

ANNOTATIE

van den Berthy Broek*Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 15-06-2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650 (OGR-2016-0135)*

1. ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650 (Cassandraplein Eindhoven), maakt allereerst duidelijk dat de Afdeling de planschade- en nadeelcompensatiejurisprudentie inzake het hanteren van een vaste drempel en/of korting voor de toepassing van het normaal maatschappelijk risico waar mogelijk wil uniformeren. Het hanteren van een vaste maatstaf voor het normaal maatschappelijk risico, bijvoorbeeld in de vorm van een vaste drempel of korting, acht de Afdeling bestuursrechtspraak zowel in de planschade- als in de nadeelcompensatiejurisprudentie aanvaardbaar met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade (ABRvS 5 december 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BY5105 (Wouwse Tol) en ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2017 (Mook en Middelaar)). Ook geldt zowel in het planschade- als in het nadeelcompensatierecht dat, naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico op de tegemoetkoming in mindering brengt, zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld (ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926).

2. Lange tijd werd het aanvaardbaar geacht om in het kader van de beoordeling van een verzoek om nadeelcompensatie vanwege (tijdelijke) omzetschade door de uitvoering van infrastructurele werkzaamheden een vaste maatstaf te hanteren voor het normaal maatschappelijk risico in de vorm van een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis (zie ABRvS 5 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD3527, Verordening nadeelcompensatie Den Haag). De gemeente Utrecht hanteerde deze maatstaf bijvoorbeeld bij de toepassing van de Verordening Schadecompensatieregeling Aanleg HOV-baan en de Afdeling achtte deze drempel – onder verwijzing naar eerdere rechtspraak – rechtens aanvaardbaar, hoewel dit percentage niet in de verordening was neergelegd (ABRvS 19 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC0536, nadeelcompensatie HOV-baan Utrecht). De hantering van deze

hoge drempel wordt gerechtvaardigd door de aard van de werkzaamheden. Het is vaste jurisprudentie dat schade ten gevolge van wegwerkzaamheden of verkeersmaatregelen in beginsel geheel tot het normaal maatschappelijk risico van een ondernemer behoort. Slechts indien zich bijzondere feiten of omstandigheden voordoen waardoor een ondernemer ten gevolge van normale infrastructurele maatregelen onevenredig zwaar getroffen wordt, is er plaats voor een schadevergoeding (ABRvS 14 november 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA8955, verkeersmaatregel Enschede; ABRvS 26 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AP4965, verkeersmaatregel Nunspeet; ABRvS 29 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR291, kinderopvang Enschede; ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6926).

3. Er was echter ook kritiek op deze hoge omzetsdrempel. Zo stelde Horlings dat een omzetsdrempel van 15% tot onaanvaardbare resultaten zou leiden (E.H. Horlings, 'Een (on)billijke drempel bij het toekennen van nadeelcompensatie', *O&A* 2007, p. 209-217). Deze kritiek vond gehoor bij de Afdeling bestuursrechtspraak, die in de Wouwse Tol-uitspraak oordeelde dat een bestuursorgaan, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaft gegevens aanleiding bestaat, moet beoordelen of een vaste drempel of korting ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Het hanteren van een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis leidt naar het oordeel van de Afdeling tot onvoldoende differentiatie tussen verschillende branches en heeft uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen van ondernemingen. Tjepkema legt in zijn annotatie bij de Wouwse Tol-uitspraak in *AB Klassiek* 2016 uit dat de vraag welke impact een omzetsdrempel van 15% heeft, mede afhankelijk is van de kostenstructuur van de onderneming en van de invloed die vaste en variabele lasten hebben op de omzet (T. Barkhuysen e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 609-627). De omzetsdrempel werd in de einduitspraak (Wouwse Tol II) d.d. 28 mei 2014 (*AB* 2014/361) vastgesteld op 10%.

4. De Wouwse Tol-jurisprudentie gaf aanleiding tot discussie over de diverse (combinaties van) drempel- of kortingspercentages die in de praktijk worden gehanteerd om het normaal maatschappelijk risico te bepalen bij schade door infrastructurele werkzaamheden (zie M.A.E. Planken & M.K.G. Tjepkema, 'Drempels en kortingen bij nadeelcompensatie na De Wouwse Tol', *O&A* 2015/2). Enkele gemeenten (bijv. Amsterdam, Groningen en Rotterdam) hebben in hun nadeelcompensatieverordeningen omzetsdrempels opgenomen van 8% van de gemiddelde jaaromzet. In de onderhavige uitspraak (Cassandraplein Eindhoven) oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak dat bestuursorganen bij infrastructurele werkzaamheden die als een normale maatschappelijke ontwikkeling kunnen worden beschouwd een omzetsdrempel van 8% kunnen toepassen. De uitspraak Cassandraplein Eindhoven betrof (onder andere) de omvang en de vergoedbaarheid van schade geleden door een supermarkt ten gevolge van drie verschillende, elkaar in tijd overlappende infrastructurele projecten. Aanvankelijk had het

college het verzoek om nadeelcompensatie afgewezen, met als motivering dat de werkzaamheden als een normale maatschappelijke ontwikkeling moeten worden beschouwd en niet in de weg staan aan de toepassing van een drempel. Er werd aanvankelijk een omzetsdrempel gehanteerd van 15% van de gemiddelde jaarlijkse omzet. Naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank, waarin overigens de toepassing van een drempel van 15% aanvaardbaar werd geacht, heeft het college een nieuw besluit genomen. In dit besluit werd bij de beoordeling van het normaal maatschappelijk risico een drempel van 8% van de gemiddelde omzet in de referentie jaren gehanteerd in plaats van de eerder gehanteerde drempel van 15%.

5. De uitspraak Cassandraplein Eindhoven bevat belangrijke uitgangspunten voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade door infrastructurele werkzaamheden. Ten eerste onderbouwt de Afdeling zeer uitvoerig waarom de infrastructurele werkzaamheden kunnen worden aangemerkt als een normale maatschappelijke ontwikkeling. De schade die ondernemers hierdoor lijden behoort – conform vaste jurisprudentie – in beginsel tot het normale ondernemersrisico en komt niet voor vergoeding in aanmerking. Schadevergoeding is pas aan de orde indien sprake is van onevenredige, buiten het normale ondernemersrisico vallende schade. Naar het oordeel van de Afdeling sluit het hanteren van een drempel voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade hierbij aan. Ten tweede maakt de Afdeling duidelijk dat in een concreet geval sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden die in de weg kunnen staan aan de toepassing van een omzetsdrempel (vgl. ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052 (Hollandse Brug)). In de onderhavige zaak acht de Afdeling dergelijke bijzondere omstandigheden overigens niet aanwezig. Ten derde overweegt de Afdeling nu ook expliciet in een nadeelcompensatiezaak dat een bestuursorgaan beoordelingsruimte toekomt bij de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico. Het is interessant dat de Afdeling daarbij verwijst naar een planschadezaak (uitspraak van 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4668). In andere planschadezaken voegde de Afdeling hier nog de overweging aan toe dat een bestuursorgaan de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico naar behoren dient te motiveren en dat de bestuursrechter deze motivering toetst indien de beroepsgronden daartoe aanleiding geven. De term beoordelingsruimte impliceert voorts dat, indien de motivering van het bestuursorgaan niet volstaat, de bestuursrechter onder omstandigheden zelf de omvang van het normaal maatschappelijk risico kan vaststellen (vgl. ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:530, Rijsbergen). Daar is in de onderhavige zaak geen sprake van, omdat het college naar het oordeel van de Afdeling de hoogte van de drempel naar behoren heeft gemotiveerd. De infrastructurele werkzaamheden kunnen als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd waarmee benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op

de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. Kennelijk kan bij deze categorie van reguliere infrastructurele werkzaamheden een drempel van 8% worden toegepast. Er geldt naar het oordeel van de Afdeling geen verhoogde motiveringsplicht.

6. De uitspraak Cassandraplein Eindhoven roept de vraag op, of de toepassing van een omzeldrempel van 15% nog wel aanvaardbaar is. Deze drempel wordt door de minister als uitgangspunt gehanteerd in de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 en er zijn ook nog steeds (veel) gemeenten die deze omzeldrempel toepassen. Naar mijn mening kan uit de uitspraak Cassandraplein Eindhoven niet worden afgeleid dat de Afdeling de hantering van een omzeldrempel van 15% niet meer aanvaardbaar acht. Het is immers in eerste instantie aan het bestuursorgaan om een vast drempelpercentage vast te stellen en dit naar behoren te motiveren. Ik kan me wel voorstellen dat er voor de toepassing van de omzeldrempel van 15% een verhoogde motiveringsplicht geldt. Wanneer een bestuursorgaan de toepassing van deze drempel niet naar behoren motiveert, kan de bestuursrechter onder omstandigheden zelf de omvang van het normaal maatschappelijk risico vaststellen en bepalen dat een lagere drempel of een korting redelijk is, gelet op de omstandigheden van het concrete geval.