor het verbod van artikel 10g, eerste lid, van de Gaswet geldt. Ook deze beleidsregel beperkt zich tot die afnemers. Voor een nadere toelichting op het égalitébeginsel

wordt verwezen naar de wetsgeschiedenis van titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht.¹ Door aan te sluiten bij de kaders voor nadeelcompensatie wordt ook geborgd dat bij de toekenning van compensatie geen sprake is van staatssteun. Schade wordt alleen vergoed voor zover de overheid tot vergoeding gehouden is.

Voor het recht op schadevergoeding is allereerst van belang dat sprake is van schade. Het feit dat een bedrijf kosten maakt brengt niet automatisch met zich dat het bedrijf ook schade lijdt. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat kosten kunnen worden doorberekend in tarieven of prijzen en dat het bedrijf bijgevolg geen schade lijdt. Ook kan het zijn dat het verbod de afnemer tevens voordeel heeft opgeleverd.

Indien sprake is van schade, wordt die alleen vergoed als er een rechtsreeks causaal verband bestaat tussen de gestelde schade en het rechtmatig overheidshandelen. Daarnaast moet de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgen, voor ondernemingen ook wel het normaal ondernemersrisico genoemd. Er zijn corrigerende factoren die tot gevolg kunnen hebben dat schade voor eigen rekening moet worden gelaten. De belangrijkste zijn eigen schuld en risicoaanvaarding. De bovengenoemde criteria worden in de volgende paragrafen verder uitgewerkt.

2.2 Causaal verband

2.2.1 Inleiding

Een afnemer die nadeelcompensatie aanvraagt, zal moeten aantonen dat er rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de gestelde schade en het rechtmatig overheidshandelen, in dit geval het verbod. Daarbij zijn twee elementen van belang: of de schade in een *conditio sine qua non*-verband staat met het schadeveroorzakende handelen en of de schade daaraan in redelijkheid kan worden toegerekend. Daarbij geldt in het nadeelcompensatierecht dat alleen schade die in een *rechtstreeks* causaal verband staat, in redelijkheid aan het schadeveroorzakende handelen kan worden toegerekend.

Het criterium van de *conditio sine qua non* gaat om de vraag of de schade zich zonder het verbod ook (in dezelfde mate) zou hebben voorgedaan. Een voorbeeld dat hierbij vaak wordt gehanteerd is een dalende omzet. Die daling kan het gevolg kan zijn van de schadeveroorzakende maatregel, maar kan ook een andere oorzaak hebben, zoals slechte economische omstandigheden. Een ander voorbeeld is een investering die de afnemer hoe dan ook zou hebben gedaan, bijvoorbeeld in het kader van zijn investeringscyclus, vanwege de aflopende economische levensduur van een installatie of productiemiddel of ten behoeve van verduurzaming.

Toerekening naar redelijkheid gaat over de vraag of de schade in zodanig verband staat met het verbod dat die schade, mede gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van het verbod kan worden toegerekend. Hierbij speelt het aantal 'schakels' in de causaliteitsketen een belangrijke rol. Hierbij geldt dat hoe meer schakels er zijn, hoe minder snel sprake zal zijn van toerekening. De adviescommissie heeft aangegeven dat de eerste- of tweedegraads schade in beginsel in een voldoende nauw en rechtstreeks causaal verband staat tot het verbod. Derdegraads of nog verder afgeleide schade kan doorgaans worden toegerekend aan een andere oorzaak, bijvoorbeeld aan een privaatrechtelijke beslissing (zoals het invoeren, opzeggen of aangaan van een contract).

Iedere afnemer zal dus moeten onderbouwen dat de opgevoerde kosten schade opleveren en dat de gemaakte kosten noodzakelijk zijn om aan het verbod te voldoen of een rechtsreeks en noodzakelijk gevolg van het verbod zijn. Daarnaast zal een afnemer ook moeten aantonen dat de kosten niet voorkomen of beperkt konden worden. Op laatstgenoemd aspect wordt in de paragrafen 2.5 en 2.6 nader ingegaan.

Uit een eerste inventarisatie onder de afnemers blijkt dat afnemers als gevolg van het verbod met twee soorten kosten te maken krijgen: eenmalige of tijdelijke kosten en structurele of terugkerende kosten. Beide soorten kosten worden hieronder verder uitgewerkt.

2.2.2 Eenmalige of tijdelijke kosten

Eenmalige of tijdelijke kosten zijn in de eerste plaats investeringen en aanpassingen die nodig zijn om installaties en productiemiddelen geschikt te maken voor een alternatieve energiebron. In de tweede plaats kan het gaan om kosten door eventuele bedrijfsstilstand tijdens de ombouw.

¹ Kamerstukken II, 32621.

Een afnemer zal moeten aantonen dat investeringen en aanpassingen als gevolg van het verbod noodzakelijk zijn en zonder het verbod achterwege zouden zijn gebleven. Er kan bijvoorbeeld sprake van zijn dat investeringen gedaan worden in het kader van de reguliere investeringscyclus van het bedrijf, die dus ook zonder het verbod zouden hebben plaatsgevonden. Het kan ook gebeuren dat investeringen worden gedaan voor verschillende doeleinden, bijvoorbeeld om aan het verbod te kunnen voldoen en tegelijk ook aan klimaatdoelstellingen. In zo'n geval staat alleen het deel van de investering dat aan het verbod kan worden toegerekend in causaal verband tot het verbod. Een voorbeeld is het aanbrengen van een emissiefilter, die de door het gebruik van hoogcalorisch gas toegenomen emissies filtert en ook overige emissies reduceert. In dit voorbeeld is van belang in hoeverre reductie van de uitstoot ook zonder ombouw noodzakelijk was geweest. Alleen het deel van de investering dat naar rato kan worden toegerekend aan het mitigeren van de toegenomen emissies door de ombouw staat in causaal verband tot het verbod.

Er zijn ook investeringen die sowieso zouden zijn gedaan, bijvoorbeeld vanwege de aflopende levensduur van installaties en productiemiddelen, maar wellicht pas op een later moment. Dan moet de afnemer onderbouwen dat de investering bij uitblijven van het verbod pas later zou zijn gedaan en welke meerkosten worden gemaakt doordat de investering nu eerder moet worden gedaan. Alleen die meerkosten staan immers in causaal verband tot het verbod.

Voor de beoordeling of aanpassingen en investeringen noodzakelijk zijn als gevolg van het verbod kan relevant zijn welke kenmerken vergelijkbare installaties of productiemiddelen hebben die al op hoogcalorisch gas draaien. Hoogcalorisch gas heeft meer en frequentere variaties in calorische waarden dan laagcalorisch gas. Bovendien bevat hoogcalorisch gas in de regel meer hogere koolwaterstoffen dan laagcalorisch gas. Om ongewenste effecten op het verbrandingsgedrag van bestaande industriële gasapparatuur te voorkomen, zoals instabiele verbranding, toename van emissie van broeikasgassen of afname van rendement, kan het nodig zijn om maatregelen te treffen om deze effecten op het verbrandingsgedrag weg te nemen. Indien vergelijkbare installaties of productiemiddelen als die van de betrokken afnemers reeds op hoogcalorisch gas draaien met slechts een aantal technisch afwijkende kenmerken (zoals software die de gaskwaliteit monitort), wordt ervan uitgegaan dat alleen het aanbrengen van dezelfde of vergelijkbare kenmerken noodzakelijk is. Verdergaande aanpassingen zijn in beginsel een eigen vrije keuze van de afnemer en staan niet in causaal verband tot het verbod.

Voor gedeelde inkomsten als gevolg van bedrijfsstilstand tijdens ombouw geldt dat de afnemer moet kunnen onderbouwen waarom sprake is van schade die aan het verbod kan worden toegerekend. Daarnaast moet worden onderbouwd dat deze kosten niet voorkomen of beperkt hadden kunnen worden, bijvoorbeeld door ombouw gelijktijdig met een onderhoudsstop te plannen. Hierop wordt in paragraaf 2.5 verder ingegaan.

Ten slotte zijn er ook andere eenmalige kosten denkbaar, zoals kosten ter voorkoming of beperking van schade. Dit onderwerp wordt in paragraaf 2.6 apart besproken.

2.2.3 Structurele of terugkerende kosten

Ook de structurele of terugkerende kosten zijn (met name) kosten die voortvloeien uit het gebruik van een nieuwe energiebron. Hiervoor is toegelicht dat die energiebron, in vergelijking met laagcalorisch gas, een lager rendement kan hebben. Het is daardoor bijvoorbeeld denkbaar dat een afnemer een groter volume moet inkopen om de productie op hetzelfde niveau te houden. Afnemers die laagcalorisch gas als grondstof gebruiken moeten na een overstap op hoogcalorisch gas, dat een lager stikstofgehalte heeft, mogelijk extra stikstof inkopen. Ook kan afwijkend verbrandingsgedrag leiden tot hogere emissies van broeikasgassen, ten behoeve waarvan emissierechten moeten worden ingekocht (voor zover dat mogelijk is binnen het geldende plafond).

Ook voor deze kosten geldt dat een afnemer zal moeten aantonen dat deze het gevolg zijn van het verbod en zij dat zonder het verbod niet (geheel of gedeeltelijk) gemaakt zouden zijn. Uitsluitend het deel van de terugkerende kosten dat aan het verbod kan worden toegerekend staat in een voldoende rechtstreeks causaal verband met dat verbod. Bovendien geldt dat de nieuwe energiebron de afnemer ook voordelen kan opleveren. Als dat het geval is, moeten deze voordelen op de kosten in mindering worden gebracht.

Indien de afnemer de structurele kosten die hij door de overstap naar een nieuwe energiebron zou hebben door middel van een eenmalige investering mitigeert, bijvoorbeeld door middel van investering in een eigen stikstofinstallatie of emissiefilter, geldt voor de kosten die daarmee zijn gemoeid hetgeen hiervoor is uiteengezet in paragraaf 2.2.2. Verder geldt het uitgangspunt dat in

beginsel alleen de meest kostenefficiënte maatregelen voor vergoeding in aanmerking komen. Indien een afnemer voor de keuze staat tussen een eenmalige investering of een structurele maatregel die een jaarlijks terugkerende kostenstijging met zich brengt, wordt bij de vaststelling van de vergoeding uitgegaan van de optie die tot het laagste vergoedingsbedrag zou leiden.

Voor terugkerende schade geldt ten slotte dat deze schade wordt gekapitaliseerd. Dit wordt in paragraaf 2.4 verder toegelicht.

2.3 Normaal ondernemersrisico

2.3.1 Inleiding

Wanneer is vastgesteld dat er causaal verband bestaat tussen de schade en het verbod is het de vraag of die schade onevenredig is. Schade komt namelijk voor vergoeding in aanmerking voor zover die schade onevenredig is. De adviescommissie besteedt in haar advies aandacht aan dit vraagstuk.

2.3.2 Normaal maatschappelijk risico

Schade die buiten het normale maatschappelijke of normale ondernemersrisico valt, komt voor vergoeding in aanmerking. De adviescommissie geeft aan dat in de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en van de Hoge Raad de algemene voorzienbaarheid van de nadelige overheidsmaatregel een factor is bij de afbakening van het normaal ondernemersrisico. Van ondernemers wordt in het algemeen verwacht dat zij maatschappelijke ontwikkelingen in de gaten houden en zo mogelijk op termijn overschakelen op een andere wijze van bedrijfsvoering.² Het gaat om de vraag of de overheidsmaatregelen in de lijn der verwachting lagen, dat wil zeggen, in algemene zin gedurende een reeks van jaren voorzienbaar waren.³ Omstandigheden die hierbij worden meegewogen zijn dat ondernemers voldoende tijd moeten krijgen om hun bedrijfsvoering aan te passen, dat zij zich niet hoeven in te stellen op een maatregel met een zeer uitzonderlijk karakter en niet altijd hoeft uit te gaan van de meest nadelige variant.⁴

Het gevoerde beleid ter zake van de afbouw van het gebruik van laagcalorisch gas door grootverbruikers en het verloop van de besluitvorming daaromtrent zijn belangrijke omstandigheden, die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de omvang van het normaal ondernemersrisico. Alles afwegend is de adviescommissie van mening dat het sinds een aantal jaren, in ieder geval sinds 2011, in de lijn der verwachting lag dat de gassamenstelling zou veranderen en ook dat grootverbruikers van laagcalorisch gas op enig moment tot verduurzaming zouden moeten overgaan. Anderzijds meent de adviescommissie dat een wettelijk verbod geen normale maatschappelijke ontwikkeling was die gedurende een reeks van jaren in de lijn der verwachting lag, en is te beschouwen als een uitzonderlijke maatregel. De adviescommissie concludeert dat het om een dwingende en drastische wettelijke verplichting gaat, die volledig van aard is en bovendien een korte overgangstermijn biedt. De adviescommissie stelt daarbij dat de oorspronkelijke planning van de getroffen bedrijven voor verduurzaming of omschakeling veelal wordt doorkruist. Ook stelt de adviescommissie dat de omschakeling niet altijd kan worden gecombineerd met regulier onderhoud.⁵

Ik volg de adviescommissie in de overweging dat al sinds een aantal jaren in de lijn der verwachting lag dat de gassamenstelling zou veranderen en dat grootverbruikers maatregelen moeten treffen als gevolg daarvan. Er wordt al langere tijd gesproken over het verbruik van laagcalorisch gas en sinds 2016 meer concreet over de ombouw van binnenlandse grootverbruikers. In januari 2018 zijn circa 170 grootverbruikers per brief verzocht om ervoor te zorgen dat zij met ingang van het gasjaar 2022 geen laagcalorisch gas meer onttrekken. Wat betreft de stelling van de adviescommissie dat het verbod geen normale maatschappelijke ontwikkeling is, stel ik vast dat de adviescommissie daarbij niet betrokken heeft dat de getroffen afnemers opereren in een sterk gereguleerde markt. In een dergelijke gereguleerde omgeving moeten bedrijven bij uitstek rekening houden met overheidsmaatregelen die een effect op de bedrijfsvoering kunnen hebben. Echter, gelet op de mate waarin het verbod ingrijpt in de

² Vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996, 164 (Logister/Staat); ABRvS 23 november 2005, AB 2006, 310; ABRvS 27 juni 2007, BR 2007, p. 877; ABRvS 19 augustus 1983, AB 1984, 115; KB 29 december 1988, AB 1989, 90.

³ Punt 9.8 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

⁴ Punt 9.14 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

⁵ Punt 10.22 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

bedrijfsvoering van de afnemers en de korte termijn tussen de inwerkingtreding van het verbod [datum] en 1 oktober 2022, het moment waarop het verbod effect krijgt, onderschrijf ik het advies van de adviescommissie dat het in dit geval gerechtvaardigd is om uit te gaan van een relatief laag normaal ondernemingsrisico.

2.3.3 Forfait

De adviescommissie komt tot de conclusie dat een deel van de schade tot het normaal ondernemersrisico behoort. Het lag in een reeks van jaren, in elk geval sinds 2011, in de lijn der verwachting dat de gassamenstelling zou veranderen en dat bedrijven op enig moment tot maatregelen zouden moeten overgaan die daarmee samenhangen. De adviescommissie adviseert om het normaal ondernemersrisico te bepalen door middel van een forfait. Daarbij meent de adviescommissie dat schade die boven het forfait uitkomt, voor vergoeding in aanmerking komt. Dat geldt volgens de commissie ongeacht de aard van de schade, die eenmalig of terugkerend kan zijn. De adviescommissie geeft aan dat eerst het totale schadebedrag dat voor vergoeding in aanmerking komt moet worden vastgesteld. Vervolgens wordt het forfait op deze totale schade in mindering gebracht.⁶

De adviescommissie adviseert om het forfait te bepalen op basis van de formule:

$$\text{Forfait} = (\text{normjaaromzet} \times \text{normbrutowinstpercentage}) \times (n\%) \times (b\%).$$

In deze formule wordt, in lijn met de jurisprudentie over nadeelcompensatie bij infrastructurele werken, rekening gehouden met de kostenstructuur van de getroffen bedrijven.⁷

De adviescommissie adviseert een laag forfait, dat recht doet aan het bijzondere, niet reguliere karakter van het verbod: n wordt daarom, afhankelijk van de brutowinstpercentage op 13, 11 of 8% vastgesteld en b op 10%.⁸

In de formule heeft de adviescommissie, anders dan in de Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele werken, een factor 'b' toegevoegd. Als gevolg daarvan pakt het forfait aanzienlijk lager uit, waarmee de adviescommissie uitdrukking geeft aan het volgens haar bijzondere karakter van het verbod. De adviescommissie meent dat een factor b van 10% passend is.

Verder adviseert de adviescommissie geen toegangsdrempel te hanteren, omdat het verbod een niet-normale ontwikkeling is, met in beginsel permanente gevolgen. Dat is anders bij infrastructurele maatregelen, waar ingrepen wel zijn te beschouwen als een normale maatschappelijke ontwikkeling. Dat betekent dat alle aanvragen inhoudelijk beoordeeld worden. Alleen als de schade dermate laag is dat deze niet uitkomt boven het forfait, wordt geen nadeelcompensatie uitgekeerd.⁹

Zoals ik in paragraaf 2.3.2 heb toegelicht, volg ik de adviescommissie in het oordeel dat in beginsel een relatief laag normaal ondernemingsrisico gehanteerd moet worden. De adviezen ter zake van de concrete invulling van het normaal ondernemersrisico aan de hand van de bovenstaande formule neem ik in principe ook over. Vanwege de heterogeniteit van de bedrijven is het evenwel moeilijk om op voorhand voor alle bedrijven een bruikbare formule vast te stellen. Om die reden voorziet artikel 3, tweede lid, van de beleidsregel erin dat het normaal ondernemersrisico in bijzondere gevallen op een andere wijze kan worden bepaald.

Het eerste element van het forfait is de normjaaromzet. De normjaaromzet is het gemiddelde van de jaarlijkse omzet, berekend over de drie jaren voorafgaand aan het jaar waarin de omschakeling of afsluiting plaatsvindt.

Het tweede element van het forfait is het normbrutowinstpercentage. Het brutowinstpercentage is het verschil tussen de verkoopprijs van een product en de inkoopprijs van dat product als percentage van de verkoopprijs.¹⁰ Voor een bedrijf is dit het verschil tussen de totale omzet (voor

⁶ Punten 12.12 en 12.13 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

⁷ Wouwse Tol, ABRvS 5 december 2012: ECLI:NL:RVS:2012:BY5105; punt 12.2 van het advies.

⁸ Punt 12.1 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

⁹ Punt 12.1 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

¹⁰ De adviescommissie spreekt ook wel van de brutowinstmarge. Dit betreft hetzelfde begrip.

belastingen en kosten) en de inkoopwaarde van de productie als percentage van de totale omzet. In formulevorm: $(\text{omzet} - \text{kostprijs van producten}) / \text{omzet} * 100\%$. Dit betreft omzet en kosten exclusief belastingen. Hier zijn de afschrijvingen van de vaste activa, salariskosten en andere bedrijfskosten dus ook nog niet van afgetrokken. Het normbrutowinstpercentage wordt berekend door het gemiddelde te nemen van het brutowinstpercentage in de drie jaren voorafgaand aan het jaar waarin de omschakeling of afsluiting plaatsvindt.

Voor de vaststelling van de normjaaronzet en het normbrutowinstpercentage wordt in de eerste plaats uitgegaan van de bedrijfseconomische waarden van de juridische entiteit (rechtspersoon) waar de schade wordt geleden. Dat zal doorgaans de afnemer zijn die aan het verbod moet voldoen. Het kan echter zo zijn dat er binnen het concernverband rechtspersonen zijn die aan de afnemer gelieerd zijn. In dat geval moet beoordeeld worden of de activiteiten van deze gelieerde rechtspersonen dermate met de afnemer zijn verbonden, dat zij gezamenlijk een economische eenheid vormen. In beginsel is daarvan is in ieder geval sprake als de rechtspersonen onderling winsten en verliezen verrekenen of als de gevolgen van het verbod in financiële zin of anderszins ook in deze gelieerde rechtspersonen worden ondervonden. In dat geval moeten ook de bedrijfseconomische waarden van de gelieerde rechtspersonen worden betrokken bij de vaststelling van de normjaaronzet en het normbrutowinstpercentage. Indien sprake is van een geconsolideerde jaarrekening mag worden uitgegaan van de geconsolideerde bedrijfseconomische waarden.

Bedrijven met een zware vaste-kostenstructuur (dat wil zeggen: een relatief groot aandeel vaste kosten op het totaal aan kosten) zullen een hoger brutowinstpercentage moeten genereren om levensvatbaar te zijn. Uit het brutowinstpercentage moeten namelijk de vaste en semi-vaste kosten worden gedekt. Bedrijven met een zwaardere vaste-kostenstructuur zijn minder flexibel om de gevolgen van de wetgeving op te vangen en zullen met een lager forfait worden geconfronteerd. Dit komt tot uitdrukking in de factor n.

normbrutowinstpercentage	n
0-35%	13%
36%-64%	11%
65%-100%	8%

Ik pas het forfait op advies van de adviescommissie toe op zowel eenmalige als jaarlijks terugkerende schade. Dit betekent dat ik eerst de totale schade zal berekenen en ik op dat bedrag het forfait toepas. Het deel van de schade dat niet boven het forfait uitkomt, komt voor eigen risico van de afnemer. Voor jaarlijks terugkerende schade geldt dat het eventueel resterende bedrag na aftrek van het forfait wordt gekapitaliseerd. Dat wordt hierna, in paragraaf 2.4, toegelicht.

2.4 Kapitalisatie terugkerende of permanente schade

2.4.1 Inleiding

De adviescommissie heeft aangegeven dat voor jaarlijks terugkerende schade gebruikelijk is om deze schade door middel van een eenmalig bedrag te kwantificeren, oftewel te kapitaliseren. Dit gebeurt aan de hand van een kapitalisatiefactor.¹¹ Deze methode werkt zo dat het jaarlijks terugkerend schadebedrag dat voor vergoeding in aanmerking komt, na aftrek van het forfait, wordt vermenigvuldigd met de kapitalisatiefactor. De uitkomst vormt de hoogte van de eenmalige vergoeding voor terugkerende schade. De adviescommissie heeft geen voorstel gedaan voor een concrete kapitalisatiefactor voor het onderhavige geval.

Ik neem het advies van de adviescommissie over om de jaarlijks terugkerende schade te kapitaliseren.

Voor kapitalisatie zijn met name de volgende twee elementen van belang: het jaarlijks terugkerende schadebedrag dat wordt gekapitaliseerd en de periode waarover wordt gekapitaliseerd. Laatstgenoemd element vormt de basis voor de kapitalisatiefactor die wordt toegepast op het eerste element, het te kapitaliseren schadebedrag. Beide elementen worden hieronder besproken.

2.4.2 Jaarlijks terugkerende schade

¹¹ Punt 15.35 van het advies van de Adviescommissie beoordeling normaal maatschappelijk risico in het kader van het verbod op laagcalorisch gas (2019).

Het type schade dat wordt gekapitaliseerd betreft de structurele of terugkerende kosten als omschreven in paragraaf 2.2.3. Het gaat hierbij om de jaarlijkse kostenstijging als gevolg van de overstap naar een nieuwe energiebron. Voordat deze schade kan worden gekapitaliseerd, moet worden bepaald welk deel van deze schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Het gaat hierbij om de jaarlijkse kostenstijging als gevolg van de overstap naar een nieuwe energiebron. Bij het vaststellen van deze jaarlijks terugkerende kostenstijging wordt in beginsel gekeken naar het verschil in kosten voor en na de ombouw. Hierbij wordt uitgegaan van een gelijkblijvende productie en gelijkblijvende prijzen, zodat enkel het verschil in kosten veroorzaakt door de ombouw geïdentificeerd wordt. Dit kan bijvoorbeeld liggen aan een toegenomen inkoopvolume (van gas) door een afgenomen rendement of hoger inkoopvolume van ETS-emissierechten door toegenomen uitstoot. Op het moment dat het verschil in kosten voor en na de ombouw is vastgesteld, zal deze gecorrigeerd kunnen worden voor voldoende onderbouwde actuele productie- en prijsverwachtingen.

Bij het vaststellen van de verwachte productie wordt in beginsel uitgegaan van de gemiddelde productie van de drie kalenderjaren voorafgaand aan de het jaar waarin de ombouw heeft plaatsgevonden. Indien de desbetreffende afnemer kan aantonen dat zijn verwachte productie afwijkt van de het hiervoor genoemde gemiddelde, kan worden uitgegaan van de jaarlijkse productie in kalenderjaren na de ombouw.

2.4.3 Kapitalisatiefactor

De kapitalisatiefactor wordt primair bepaald door de periode waarover wordt gekapitaliseerd. Deze periode brengt tot uitdrukking hoe lang de afnemer, het verbod weggedacht, jaar op jaar hetzelfde ongewijzigde inkomen (of kosten) zou hebben gehad. Bij het bepalen van deze periode wordt in het nadeelcompensatierecht aangesloten bij het onteigeningsrecht, voor zover dat dat naar analogie toepasbaar is. In het onteigeningsrecht geldt als vuistregel dat de kapitalisatiefactor lager is naar mate de gebruiker minder in zijn eigendoms- of gebruiksrecht wordt aangetast. Het is vaste jurisprudentie dat voor de meest verstreckende inperking door onteigening een kapitalisatiefactor 10 wordt toegepast. Voor een huurder van bedrijfsruimte die niet langer van zijn huurrecht gebruik kan maken, wordt een factor 7 toegepast. Hierbij speelt mee dat het huurrecht niet absoluut is. Een huurder moet er rekening mee houden dat de huurovereenkomst wordt opgezegd. Voor de inperking op 'zwakkere' rechten of voor de minder vergaande inperking van rechten worden lagere factoren toegepast. Zo geldt een factor 3 bij de intrekking van een milieuvergunning.¹²

In het onderhavige geval zie ik aanleiding om aan te sluiten bij de jurisprudentie op gebied van milieuvergunningen en een kapitalisatiefactor 3 toe te passen. Net als bij milieuvergunningen gaat het in het onderhavige geval om bedrijven die opereren in een sterk gereguleerde sector. Dat betekent dat die bedrijven rekening behoren te houden met kostenverhogende maatregelen die hen in hun bedrijfsvoering raken. Anders dan in het onteigeningsrecht worden de afnemers die aan het verbod moeten voldoen geen rechten op installaties of productiemiddelen ontnomen. Ook worden deze rechten niet ingeperkt en wordt hen niet gevraagd om hun onderneming te staken. Integendeel, de maatregelen zijn er juist op gericht dat de afnemers hun onderneming ongewijzigd kunnen voortzetten. De afnemers behouden ook de volledige beschikkingsvrijheid over hun onderneming, installaties en productiemiddelen. Dit betekent dat de getroffen afnemers de ruimte hebben om de ontwikkelingen waarop het verbod ziet, het feit dat van de grootste afnemers verwacht wordt dat zij een alternatief zoeken voor laagcalorisch gas, een ontwikkeling waarvan deze afnemer al jarenlang op de hoogte zijn, mee te nemen in hun investeringsbeslissingen en bedrijfsvoering. Ook worden zij in staat geacht om, bijvoorbeeld door maatregelen op gebied van innovatie en efficiëntie, de gevolgen van dit wetsvoorstel in hun kostenstructuur te mitigeren.

2.5 Risicoaanvaarding

Bij de beoordeling van een aanvraag tot schadevergoeding speelt een belangrijke rol in hoeverre de benadeelde het risico op schade heeft aanvaard. Risico-aanvaarding kan actief en passief geschieden. Artikel 10m, tweede lid, onderdeel a, van de wet regelt dat schade voor rekening van de afnemer blijft voor zover de afnemer het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard. In artikel 4 van deze beleidsregel is uitwerkt wanneer sprake is van risicoaanvaarding.

Onderdeel a gaat over actieve risicoaanvaarding. Daar is de vraag of een afnemer ten tijde van een investering rekening had moeten houden met de kans op nadelige ontwikkelingen. In het onderhavige geval is het concrete beleidsvoornemen van belang waaruit volgde dat de afnemer

¹² Vgl. HR 25 september 1998, NJ 1998, 193 (*Van der Pol/Franekeradeel*).

met ingang van het gasjaar 2022-2023 geen laagcalorisch gas meer zou mogen afnemen. Houdt een afnemer daar geen rekening mee en ontstaat er schade door die investeringsbeslissing, dan is sprake van risicoaanvaarding en wordt de betreffende schade niet vergoed. Een uitzondering geldt als van de afnemer redelijkerwijs niet anders kon worden verwacht.

Onderdeel b gaat over passieve risicoaanvaarding. Van passieve risicoaanvaarding is sprake indien de benadeelde ervan heeft afgezien om passende maatregelen te nemen toen daar redelijkerwijs (nog) de gelegenheid voor was, terwijl de benadeelde kon voorzien dat er later overheidsmaatregelen zouden worden getroffen die dat handelen onmogelijk zouden maken. Het klassieke voorbeeld in planschade is dat een eigenaar van een stuk grond geen gebruik maakt van de gebruiksmogelijkheden die het huidige bestemmingsplan biedt. Als vervolgens een wijziging van het bestemmingsplan die gebruiksmogelijkheden onmogelijk maakt, wordt schade onder noemer van passieve risico-aanvaarding vaak niet vergoed.

2.6 Schadebeperkingsplicht en eigen schuld

Schade blijft voor rekening van een afnemer als niet voldaan is aan de schadebeperkingsplicht of de schade anderszins het gevolg is van een omstandigheid die de aanvrager kan worden toegerekend (eigen schuld). Dat regelt artikel 10m, tweede lid, onderdelen b en c, van de Gaswet. Bij de schadebeperkingsplicht gaat het om de vraag of de afnemer redelijke maatregelen heeft getroffen ter beperking van de schade. Uit jurisprudentie volgt dat het hier bijvoorbeeld kan gaan om het niet tijdig aanpassen van personeelsbezetting of niet inzetten van contractuele mogelijkheden. In het onderhavige geval kan worden gedacht aan de situatie dat een afnemer nalaat om onderhoudsstops zo te plannen dat die kunnen worden gecombineerd met ombouw, om zo schade door bedrijfsstilstand te beperken.

Wat de schadebeperkingsplicht in het kader van ombouw naar hoogcalorisch gas betreft, is van belang dat de afnemer bij de uitvoering mede afhankelijk is van Gasunie Transport Services B.V. (GTS). De daadwerkelijke overstap naar hoogcalorisch gas is immers pas mogelijk als de afnemer is aangesloten op het deel van het landelijk gastransportnet waarmee hoogcalorisch gas wordt getransporteerd. De planning van deze activiteiten van GTS kan ook van invloed zijn op de kosten die een afnemer moet maken. GTS zal bij de planning waar mogelijk rekening gehouden met een reeds door de afnemer geplande reguliere onderhoudsstop. Langere stilstand of een extra periode van stilstand brengt immers kosten voor de afnemer met zich. Op grond van artikel 10g, tweede lid, van de Gaswet wordt daarom van de afnemer verwacht dat zij GTS alle informatie verstrekken die van invloed kan zijn op een effectieve en kostenefficiënte uitvoering en planning. Indien een afnemer nalaat dergelijke informatie te overleggen, terwijl deze wel bij de afnemer bekend is of redelijkerwijze bekend had moeten zijn, of onjuiste informatie verstrekt, komt de omstandigheid dat GTS daarmee geen rekening heeft kunnen houden voor rekening en risico van de afnemer. Dat houdt in dat schade die uit deze omstandigheid voortvloeit niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dat regelt artikel 5 van deze beleidsregel.

De kosten voor het treffen van schadebeperkende maatregelen kunnen voor vergoeding in aanmerking kan komen, mits die redelijk zijn. Daarbij geldt als uitgangspunt dat alleen de meest kostenefficiënte ombouwmaatregelen, inclusief schadebeperkende maatregelen, voor vergoeding in aanmerking komen.

2.7 Anderszins verzekerde schade

Een afnemer kan slechts aanspraak maken op vergoeding van de schade indien op andere wijze niet is of kan worden voorzien in een redelijke vergoeding. Daarin voorziet artikel 10m, tweede lid, onderdeel d, van de Gaswet. De ratio achter deze bepaling is dat voorkomen moet worden dat dezelfde schade meer dan eens wordt vergoed. Van een voldoende verzekerde vergoeding kan ook sprake zijn indien de vergoeding door een derde wordt uitgekeerd of indien sprake is van vergoeding in natura. Van belang is dat de andere wijze van vergoeding echt verzekerd is. Er mag geen twijfel bestaan over de vraag of de schade op andere wijze vergoed wordt.

Bij anderszins verzekerde schade kan bijvoorbeeld gedacht worden aan subsidies voor verduurzaming of fiscale regelingen die een financieel voordeel opleveren waardoor kosten geheel of gedeeltelijk worden gemitigeerd. Artikel 7 van deze beleidsregel expliciteert dat. Van de afnemer wordt gevraagd bij de aanvraag informatie te verschaffen over eventuele verleende subsidies en fiscale regelingen voor activiteiten die zien op of verband houden met de activiteiten die ten behoeve van de ombouw worden verricht. Dat wordt geregeld in een ministeriële regeling, gebaseerd op artikel 10m, vierde lid, van de Gaswet.

3. Behandeling aanvraag nadeelcompensatie

Procedurele voorschriften over een aanvraag tot nadeelcompensatie worden in een ministeriële regeling opgenomen. Artikel 10m, vierde lid, van de Gaswet biedt daar de grondslag voor. Deze voorschriften zien op het moment waarop de vergoeding kan worden aangevraagd, de over te leggen gegevens en de beslistermijn.

Een afnemer kan een aanvraag tot nadeelcompensatie indienen nadat het omschakelen of afsluiten van een aansluiting heeft plaatsgevonden. De afnemer moet zijn aanvraag onderbouwen en daarbij alle gegevens en informatie verstrekken die nodig zijn voor de beoordeling van het recht op schadevergoeding. Dat volgt uit artikel 4:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In de bovengenoemde ministeriële regeling zal ik voorschrijven welke informatie afnemers ten minste bij de aanvraag moet voegen. Het gaat bijvoorbeeld om een overzicht van de activiteiten die de afnemer als gevolg van het verbod heeft verricht en een opgave van de aard en de omvang van de schade, waarbij per kostenpost is onderbouwd waarom die het gevolg is van het verbod.

De afnemer zal (onder meer) moeten aantonen dat sprake is van schade, dat deze schade causaal verband houdt met het verbod op laagcalorisch gas en dat deze schade niet had kunnen worden voorkomen of beperkt. Om dat goed te kunnen moet dat de afnemer door middel van een zogenoemde nulmeting in kaart brengen wat de situatie was voordat werd omgebouwd. Daarbij moet in ieder geval in kaart worden gebracht wat de relevante kenmerken zijn van de gasverbruikende installaties. Dat geldt ook, voor zover relevant, voor de productiemiddelen en het productieproces die (mogelijk) door het verbod worden beïnvloed. Deze nulmeting kan dienen als basis voor de beoordeling van de ombouwactiviteiten en de daarmee gemoeide kosten. De afnemer zal ook de bedrijfsgegevens moeten aanleveren die nodig zijn voor de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico.

Vanwege de aard van de aanvraag kan per afnemer één aanvraag worden ingediend. Het is de verantwoordelijkheid van de afnemer dat het moment van indienen zo wordt gekozen dat die aanvraag met voldoende gegevens kan worden onderbouwd. Daarvoor moet de omvang van de schade voldoende duidelijk zijn en moeten de gegevens beschikbaar zijn die voor de beoordeling van de aanvraag zijn vereist. Voor het moment van indienen zijn ook de verjaringstermijnen relevant, die worden opgenomen in de ministeriële regeling. Die termijn is vijf jaar na het moment van omschakelen of afsluiten van een aansluiting. De afnemer kan de verjaring stuiten door schriftelijk mee te delen zich ondubbelzinnig het recht voor te behouden om nadeelcompensatie aan te vragen. Het recht op schadevergoeding vervalt in ieder geval na twintig jaar na het moment van omschakelen of afsluiten van een aansluiting.

Een afnemer kan niet verzoeken om een voorschot voorafgaand aan het besluit op de aanvraag, omdat dat niet past bij de aard van nadeelcompensatie. Voor de beoordeling van het recht op nadeelcompensatie moet in zijn totaliteit worden beoordeeld of sprake is van onevenredige schade die voor vergoeding in aanmerking komt en die het normaal ondernemersrisico overstijgt.

Bij de beoordeling van de aanvraag zal ik mij waar nodig laten bijstaan door onafhankelijke deskundigen. Dat kan ik bijvoorbeeld doen bij het vaststellen van de hoogte van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt.

4. Inwerkingtreding

Deze beleidsregel treedt in werking op [datum].

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,