

# PELS RIJCKEN

## Notitie

voor Ida van Ommeren en Annelies Reijnders (BIJ12)  
van Jelmer Procee en Matthijs Timmer  
datum 17 juni 2023  
inzake Drempelsystematiek faunaschade  
zaaknr 11019173

---

## 1 Inleiding

U hebt ons verzocht om advies uit te brengen over herziening van de systematiek waarmee faunaschade wordt vergoed. Concreet wordt in opdracht van BIJ12 onderzocht of de aftrek vanwege het normaal maatschappelijk risico van een *kortingsystematiek* kan worden vervangen door een *drempelsystematiek*, gelet op de doelen die met de vergoeding van faunaschade zijn beoogd.

Langs deze weg geven wij daar graag gehoor aan.

In dit advies gaan wij eerst kort in op de juridische achtergronden van de vergoeding van faunaschade. Daarna lichten wij de stand van voornoemde onderzoeken toe. Vervolgens beantwoorden wij vier concrete vragen:

1. Vraag 1: is de drempelmethode een betere methode dan de nu gebruikte kortingsystematiek om het normaal maatschappelijk risico bij faunaschade te bepalen, mede in het licht van de werking en doelen van de faunaschaderegeling zoals opgenomen in de Wet natuurbescherming?
2. Vraag 2: sluit de drempelsystematiek beter aan bij de provinciale wens om een prikkel te leveren tot schadebeperkende maatregelen dan de huidige kortingsystematiek?
3. Vraag 3: wat is de verhouding tussen schadebeperkende maatregelen en de hoogte van het normaal maatschappelijk risico (dus: de drempel)?
4. Vraag 4: welke factoren zijn relevant en bruikbaar om de hoogte van het normaal maatschappelijk risico (dus: de drempel) te bepalen?

Tot slot gaan wij in op enkele aandachtspunten die in onze ogen relevant zijn bij de operationalisering van een drempelsystematiek. Omwille van de overzichtelijkheid, beginnen wij met een samenvatting.

## 2 Samenvatting

De vervanging van de kortingsystematiek door een drempelsystematiek in het stelsel tot vergoeding van faunaschade, is in onze ogen een keuze die goed past bij de faunaschaderegeling in de Wnb. Zo zal een drempelsystematiek in de regel méér schadebeperkend handelen stimuleren dan een kortingsystematiek.

De hoogte van de drempel is primair afhankelijk van de voorzienbaarheid van bepaalde schade. Deze voorzienbaarheid kan worden ingevuld met omgevingsfactoren. Dit advies beoogt niet die omgevingsfactoren te kiezen, maar wij stellen wel voor dat wordt gekozen voor factoren die voor de *gemiddelde* benadeelde van invloed zijn op de voorzienbaarheid van zijn schade. Daarbij is van belang dat een drempel met ontwikkelingen kan meebewegen: een onverwachte verandering kan de drempel verlagen, maar als die omstandigheid (jaren)lang voortduurt, wordt schade door die omstandigheid langzaam voorzienbaar en kan de drempel worden verhoogd. Dit zal veelal een beleidsmatige keuze zijn.

Het al dan niet schadebeperkend handelen is in onze ogen niet zozeer een omgevingsfactor, als wel een uitsluitingsgrond. Mede omdat faunaschade wordt vergoed op basis van billijkheid, mag worden gevraagd dat de benadeelde eerst al het redelijke doet om zijn schade te voorkómen of beperken. Als inderdaad de uitsluitingsgrond wordt toegepast, is het vervolgens niet de bedoeling dat (de mogelijkheid tot) schadebeperkend handelen óók in de drempel wordt verdisconteerd. Wij vrezen bovendien dat de mogelijkheid tot schadebeperkend handelen als (louter) omgevingsfactor *free rider*-gedrag in de hand werkt.

## 3 Faunaschade

Artikel 6.1 Wnb kent de regeling op grond waarvan gedeputeerde staten een tegemoetkoming kunnen toekennen in schade die is aangericht door – kort gezegd – beschermde dieren (hierna: **faunaschade**). Dit is geen volledige vergoeding. Alleen de schade die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de benadeelde hoort te blijven, wordt vergoed. De tegemoetkoming wordt bovendien ‘naar billijkheid’ bepaald.

Een tegemoetkoming vanwege faunaschade is, volgens de huidige stand van de jurisprudentie, geen vorm van nadeelcompensatie, hoewel de figuur er wel sterk op lijkt.<sup>1</sup> Reden hiervoor is dat de schade van een aanvrager niet (rechtstreeks) door overheidshandelen is veroorzaakt, maar door een dier. Het reguliere nadeelcompensatierecht zou dan geen grondslag tot compensatie bieden. Evenwel toont de praktijk dat bij de beoordeling van een aanvraag om een tegemoetkoming in

<sup>1</sup> ABRvS 8 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT6987; *Kamerstukken II* 2017/18, 34 985, par. 6.1 – MvT bij de Aanvullingswet natuur Omgevingswet, met een beleidsneutrale omzetting van het huidige art. 6.1 Wnb. Ook in de Omgevingswet blijft faunaschade een aparte afdeling, separaat van de afdeling over nadeelcompensatie waarop het stelsel van titel 4.5 Awb (de nadeelcompensatietitel) van toepassing zal zijn.

faunaschade nauw wordt aangesloten bij concepten uit het nadeelcompensatierecht, zoals het normaal maatschappelijk risico. Niettemin biedt de bijzondere aard van faunaschade mogelijk ruimte om (gemotiveerd)<sup>2</sup> méér schade voor rekening van een aanvrager te laten dan bij nadeelcompensatie aan de orde zou zijn, dan wel de schade meer gestandaardiseerd te berekenen. Die ruimte wordt vooral gevonden in de zinsnede 'naar billijkheid'.

Artikel 6.1 Wnb is een (beleidsneutrale) omzetting van artikel 84 van de Flora- en faunawet (hierna: **Ffw**).<sup>3</sup> De wetgever is er in de toelichting op artikel 84 Ffw duidelijk over dat niet alle faunaschade voor vergoeding in aanmerking komt:

*"Niet in alle gevallen echter waarin dieren schade veroorzaken, dient tot een uitkering door het Jachtfonds te worden overgegaan. Eerst zal aangetoond dienen te worden dat al het mogelijke is gedaan om de schade te voorkomen en te beperken. Daarnaast zal geen schade worden vergoed welke geacht kan worden tot het normale maatschappelijke risico te behoren van degene die om een tegemoetkoming in de schade heeft verzocht, dat wil zeggen schade die niet onevenredig te achten is. Het ligt voorts niet in de rede schade volledig te vergoeden."*<sup>4</sup>

Iedere provincie heeft eigen beleidsregels over de wijze waarop zij uitvoering geven aan de tegemoetkoming in faunaschade. Wat alle beleidsregels gemeen hebben, is hoe wordt omgegaan met het normaal maatschappelijk risico – het gedeelte van de schade dat voor rekening van de aanvrager blijft. De omvang van het normaal maatschappelijk risico wordt steeds bepaald aan de hand van een *kortingsystematiek*. Dat wil zeggen dat eerst de schade wordt getaxeerd en dat daarop een korting van een bepaald percentage wordt toegepast bij wijze van normaal maatschappelijk risico. Het overblijvende bedrag wordt vergoed.<sup>5</sup>

Naast deze kortingsystematiek, worden in de praktijk ook uitsluitingsgronden toegepast. Voor het doel van dit advies is één van de relevante uitsluitingsgronden dat de aanvrager van de vergoeding onvoldoende schadebeperkende maatregelen heeft genomen. Als schadebeperkende maatregelen ontbreken, wordt (in ieder geval in sommige provincies) in het geheel geen faunaschade vergoed.<sup>6</sup> Afhankelijk van het gewastype (kwetsbaar, kapitaalintensief, 'overig') worden verschillende eisen gesteld aan de te treffen maatregelen. Tot slot zien wij in verschillende beleidsregels dat

<sup>2</sup> ABRvS 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3024.

<sup>3</sup> De toelichting op artikel 6.1 Wnb is zeer beknopt, zodat we voor achtergronden bij de faunaschaderegeling moeten terugvallen op de toelichting bij de Ffw.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 1992/93*, 23 147, nr. 3, p. 57.

<sup>5</sup> De provinciale beleidsregels hanteren steeds een 'standaardkorting' van 5% en een bagateluitsluiting voor schades onder de EUR 250,-. In individuele beleidsregels wordt voor specifieke schadesoorten van de standaardkorting afgeweken. Zo zien wij in de Beleidsregel tegemoetkoming schade Noord-Holland bijvoorbeeld afwijkende kortingen bij schade door wolven (geen korting), schade door dieren waarop gejaagd mag worden (20% korting) en schade door vogels aan zacht fruit en pit- en steenvruchten (40% korting).

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld de uitgebreide regeling op dit punt in art. 4 van de Beleidsregel tegemoetkoming schade Noord-Holland.

bepaalde schades aan specifieke gewastypen bij voorbaat van vergoeding worden uitgesloten.<sup>7</sup>

Dat van een aanvrager schadebeperkende maatregelen worden verwacht, is in lijn met het hierboven aangehaalde citaat uit de parlementaire geschiedenis. Het is echter niet de bedoeling om een onbeperkte schadebeperkingsplicht op te leggen aan degene die mogelijk faunaschade zou lijden. De noodzaak om schadebeperkende maatregelen te treffen, moet worden getoetst aan de redelijkheid:

*“Bij zijn besluitvorming over verzoeken tot schadevergoeding is voor het Jachtfonds, zoals hiervoor opgemerkt, uitgangspunt dat betrokkenen in beginsel schade dienen te voorkomen of te beperken. Daarbij geldt de redelijkheid als toets. Het is dus zeker niet zo dat bijzondere kostbare voorzieningen dienen te worden aangebracht als dit niet proportioneel zou zijn. Ook voor de toekomst acht ik dit een deugdelijk beleid.”<sup>8</sup>*

Meer in het bijzonder moest dus, binnen de grenzen van het redelijke, worden bezien of de gevergdde maatregelen proportioneel zijn.<sup>9</sup> Dit komt ook tot uitdrukking in de (op dit punt schaarse) jurisprudentie van de Afdeling. Zo wordt de eis dat blauwe bessen worden afgedekt tegen spreuwen redelijk geacht door de Afdeling, waardoor schade aan blauwe bessen niet voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>10</sup> Tegelijkertijd heeft de Afdeling geoordeeld dat het overnetten van boomgaarden met peren tegen schade door mezen niet aantoonbaar effectief is en dus niet van de verzoekers kan worden gevergd.<sup>11</sup>

#### 4 Naar een drempelsystematiek

In 2018 heeft de Maatschappelijke Adviesraad Faunaschade (hierna: **MARF**) een advies gegeven over het hierboven omschreven stelsel van tegemoetkomingen in faunaschade. De conclusie was, kort weergegeven, dat het aantal schades toeneemt en het draagvlak voor de huidige (korting)systematiek krimpt. De MARF heeft daarom geadviseerd om het tegemoetkomingsstelsel te herzien, zodat hieruit een positieve prikkel volgt voor schadepreventie en –bestrijding, en in algemene zin sprake is van een logischer en consistentere stelsel.

CLM Onderzoek en Advies (hierna: **CLM**) heeft opdracht gekregen om de herziening van het faunaschadestelsel te verkennen en voorstellen te doen om de aanbevelingen van de MARF te verwerken. CLM is daartoe een rapportage-traject gestart, gericht op de verkenning van een *drempelsystematiek*.

<sup>7</sup> O.a. schade door vogels aan bessen- en kleinfruitteelt, kersen, druiven of wijnbouw, art. 6 aanhef en onder g Beleidsregel tegemoetkoming schade Noord-Holland.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 23 147, nr. 104b, p. 21.

<sup>9</sup> Vgl. ook ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7233.

<sup>10</sup> ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:728.

<sup>11</sup> ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1488, r.o. 9.1 en 9.2.

Bij een drempelsystematiek wordt alleen schade vergoed die boven een bepaalde drempel uitkomt – meestal een percentage van omzet of kosten van een bedrijf. Waar bij een korting dus het normaal maatschappelijk risico relateert aan het individuele schadegeval (welk deel van het concrete schadebedrag blijft voor rekening van de benadeelde), wordt bij een drempel het normaal maatschappelijk risico gerelateerd aan de draagkracht van de aanvrager – hoe draagkrachtiger hij is, hoe hoger het schadebedrag is dat tot zijn ondernemersrisico behoort.

CLM heeft voorts een viertal omgevingsfactoren, voorgesteld door de MARF, beoordeeld die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de te kiezen drempel. Dit zijn:

1. kwetsbaarheid van het gewas voor faunaschade;
2. feitelijke en juridische mogelijkheden om schade te voorkomen/bestrijden;
3. verwachte ontwikkeling van de stand van de diersoort;
4. voorzienbaarheid van de schade.

## 5 Beantwoording van de vragen

- 5.1 *Vraag 1: is de drempelmethodiek een betere methodiek dan de nu gebruikte kortingssystematiek om het normaal maatschappelijk risico bij faunaschade te bepalen, mede in het licht van de werking en doelen van de faunaschaderegeling zoals opgenomen in de Wet natuurbescherming?*

Het doel van de faunaschaderegeling in de Wnb is – in essentie – om naar billijkheid die faunaschade te vergoeden, waarvan het onevenredig zou zijn om deze voor rekening van een benadeelde te laten. Daarbij stond de wetgever uitdrukkelijk voor ogen dat niet *alle* faunaschade wordt vergoed en dat de benadeelde zelf al het redelijke heeft gedaan om zijn schade te voorkomen of beperken.

In de basis dienen zowel een kortingsystematiek als een drempelsystematiek dit doel: beide leiden ertoe dat een deel van de schade voor rekening van de benadeelde blijft. Toch zien wij in dit verband voordelen van een drempelsystematiek boven een kortingsystematiek. De *onevenredigheid* van schade bestaat niet in een vacuüm, maar hangt in belangrijke mate samen met de ernst (voor de benadeelde) van de schade. En daaraan doet de drempelsystematiek meer recht dan de kortingsystematiek. Wij lichten dit toe.

Een korting leidt steeds ertoe dat hetzelfde gedeelte van de *schade* voor rekening van de benadeelde blijft. De onderliggende gedachte is dan dat het redelijk is dat de benadeelde maar (bijvoorbeeld) 5% van zijn eigen schade hoeft te dragen – hoe hoog of ernstig die schade ook is. Dit kan tot een spanning leiden: aan de ene zijde van het spectrum kan een zeer groot agrarisch bedrijf nog steeds allerlei (relatief) kleine

schades vergoed krijgen, waarvan hij slechts 5% voor eigen rekening neemt. Aan de andere zijde van het spectrum vinden we de kleine agrariër die substantiële schade aan zijn gewassen lijdt en voor wie zelfs de korting van 5% nog een financiële klap is. In beide gevallen kan de vraag rijzen of nu wel de onevenredige schade is vergoed.

De drempel doet in onze ogen meer recht aan de verschillen tussen mogelijke benadeelden. Ieder van hen wordt geacht zelf een deel van de schade te kunnen dragen, en welk deel dat is (omgerekend naar een absoluut bedrag) hangt af van de omvang van het bedrijf. Zo kan betrekkelijk uniform worden bepaald welk nadeel een agrariër – ongeacht zijn bedrijfsomvang – heeft te dulden. Alle schade boven die drempel komt vervolgens voor vergoeding in aanmerking. Het resultaat is een systeem dat beter aansluit bij het doel van de faunaschaderegeling dan een kortingsystematiek.

Vanuit uitvoeringsperspectief is bovendien aantrekkelijk dat 'kleine' schades al snel onder de drempel vallen en dus eenvoudig afgewezen kunnen worden. Bij een kortingsystematiek daarentegen zou een (zeer gering) schadebedrag blijven bestaan om toe te wijzen. De vergoeding bij aanzienlijke schades wordt bovendien hoger – de drempel wordt immers steeds kleiner in relatie tot het schadebedrag, anders dan bij een korting. Dit kan het draagvlak vergroten.

Dit brengt ons tot de conclusie dat een drempelsystematiek beter aansluit bij de doelen van de faunaschaderegeling in de Wnb, draagvlak zou kunnen vergroten en uitvoeringslasten kan beperken.

Zekerheidshalve benadrukken wij dat zowel een korting als een drempel operationalisering van hetzelfde concept: het normaal maatschappelijk risico. De in dit advies besproken omgevingsfactoren en de overwegingen omtrent schadebeperkend handelen zijn daarmee ook relevant als ervoor wordt gekozen om géén drempelsystematiek te hanteren.

5.2 *Vraag 2: sluit de drempelsystematiek beter aan bij de provinciale wens om een prikkel te leveren tot schadebeperkende maatregelen dan de huidige kortingsystematiek?*

Voor BIJ12 – en de provincies – is een belangrijke reden om het de huidige faunaschadesystematiek te herzien, dat meer nadruk wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de agrariër om zijn (risico op) schade te beperken. De vraag is dan of de overstap naar een drempelsystematiek hieraan bijdraagt.

Wij menen dat dit het geval is. Onder de huidige kortingsystematiek is er voor een agrariër weinig prikkel om *kleine* schade te beperken, voor zover het gebrek aan schadebeperkende maatregelen hem niet wordt tegengeworpen als uitsluitingsgrond. De economisch denkende agrariër zal immers niet snel genegen te zijn om te investeren in schadebeperkende maatregelen, als hij toch 'maar' 5% van zijn schade hoeft te dragen. Ter illustratie: een agrariër heeft EUR 5.000,- aan vraatschade, die hij

had kunnen voorkomen door zijn terrein (beter) af te rasteren. Als dit afrasteren echter meer dan EUR 250,- kost (= 5% van EUR 5.000,-) is de agrariër financieel beter af als hij om een tegemoetkoming in de faunaschade vraagt en de korting vanwege normaal maatschappelijk risico voor lief neemt.

Bij toepassing van een drempelsystematiek zal zijn normaal maatschappelijk risico wezenlijk hoger zijn dan EUR 250,-. De prikkel om in ieder geval de kleinere maatregelen te treffen om de beperktere schade te voorkomen, is met een drempelsystematiek dus een stuk groter.

Op enig moment treedt hier een omslagpunt op: bij zeer grote schade is het vermoedelijk weer rendabeler om bij een kortingsystematiek (verregaande) schadebeperkende maatregelen te treffen. De korting *blijft* immers 5% van de schade, zodat de investering in schadebeperkende maatregelen steeds aantrekkelijker wordt. Bij een drempelsystematiek neemt de relatieve omvang van het normaal maatschappelijk risico echter gestaag af, naarmate de absolute schade toeneemt. Niettemin stimuleert de drempelbenadering juist het spreekwoordelijke laaghangende fruit aan schadebeperkende maatregelen – de *redelijke* schadebeperkende maatregelen, zoals hierboven al aangestipt. En dat is ook in lijn met de bedoeling van de wetgever.

Gegeven het voorgaande, komen wij dus tot de conclusie dat een drempelsystematiek beter aansluit bij de wens om een prikkel tot schadebeperkende maatregelen te leveren dan een kortingsystematiek.

Overigens past hier wel de kanttekening dat *als* structureel de hand wordt gehouden aan het niet-treffen van schadebeperkende maatregelen als uitsluitingsgrond, het niet uitmaakt of een korting- of drempelsystematiek wordt toegepast. Wij kunnen echter goed begrijpen dat deze controle qua uitvoeringslasten niet altijd realistisch is.

### 5.3 *Vraag 3: wat is de verhouding tussen schadebeperkende maatregelen en de hoogte van het normaal maatschappelijk risico (dus: de drempel)?*

Wij zien goede mogelijkheden om het al dan niet treffen van schadebeperkende maatregelen te (blijven) incorporeren in de systematiek van faunaschadevergoeding. Dit hangt in de eerste plaats samen met het *doel* van de systematiek: verzekeren dat alleen de schade die redelijkerwijs niet voor rekening van de benadeelde hoort te blijven, vergoed wordt. Zoals hierboven al opgemerkt, hoort daarbij ook dat de benadeelde zélf al het redelijke heeft gedaan om zijn schade te voorkomen.

De huidige praktijk die wij in verschillende beleidsregels aantreffen, is dat het al dan niet treffen van schadebeperkende maatregelen een uitsluitingsgrond is: de aanvrager die geen of onvoldoende maatregelen neemt, krijgt *geen enkele* vergoeding van de

gemelde faunaschade. De vraag of voldoende schadebeperkende maatregelen zijn genomen, staat daarmee los van de hoogte van de korting en heeft vooral het karakter van een voorvraag.<sup>12</sup>

CLM stelt voor om de mogelijkheid van schadebeperkend handelen niet als uitsluitingsgrond toe te passen, maar om te bewegen naar een systeem waarin de *mate van* de mogelijkheid tot schadebeperking meeweegt in de drempel: hoe meer schade kan worden beperkt, hoe hoger de drempel wordt. Hoewel wij deze gedachte kunnen begrijpen, vrezen wij wel dat dit tot verkeerde prikkels of calculerend gedrag kan leiden. Want als de drempel eenmaal is 'overschreden', wordt alle volgende schade vergoed. De benadeelde kan dan de keuze maken om schade die makkelijk had kunnen worden beperkt, tóch te lijden omdat dat voordeliger is dan het nemen van schadebeperkende maatregelen. De hierboven besproken positieve prikkel tot schadebeperkend handelen die van een drempelmethodiek uitgaat, kan door de omgevingsfactor 'mogelijkheid van schadebeperking' dus weer worden belemmerd.

Daarnaast constateren wij dat het *volledig* negeren van de vraag of de benadeelde wel schadebeperkend heeft gehandeld, juridisch niet zuiver is. Zowel vanuit het civiele recht (art. 6:101 BW) als het nadeelcompensatierecht (art. 4:129 Awb, na inwerkingtreding) rust op een benadeelde steeds een schadebeperkingsplicht. Temeer nu de Afdeling bestuursrechtspraak de vergoeding van faunaschade behandelt als gelijk aan nadeelcompensatie. Een benadeelde die zelf wel schadebeperkend handelt, zou zich bovendien op het standpunt kunnen stellen dat het onterecht is dat hij gelijk wordt behandeld aan degenen die *niet* hebben voldaan aan hun schadebeperkingsplicht.

Wij menen daarom dat juridisch de meest zuivere route is om de huidige praktijk voort te zetten, waarin het niet-treffen van schadebeperkende maatregelen een uitsluitingsgrond is. Hoewel enige discussie mogelijk is over de vraag of de uitsluitingsgrond wel erg rigoureuus is<sup>13</sup>, is het gebruik van de uitsluitingsgrond in onze ogen wel te rechtvaardigen. Immers is de vergoeding van faunaschade de vergoeding van schade die door *dieren* en niet door de overheid wordt veroorzaakt. De rol van de overheid is er slechts toe beperkt dat deze regels stelt, die het (soms) uitsluiten dat het dier wordt bestreden. De beperkte betrokkenheid van de overheid rechtvaardigt daarom een zekere terughoudendheid bij het oordeel dat de overheid schadeplichtig is. Dit leidt bovendien ertoe dat van de aanvrager wordt gevergd dat hij alle schadebeperkende maatregelen die hij *wel* mag nemen, daadwerkelijk uitvoert. Als hij daarvan wil afzien, is het optreden van schade ook voor eigen risico en rekening. Dit alles wordt tot slot versterkt door het feit dat faunaschade 'naar billijkheid' wordt

<sup>12</sup> Wij merken zekerheidshalve op dat deze voorvraag ziet op algemene schadebeperkende maatregelen die verplicht (kunnen) worden gesteld. Deze voorvraag staat daarmee los van de algemene uitsluitingsgronden die wij ook in provinciale beleidsregels aantreffen, die betrekking hebben op schade aan bepaalde typen gewassen of schade toegebracht door bepaalde diersoorten. Wij gaan daar in par. 6.3 nog nader op in.

<sup>13</sup> In het civiele recht zou alleen de schade die daadwerkelijk voorkomen had kunnen worden met schadebeperkende maatregelen van vergoeding worden uitgesloten.



vergoed. Het lijkt ons niet billijk om schade te vergoeden die juist het gevolg is van bovengenoemde 'verkeerde prikkels'. Aldus wordt de uitsluitingsgrond gerechtvaardigd door de combinatie van i) de overheid brengt geen schade toe; ii) eigen schuld zijdens de aanvrager; en iii) billijkheid in de vorm van het ontmoedigen van verkeerde prikkels.

Deze aanpak vinden wij juridisch het meest solide, maar vergt wel dat wordt getoetst of een benadeelde aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan.

Dan kan nog de vraag worden gesteld of (de mogelijkheid van) schadebeperkend handelen zowel als uitsluitingsgrond en als omgevingsfactor kan worden gebruikt – zeker nu wij geen aanleiding zien om de schadebeperkingsplicht uitdrukkelijk uit te sluiten en deze dus altijd (in meer of mindere mate) op een benadeelde rust. Als de combinatie wordt toegepast, kan dat wel ertoe leiden dat een benadeelde zich "dubbel gestraft" voelt: hij heeft én geld moeten steken in schadebeperkende maatregelen én van zijn dan nog resterende schade blijft een groter deel voor zijn eigen rekening. Stelt een benadeelde zich op dit standpunt en hij kan aantonen dat hij daadwerkelijk (fors) heeft geïnvesteerd in schadebeperkende maatregelen, dan zou dat in onze ogen relatief snel moeten leiden tot een afwijking van de nadeelcompensatieregeling ten gunstige van de benadeelde die veel in schadebeperking heeft geïnvesteerd (art. 4:84 Awb). De verhoogde drempel vanwege de mogelijkheid van schadebeperking zou dan weer voor die individuele benadeelde worden verlaagd. Dit brengt voor de provincie een uitvoeringslast met zich, als een benadeelde zich op de onevenredigheid van de verhoogde drempel beroept (hetzij door een nadere toets in primo, hetzij door meer bezwaarprocedures). Het ondergraaft bovendien de uniforme werking van de drempel, als zich vaak redenen tot afwijking voor zouden doen.

#### *Tussenconclusie*

Wij vinden het schadebeperkend handelen absoluut een relevante factor voor de vergoeding van faunaschade, maar menen dat dit primair als uitsluitingsgrond zou moeten dienen. Wij zien ook vanuit juridisch perspectief geen goede basis om *helemaal* geen acht te slaan op de schadebeperkingsplicht van een benadeelde (waar bovendien ook een prikkel vanuit kan gaan om niet schadebeperkend te handelen). Wordt de mogelijkheid van schadebeperkend handelen vervolgens als omgevingsfactor gehanteerd, bestaat het risico dat in gevallen waar daadwerkelijk schadebeperkende maatregelen zijn getroffen alsnog een lagere drempel moet worden toegepast.

#### 5.4 *Vraag 4: welke factoren zijn relevant en bruikbaar om de hoogte van het normaal maatschappelijk risico (dus: de drempel) te bepalen?*

De MARF heeft vier omgevingsfactoren geïdentificeerd die wat haar betreft relevant (kunnen) zijn om het normaal maatschappelijk risico mee in te vullen. Zoals wij hieronder nader zullen toelichten, zijn de omgevingsfactoren van belang om invulling

te geven aan het begrip 'voorzienbaarheid', waar de hoogte van het normaal maatschappelijk risico in belangrijke mate op is gestoeld. In dat licht zullen wij de voorgestelde omgevingsfactoren beoordelen. Het is niet onze bedoeling om een uitputtende lijst van omgevingsfactoren aan te dragen of om te stellen dat de hieronder besproken omgevingsfactoren dé omgevingsfactoren (moeten) zijn – de advisering over de relevante omgevingsfactoren ligt in eerste instantie bij CLM.

Onze belangrijkste overweging is dat de *voorzienbaarheid* van schade<sup>14</sup> niet zozeer een eigen omgevingsfactor moet zijn, maar de 'paraplu' waaronder de verschillende omgevingsfactoren worden ondergebracht.<sup>15</sup> Deze gezamenlijk bepalen de hoogte van de drempel. De voorzienbaarheid van schade is dus geen *onderdeel* van de drempel, maar een *reden* voor de drempel. De voorzienbaarheid wordt ingevuld en geconcretiseerd aan de hand van relevante omstandigheden – in dit geval de omgevingsfactoren. Wij ontraden daarom om de voorzienbaarheid van schade als omgevingsfactor te beschouwen, maar adviseren juist om te kiezen voor omgevingsfactoren die invulling kunnen geven aan de voorzienbaarheid van schade.

Wij adviseren vervolgens om te werken met 'eenvoudige' omgevingsfactoren, aan de hand waarvan een benadeelde vrij eenvoudig kan vaststellen met welke drempel hij te maken heeft. Deze omgevingsfactoren zouden bijvoorbeeld in een matrix kunnen worden verwerkt. Doet één van de omgevingsfactoren zich voor, dan is de drempel X; doen twee factoren zich voor, dan is de drempel X+Y, etc.<sup>16</sup>

De invloed van omgevingsfactoren kan ook met de tijd veranderen – althans, beleid kan daarin voorzien. Zo kan een bepaalde ontwikkeling in de omgeving (opkomst van een plaagsoort, veranderingen in een beheerplan die schadebestrijding bemoeilijken, etc.) als deze zich eerst voordoet, moeilijk voorzienbaar zijn. Dat zou voor die factor een *lagere* drempel rechtvaardigen. Maar na verloop van tijd wordt die ontwikkeling onderdeel van de lokale realiteit: een benadeelde moet daarmee in zijn bedrijfsvoering gewoon rekening houden. Daarom is het logisch om die lage of verlaagde drempel langzaam, over meerdere jaren uitgesmeerd, te verhogen. De benadeelde krijgt zo tijd om zich aan de ontwikkeling aan te passen – en naarmate hij hiervoor meer tijd heeft gehad, behoort die ontwikkeling ook meer tot zijn risicosfeer.

1. Kwetsbaarheid van het gewas voor faunaschade: het type gewas lijkt ons een logische omgevingsfactor, omdat het type gewas in belangrijke mate de voorzienbaarheid van bepaalde typen schade bepaalt. Wij menen daarnaast dat, zoals CLM ook voorstelt, de marge op een (type) gewas een goede differentiatiefactor is. Wij vertalen dit naar het opbrengstpotentieel van een

<sup>14</sup> In de zin dat steeds met een zekere mate van schade rekening kan worden gehouden en dit tot het ondernemersrisico behoort. Wij hebben het hier uitdrukkelijk *niet* over voorzienbaarheid in de vorm van risicoaanvaarding. Doet risicoaanvaarding zich voor, dan is vergoeding bij voorbaat niet aan de orde.

<sup>15</sup> Zie in dit verband ook ABRvS 16 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1260 (faunaschade), waarin de Afdeling toelicht dat onder andere de aard, omvang en voorzienbaarheid van de schade relevant zijn bij de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico.

<sup>16</sup> Vgl. ook de noot van J.S. Procee en M.G. Nielen bij ABRvS 3 november 2021 in BR 2022/4.

gewas. Hoe hoger het opbrengspotentieel is, hoe meer in de gewasprijs het risico op schade al verdisconteerd kan zijn.

Bovendien levert een hogere drempel voor gewassen met een hoog opbrengspotentieel ook een sterkere prikkel op om (juist) meer schadebeperkende maatregelen te treffen om kwetsbare gewassen te beschermen.

2. Mogelijkheden om schade te voorkomen/bestrijden: deze factor ziet op de mate waarin het *mogelijk* is om schade te voorkomen of bestrijden. Er wordt dus niet getoetst of de individuele aanvrager schadebeperkend heeft gehandeld, maar of hij dat zou kunnen. CLM gaat daarbij ervan uit dat hoe meer deze mogelijkheden aanwezig zijn, hoe hoger de drempel wordt.

Wij vinden deze factor lastig om in de drempel te verwerken. Dat komt omdat deze omgevingsfactor snel ertoe kan leiden dat een aanvrager dubbel wordt belast. Want van hem wordt én verwacht dat hij investeert in schadebeperkende maatregelen én hij krijgt een hogere drempel tegengeworpen (zie hierboven).

Deze omgevingsfactor zou daardoor het risico met zich brengen dat deze ontmoedigt om schadebeperkende maatregelen te nemen. Schadebeperkend handelen leidt immers dan niet tot een relatief hogere vergoeding: op de schade die resteert ná het schadebeperkend handelen wordt nog steeds de (hogere) drempel toegepast. Deze factor draagt daarmee het risico in zich om calculerend of *free rider*-gedrag te stimuleren. Daarnaast is deze omgevingsfactor uitvoeringstechnisch vermoedelijk complex, omdat deze omgevingsfactor kan nopen tot afwijking van provinciaal beleid op grond van artikel 4:84 Awb.

In onze ogen zou de rol van schadebeperkend handelen daarom beperkt moeten blijven tot de mate waarin de aanvrager dit werkelijk heeft gedaan, zodat dit een separate aanvraag is los van de drempel.

3. Stand van de diersoort: de stand van een soort die faunaschade kan veroorzaken – en de verwachte ontwikkeling van die soort – kan van invloed zijn op de schade die een aanvrager ondervindt. Zoals CLM echter ook constateert, leidt een beperkte toe- of afname van een soort niet zonder meer tot een evenredige toe- of afname van schade.

De exacte stand van een soort zou daarom in onze ogen niet van een zeer directe invloed moeten zijn op de drempel. Zowel een positieve als negatieve soortontwikkeling behoort op zichzelf tot het normale ondernemersrisico van

een aanvrager. Dit zou pas anders hoeven worden als de soort ver zijn streefstand overschrijdt en – welbeschouwd – een plaagdier wordt, *in weerwil* van alle redelijke bestrijdingspogingen. Dat is een omslagpunt waarop wij ons goed kunnen voorstellen dat de schade door die soort (ten dele) niet langer tot het normaal ondernemersrisico behoort. Alsdan zou een lagere drempel gehanteerd kunnen worden voor specifiek schade door die (plaag)soort. Dit lijkt ons evenwel een uitzonderingssituatie.

4. Voorzienbaarheid van de schade: als laatste omgevingsfactor noemt CLM de voorzienbaarheid van de schade, die weer afhankelijk is van vier variabelen: stand van de diersoort, ligging van een perceel ten opzichte van een brongebied, het type gewas en de beleidsdoelstelling.

#### *Algemene notie*

Voorzienbaarheid van schade is in onze ogen een belangrijke factor bij de vaststelling van een drempel. De mate waarin schade voorzienbaar is, kleurt immers in belangrijke mate het ondernemersrisico – goed voorzienbare schade is *the cost of doing business* en kan door de aanvrager in zijn bedrijfsvoering worden meegenomen, slecht of niet voorzienbare schade behoort minder snel voor zijn risico te blijven. Maar, als hierboven opgemerkt, is het geen zelfstandige omgevingsfactor.

Deze gedachte is eigenlijk al terug te zien in de variabelen die CLM noemt, waarin een dubbeling te zien is tussen 'voorzienbaarheidsvariabelen' en omgevingsfactoren. Zo noemen zij de stand van de diersoort en het type gewas al als aparte omgevingsfactoren. Het is niet de bedoeling dat die factoren in de vorm van een voorzienbaarheidsvariabele nóg een keer tegengeworpen worden, terwijl wel zichtbaar is dat die variabelen nauw samenhangen met de voorzienbaarheid van schade. Die twee variabelen hoeven hier dan ook verder niet te worden besproken. Wel gaan wij nog in op de rol van de ligging van het perceel en beleidsdoelstellingen als *zelfstandige* omgevingsfactoren.

#### *Ligging van het perceel*

De ligging van het perceel vinden wij als zodanig wel een bruikbare (zelfstandige) omgevingsfactor. Deze laat zich bovendien goed operationaliseren. Zo kan basis van empirische gegevens en de 'reikwijdte' van een soort ten opzichte van zijn brongebied, een staffel worden gecreëerd: tot een afstand van – bijvoorbeeld – 500 meter<sup>17</sup> geldt een opslag op de drempel, bij een afstand van 500 meter tot 2000 geldt de reguliere drempel en bij een grotere afstand wordt een afslag op de drempel gegeven. Als een soort overigens geen duidelijk brongebied heeft (zoals vogels), zou

<sup>17</sup> Deze afstanden zijn uitsluitend bedoeld om de werking van de staffel te illustreren en zijn niet gebaseerd op de mate waarin schade van een willekeurige soort is te verwachten.

deze afstand kunnen worden gerelateerd aan de afstand tot het feitelijke foerageergebied.

Overigens zou deze factor specifiek bij Natura 2000-gebieden (overeenkomstig het CLM-advies) buiten toepassing gelaten kunnen worden of kunnen worden 'omgekeerd': naarmate een perceel dichterbij een Natura 2000-gebied ligt, wordt deze drempelfactor lager. Juist omdat sprake is van een beschermd gebied, zijn de mogelijkheden voor de aanvrager om zijn schade te beperken immers kleiner. Hier kan ook worden gewerkt met de hierboven besproken 'overgangstermijn', waarin een eerst verlaagde drempel langzaam wordt verhoogd, om tot uitdrukking te brengen dat schade meer voorzienbaar wordt.

#### *Beleidsdoelstellingen*

Onder beleidsdoelstellingen rekent CLM – als wij het goed zien – met name de keuzes die sommige provincies maken om schade die het gevolg is van eigen handelingen of keuzes van de aanvrager volledig voor zijn risico te laten komen. Dat is echter primair een kwestie van risicoaanvaarding. Dat is een voorvraag, voordat men aan enige drempel toekomt: is een risico op schade door eigen handelen aanvaard, is er geen ruimte voor vergoeding. Dat is als omgevingsfactor dus niet relevant. Als het vooral is dat onvoldoende schadebeperkend is gehandeld, zou dat evenmin van invloed moeten zijn op de drempel. Hetzelfde geldt voor schadetypen die voorshands worden uitgesloten van vergoeding (zie hieronder, 6.3).

Anderzijds kiezen sommige provincies er ook voor om onvermijdbare schade geheel te vergoeden (bijv. schade in Natura 2000-gebieden tijdens het broedseizoen). Hoewel billijk, menen wij dat dit neigt naar een erg ruimhartig vergoedingsbeleid. De kern van het normaal ondernemersrisico is immers dat een ondernemer altijd, in zekere mate, bloot staat aan het risico op schade – ongeacht of hij daar wat aan kan doen. Dit kan ook tot uitdrukking worden gebracht met een lagere drempel (die, met het verstrijken der tijd, zou kunnen worden verhoogd).

Niettemin zouden beleidsmatige keuzes dus hun weerslag kunnen hebben op de drempel. De keuze *daartoe* is echter ook zozeer ingegeven door beleidsmatige afwegingen, dat wij deze niet voor de provincies kunnen maken. Wij houden het daarom erop dat we het haalbaar achten voor provincies om – als zij dat willen – beleidsdoelstellingen een rol te laten spelen in de vaststelling van een drempel.

#### *Tussenconclusie*

Gelet op het voorgaande, heeft CLM in onze ogen een aantal omgevingsfactoren (en variabelen) aangedragen die kunnen bijdragen aan het vaststellen van een drempel. Het is uiteindelijk aan CLM om te adviseren – en aan de provincies om te kiezen – welke factoren zij uiteindelijk relevant vinden. Wij geven in dit verband bovenal mee dat de factoren de losse elementen moeten zijn die samen het begrip ‘voorzienbaarheid’ inkleuren, waarbij het relevant is of en in hoeverre schade voor de gemiddelde benadeelde redelijkerwijs onderdeel hoort uit te maken van diens bedrijfsvoering. Strikt individuele omstandigheden – is schadebeperkend gehandeld; is risico aanvaard, etc. – zijn geen omgevingsfactoren, maar moeten los worden betrokken in de vraag of aanspraak op vergoeding bestaat.

## 6 Operationalisering

Het voorgaande vormt het juridisch-theoretische kader aan de hand waarvan een drempel (dan wel: per gewastype een drempel) kan worden vastgesteld. De hoogte van deze drempel behoort niet tot onze expertise. Wel doen wij graag enkele handreikingen over de wijze waarop de drempelsystematiek kan worden geïmplementeerd en de keuzemogelijkheden die provincies hierin hebben.

### 6.1 *Waarover wordt de drempel bepaald?*

In het nadeelcompensatierecht wordt een drempel gewoonlijk toegepast op de kosten of omzet van een onderneming, al dan niet gemiddeld tot een referentieniveau. Dit vergt echter vrij veel werk van zowel de aanvrager als het bevoegd gezag: de aanvrager moet meerdere jaren aan kosten- of omzetcijfers overleggen en het bevoegd gezag zal deze moeten verifiëren.

Daargelaten dat zonder meer de keuze kan worden gemaakt om deze standaardpraktijk ook op faunaschade toe te passen (waarbij een omzetsdrempel veruit verkiesbaar is boven een kostendrempel, omdat faunaschade met name de omzet – en niet de kostenstructuur – van een aanvrager raakt), zou hier omwille van de uitvoering ook voor een simpeler systematiek gekozen kunnen worden. De (percentuele) drempel<sup>18</sup> kan immers worden omgerekend naar (per gewastype) een concreet bedrag aan omzetschade per hectare<sup>19</sup> dat voor rekening van de aanvrager behoort te blijven. De aanvrager hoeft in dat geval slechts bij zijn schadeverzoek aan te geven op welk gewas zijn schade ziet en hoeveel hectare hij van dat gewas heeft. Dit doet een beperkter beroep op het doenvermogen van de aanvrager; drukt uitvoeringslasten; en vergroot de voorspelbaarheid van het besluit op de aanvraag.

<sup>18</sup> Waarin al aan de voorkant gecorrigeerd kan worden voor de afstand van het bedrijf tot het brongebied van een schadesoort.

<sup>19</sup> Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van een normomzet per hectare van een gewastype in de situatie zónder enige faunaschade, waarop de percentuele drempel wordt toegepast.

## 6.2 *Hoe vaak wordt de drempel tegengeworpen?*

Een zekere charme van de kortingsystematiek is dat bij ieder schadeverzoek de korting opnieuw wordt toegepast (bagatelschade uitgezonderd). Een drempel is uitvoeringstechnisch iets complexer, omdat de drempel is gebaseerd op de gedachte dat een heel *bedrijf* een bepaalde mate van schade moet kunnen dragen als onderdeel van het ondernemersrisico. Het past dan niet om ieder schadeverzoek opnieuw langs de drempel te leggen – bij een cumulatie van schades leidt dit ertoe dat het totaal aan schade in een periode dat *niet* voor vergoeding in aanmerking komt, de drempel (ver) kan overstijgen.

Wij menen dat de drempel daarom eens per jaar moet worden toegepast op de gehele onderneming. De drempel loopt zo langzaam door het jaar heen 'vol', tot op het punt dat schade voor vergoeding in aanmerking komt. Hiermee wordt meer van het doenvermogen van de aanvrager gevergd dan bij de kortingsystematiek: hij zal ook schade moeten administreren of melden waarvan hij (zeker aan het begin van een periode) wéét dat die onder de drempel blijft. Het is echter ook in zijn belang dat het bevoegd gezag met deze schades bekend is, zodat hij zijn drempel kan laten vollopen.

Het is aan het bevoegd gezag om te bepalen wat hiervoor de aangewezen weg is. Wij kunnen ons voorstellen dat een aanvrager aan het einde van een periode in één keer al zijn schades meldt. Het nadeel hiervan is dat feitenonderzoek bijzonder lastig wordt. Alternatief kan van de aanvrager worden verlangd dat hij (toch) al zijn schades apart meldt, in de wetenschap dat zeker aan het begin van een periode zijn aanvragen worden afgewezen, waarna aan het einde het totaal aan schade wordt afgewikkeld. Dit kan frustrerend werken, met als gevolg dat een aanvrager (ten onrechte en ten koste van zichzelf) afziet van legitieme schademeldingen. Een derde variant is dat een constructie wordt opgetuigd waarmee een aanvrager op laagdrempelige wijze al zijn schades meldt; het bevoegd gezag op basis van die meldingen kan beoordelen of gelijk feitenonderzoek ter plaatse nodig is en alleen bij *afwijzing* van de schade hierover een besluit neemt; en als de drempel is 'volgelopen' het reguliere besluittraject op individuele schademeldingen wordt gestart, waarbij tot uitgangspunt wordt genomen dat er geen drempel meer zal worden tegengeworpen (dan wel: alleen nog het 'resterende' deel van de drempel, als een nieuw schadegeval hier slechts gedeeltelijk onder zou vallen).

## 6.3 *Risicoaanvaarding/voorzienbaarheid*

Een laatste aandachtspunt betreft de rol van de voorzienbaarheid om tot uitsluiting van bepaalde typen faunaschade te komen. Zoals eerder al opgemerkt, treffen wij in beleidsregels bijvoorbeeld aan dat schade aan gewastypen door vogels volledig van faunaschade is uitgesloten.

Dit vinden wij een te billijken keuze: van sommige gewastypen is, aan degene die een bedrijf begint of overneemt, nu eenmaal duidelijk dat deze gevoelig zijn voor bepaalde typen schade. Als dit risico echter al is verdisconteerd in de prijs die voor het gewas wordt gerekend, zien wij geen aanleiding om nog faunaschade te vergoeden. Ter (hypothetische) illustratie: van 100 gram geteelde bessen, wordt ca. 20 gram opgegeten. Omdat dit echter inherent is aan de kweek, zit op de resterende 80 gram voldoende marge om dit verlies goed te maken. Anders gezegd: in die situaties zit (het risico op) faunaschade al in het gewas ingeprijsd, zodat een aparte vergoeding hiervan niet meer billijk is.

De keuze om deze vorm van faunaschade buiten de vergoedingssystematiek te laten, zouden wij niet met een aparte drempel regelen (een drempel van 100% is immers geen drempel, maar een uitsluiting), maar stoelen op de voorzienbaarheid van de schade als basis van het normaal ondernemersrisico: als gemotiveerd kan worden dat deze faunaschade geheel tot het ondernemersrisico behoort en een inherent onderdeel is van de bedrijfsvoering, zou deze al op de voorkant van vergoeding kunnen worden uitgesloten. Het is dan ook niet nodig om voor die gevallen bij een besluit nader in te gaan op de hoogte van de drempel, maar kan worden volstaan met een verwijzing naar de (onderbouwde) uitsluiting. Het is aan de provincies om in hun beleidsregels uit te werken voor welke gewas- en schadetypen deze uitsluiting aan de orde zou moeten zijn.

Deze uitsluitingsgrond kan overigens ook (in voorkomend geval) nader onderbouwd worden met een verwijzing naar het causale verband tussen de schade en de mogelijkheid om schadebeperkend te handelen. Had schade geheel voorkomen kunnen worden als maatregelen waren getroffen, ligt het niet in de rede om hier alsnog een vergoeding voor toe te kennen. Beide voorgestelde uitsluitingsgronden kunnen daarom in elkaars verlengde worden gebracht.

#### 6.4 *Controle op verkeerde prikkels*

In het voorgaande hebben wij al gewezen op hoe een drempel zonder uitsluitingsgrond vanwege niet schadebeperkend handelen tot een verkeerde prikkel kan leiden, waarbij een benadeelde ieder schadebeperkend handelen nalaat. Als de provincies ervoor kiezen om de mogelijkheid van schadebeperking als omgevingsfactor te gebruiken en niet (actief) toe te zien op schadebeperkend handelen, lijkt het goed om in ieder geval steekproefsgewijs (al dan niet in het kader van een evaluatie van de regeling) te inventariseren hoezeer werkelijk van schadebeperking wordt afgezien. Dit is waardevolle informatie om vast te stellen of de drempelmethodek – ook vanuit het perspectief dan de beoogde prikkel tot schadebeperking – goed functioneert.