



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Wouwse Tol en De Hollandse Brug

Tjepkema, M.K.G.

Citation

Tjepkema, M. K. G. (2013). De Wouwse Tol en De Hollandse Brug. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 222. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/21132>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/21132>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico werkt met een vaste drempel of korting of met een vaste drempel in combinatie met een korting bovenop het schadebedrag. Dat komt de rechtszekerheid ten goede, nu de vraag of er sprake is van onevenredigheid daarmee aanstonds eenvoudig kan worden beantwoord. Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen op de wijze zoals hiervoor is overwogen. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaftte gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als ondergrens hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld (...)

De Afdeling is van oordeel dat niet zonder meer, dat wil zeggen niet zonder nadere motivering, valt in te zien dat het hanteren van een vaste ondergrens van 15% van de omzet redelijk is in een geval zoals hier, waarin de weggebonden onderneming een horecabedrijf is. De Wouwse Tol heeft terecht betoogd dat het hanteren van een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis, tot onvoldoende differentiatie tussen verschillende branches leidt en daarmee tot uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen. Op dit punt zou een differentiatie op zijn plaats kunnen zijn, waarbij onder meer de kostenstructuur en de verhouding tussen kosten en omzet aan de orde komt. Het is aan het bestuursorgaan om een gemotiveerd oordeel te geven over de vraag of differentiatie in een geval als dit gerechtvaardigd is en zo ja, wat deze differentiatie betekent voor de invulling van het normale ondernemersrisico.

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State op het hoger beroep van: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid De Wouwse Tol Exploitatie B.V., gevestigd te Wouw, gemeente Roosendaal, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Breda van 13 oktober 2011 in zaak nr. 11/1529 in het geding tussen:

De Wouwse Tol Exploitatie
en
de minister van Infrastructuur en Milieu.

Procesverloop

Bij besluit van 18 januari 2011 heeft de minister een verzoek om nadeelcompensatie voor schade

AB 2013/221

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

5 december 2012, nr. 201112232/1/T1/A2.
(Mrs. C.H.M. van Altena, A. Hammerstein, G. Snijders)
m.nt. M.K.G. Tjepkema

Art. 2, 3 Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999

Gst. 2013/12
BR 2013/46
O&A 2013/6
LJN BY5105
ECLI:NL:RVS:2012:BY5105

Nadeelcompensatie bij tijdelijke omzetsderving ten gevolge van infrastructurele maatregelen. Beoordelingsvrijheid. Omzetsdrempel. Differentiatie tussen verschillende typen onderneming. Motiveringsplicht.

Vooropgesteld wordt dat de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is. Deze komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*beginsel.

In beginsel is het met het oog op uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding

als gevolg van groot onderhoud aan de Rijkswegen A4, A17 en A58 afgewezen.

Bij brief van 18 februari 2011 heeft De Wouwse Tol daartegen bezwaar gemaakt en de minister verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep op de administratieve rechter als bedoeld in artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

De minister heeft met dat verzoek ingestemd en het bezwaarschrift met toepassing van artikel 7:1a, vijfde lid, van de Awb doorgezonden naar de rechtbank.

Bij uitspraak van 13 oktober 2011 heeft de rechtbank het door De Wouwse Tol daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Overwegingen

1. Volgens artikel 2, eerste lid, van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 (hierna: de Regeling) kent de minister aan degene die schade lijdt of zal lijden als gevolg van de rechtmatige uitoefening door of namens de minister van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak op verzoek een vergoeding toe, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.

Volgens artikel 3 komt binnen het normale ondernemersrisico vallende schade niet voor vergoeding in aanmerking.

2. De Wouwse Tol drijft en exploiteert een hotel-restaurant, dat ligt aan rijksweg A58. Zij stelt schade te hebben geleden door groot onderhoud aan de rijkswegen A4, A17 en A58 in de periode maart tot en met augustus 2006 en door een volledige afsluiting van de afslag naar De Wouwse Tol in de periode van 16 tot en met 28 juli 2006.

3. De minister heeft de commissie als bedoeld in artikel 15 van de Regeling (hierna: de schadecommissie) om advies gevraagd. Bij advies van 15 november 2010 heeft de schadecommissie de minister geadviseerd het verzoek af te wijzen, omdat de wegwerkzaamheden, waaronder de afsluiting van een afslag, niet tot een omzetsdaling van ten minste vijftien procent van de gemiddelde jaaromzet in de drie aan de wegwerkzaamheden voorafgaande kalenderjaren hebben geleid, zodat de door De Wouwse Tol geleden schade binnen het normale ondernemersrisico als bedoeld in artikel 3 van de Regeling, valt. De minister heeft dat advies aan het besluit van 18 januari 2011 ten grondslag gelegd.

4. De rechtbank heeft overwogen dat De Wouwse Tol niet aannemelijk heeft gemaakt dat

de schadecommissie niet beschikt over de vereiste onafhankelijkheid en deskundigheid. Voorts heeft de De Wouwse Tol evenmin aannemelijk gemaakt dat het advies van de schadecommissie wat betreft de wijze van totstandkoming of inhoud zodanige gebreken bevat, dat de minister zijn besluit daarop niet mocht baseren.

5. De Wouwse Tol betoogt allereerst dat de rechtbank heeft miskend dat de schadecommissie niet als onafhankelijk kan worden aangemerkt, omdat de schadecommissie in financieel opzicht niet onafhankelijk is van haar opdrachtgever en veelvuldig wordt ingeschakeld door het ministerie van Infrastructuur en Milieu.

5.1. Dit betoog faalt.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in de uitspraak van 26 oktober 2005 in zaak nr. 200410039/1 is de omstandigheid dat de leden van de commissie door de minister worden bezoldigd, onvoldoende voor het oordeel dat de schadecommissie niet onafhankelijk is. Dat de schadecommissie vaak wordt ingeschakeld, betekent evenmin dat de schadecommissie niet onafhankelijk is. De door De Wouwse Tol overgelegde artikelen inzake adviezen van grote verzekeraarsmaatschappijen over medische claims en over een onderzoek naar de vliegcrash in Faro bieden daartoe evenmin concrete aanknopingspunten.

6. De Wouwse Tol betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat de schadecommissie niet deskundig is. Daartoe stelt De Wouwse Tol dat haar verzoeken om toevoeging van een accountant, die ervaring heeft met de grotere hotel-restaurantketens in Nederland, en van een statisticus, die de systematiek van de omzetprognose zou bepalen, niet zijn gehonoreerd.

6.1. Dit betoog faalt.

De schadecommissie bestaat, conform de eis neergelegd in artikel 15, tweede lid, van de Regeling, uit drie onafhankelijke deskundigen, te weten A.C.M.M. van Heesbeen, beëdigd rentmeester en taxateur, E.H. Hurlings en P. van der Streek, beiden financieel deskundigen. Zoals de rechtbank heeft overwogen, is de omstandigheid dat een van de leden niet afkomstig is van een groot accountantskantoor onvoldoende om tot het oordeel te komen dat de schadecommissie niet deskundig is.

7. De Wouwse Tol betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat het hanteren van een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis als maatstaf voor de bepaling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico onredelijk is, omdat dit tot onvoldoende differentiatie binnen verschillende branches leidt. Uit de uitspraak van de Afdeling van 15 december 2004 in zaak 200403461/1 volgt voorts dat een volledige weg-

afsluiting gedurende 26 dagen het normale ondernemersrisico overstijgt. Daarbij komt dat in haar geval de wegafsluiting heeft plaatsgevonden in de drukste periode qua omzet van het jaar, in juli, terwijl was verzocht om de werkzaamheden in een andere periode uit te voeren.

7.1. In het besluit van 18 januari 2011 heeft de minister het standpunt ingenomen dat het normaal ondernemersrisico met zich brengt dat bij het bepalen van de hoogte van de schade een ondergrens wordt gehanteerd en dat slechts de schade die deze grens overstijgt voor vergoeding in aanmerking komt. De minister heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat een ondergrens van 15% van de gemiddelde omzet op jaarbasis redelijk is en erop gewezen dat dit percentage in de jurisprudentie van de Afdeling wordt geaccepteerd.

7.2. Vooropgesteld wordt dat de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan is. Deze komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*beginsel.

In beginsel is het met het oog op uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico werkt met een vaste drempel of korting of met een vaste drempel in combinatie met een korting bovenop het schadebedrag. Dat komt de rechtszekerheid ten goede, nu de vraag of er sprake is van onevenredigheid daarmee aanstonds eenvoudig kan worden beantwoord. Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen op de wijze zoals hiervoor is overwogen. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaft gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als ondergrens hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 30 mei 2012 in zaak nr. 201104496/1/T1/A2).

7.3. De Wouwse Tol exploiteert een wegstaurant/hotel. Zij heeft daarmee gekozen voor een weggebonden onderneming en dus voor afhankelijkheid van de toestroom van klanten over de weg. Hieraan is inherent dat soms nadeel wordt

ondervonden door de uitvoering van verkeersmaatregelen of wegwerkzaamheden, waardoor haar onderneming dan verminderd of niet bereikbaar is voor klanten. Dit nadeel behoort in beginsel tot het eigen ondernemersrisico. Het hanteren van een ondergrens of drempel voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade geleden als gevolg van die verkeersmaatregelen, waaronder in het kader daarvan te verrichten reconstructiewerkzaamheden, sluit hierbij aan. In de uitspraken van 18 mei 2011 in zaak nr. 201010173/1/H2 en 19 december 2007 in zaak nr. 200702424/1, waarin wordt verwezen naar de uitspraak van 14 april 2004 in zaak nr. 200305154/1, en de uitspraak van 5 september 2001 in zaak nr. 20004867/1 (*BR* 2002/877), wordt de toepassing van een ondergrens in de vorm van een maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis rechtens aanvaardbaar geacht.

De Afdeling is van oordeel dat niet zonder meer, dat wil zeggen niet zonder nadere motivering, valt in te zien dat het hanteren van een vaste ondergrens van 15% van de omzet redelijk is in een geval zoals hier, waarin de weggebonden onderneming een horecabedrijf is. De Wouwse Tol heeft terecht betoogd dat het hanteren van een ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis, tot onvoldoende differentiatie tussen verschillende branches leidt en daarmee tot uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen. Op dit punt zou een differentiatie op zijn plaats kunnen zijn, waarbij onder meer de kostenstructuur en de verhouding tussen kosten en omzet aan de orde komt. Het is aan het bestuursorgaan om een gemotiveerd oordeel te geven over de vraag of differentiatie in een geval als dit gerechtvaardigd is en zo ja, wat deze differentiatie betekent voor de invulling van het normale ondernemersrisico.

7.4. Ten aanzien van de schade ten gevolge van de wegwerkzaamheden in de periode maart-augustus 2006 is van belang dat een ondernemer als De Wouwse Tol er rekening mee dient te houden dat hij periodiek omzetsderving zal lijden doordat de weg waaraan het bedrijf ligt moet worden onderhouden, vernieuwd of verbeterd. Dat past ook in de vaste jurisprudentie van de Afdeling dat schade ten gevolge van verkeersmaatregelen zoals thans aan de orde, in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico kan worden gerekend. Daarbij is van belang met welke frequentie dergelijk onderhoud gepleegd wordt, zodat de ondernemer daarop kan anticiperen door bijvoorbeeld voorzieningen te treffen.

Ten aanzien van de schade veroorzaakt door de volledige wegafsluiting in de periode van 16 tot en met 28 juli 2006 is van belang dat De Wouwse

Tol heeft aangevoerd dat zij gedurende deze twaalf dagen in een voor haar normaal gesproken qua omzet gunstige periode van het jaar bijna geheel niet bereikbaar is geweest en zij passende schadebeperkende maatregelen heeft genomen door het hotel en restaurant in deze periode te sluiten. Daarnaast heeft zij gewezen op de uitspraak van 15 december 2004 in zaak nr. 200403461/1, waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat schade ten gevolgen van een volledige wegafsluiting gedurende een relatief lange periode van 26 dagen buiten het normaal ondernemersrisico valt, nu geen gevallen bekend zijn waarin tankstations langs snelwegen volledig onbereikbaar zijn geweest. De minister heeft in het licht hiervan ten onrechte niet toegelicht waarom in een geval als dit een ondergrens van 15% van de jaaromzet redelijk is.

Het betoog slaagt.

7.5. De Afdeling zal hieronder bepalen dat de minister met inachtneming van het voorgaande een nieuw besluit dient te nemen.

8. De Wouwse Tol betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat de schadecommissie geen juiste vergelijkingsmaatstaf voor de berekening van de omzetzerving heeft gebruikt. Voor de berekening van de stijging van de omzet in 2006, ten einde de omzet te bepalen welke De Wouwse Tol zonder wegwerkzaamheden zou hebben behaald, heeft zij de gegevens aangeleverd van 30 Van der Valk-vestigingen. De schadecommissie heeft hieruit ten onrechte zeven relatief kleine vestigingen als referentiegroep gekozen. Daarbij komt dat in drie van de zeven vestigingen - Leiden, Spier en Nieuwerkerk - ingrijpende verbouwingen en renovaties hebben plaatsgevonden, zodat deze niet als representatief kunnen worden aangemerkt. Volgens De Wouwse Tol dient de omzetzerving van deze vestigingen te worden gecorrigeerd of dienen de vestigingen geen deel uit te maken van de referentiegroep.

8.1. Indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, mag het bestuursorgaan volgens vaste jurisprudentie (onder meer uitspraak van 3 maart 2010 in zaak nr. 200905785/1/H2) bij het nemen van een besluit op een verzoek om planschadevergoeding van dat advies uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan naar voren zijn gebracht.

8.2. Ter beantwoording van de vraag of de omzetzerving van De Wouwse Tol voorafgaande aan 2006 in lijn ligt met de verschillende vestigingen van de Valkenhorst-groep waartoe

ook de Wouwse Tol behoort, heeft De Wouwse Tol de omzetgegevens van 17 individuele vestigingen overgelegd. Nu de omzetzerving van de individuele bedrijven sterk uiteenloopt, heeft de schadecommissie een referentiegroep samengesteld van zeven vestigingen met een min of meer naar omzet vergelijkbare bedrijfsgrootte. De gemiddelde omzetzerving van de bedrijven in deze referentiegroep is een indicatie voor de te verwachten omzetzerving bij De Wouwse Tol indien wordt geabstraheerd van de wegwerkzaamheden. De omstandigheid dat in drie van deze vestigingen renovaties en/of verbouwingen hebben plaatsgevonden, maakt volgens de schadecommissie niet dat de referentiegroep onvoldoende representatief zou zijn. Volgens de schadecommissie maken onderhoud, verbouwingen en renovaties een normaal onderdeel uit van de exploitatie van horecavestigingen.

8.3. Hoewel het in zijn algemeenheid juist is dat verbouwingen en renovaties een normaal onderdeel van de bedrijfsvoering van een hotel-restaurant zijn, betekent dit niet zonder meer dat opname van de vestigingen Leiden, Spier en Nieuwerkerk in de referentiegroep voor de hand ligt. In dit geval is er daardoor echter geen sprake van onvergelijkbaarheid. Uit het advies van de schadecommissie blijkt dat de renovatie van hotel Spier is uitgevoerd in januari en februari 2006. Hierdoor kon gedurende de tien resterende maanden een hogere omzet worden gerealiseerd. In hotel Nieuwerkerk is de kamerrenovatie afgerond in april 2006, zodat ook daar het grootste gedeelte van het jaar een hogere omzet kon worden genoten. De renovatie van hotel Leiden is aangevangen in oktober 2006. Het betrof de renovatie van het restaurant dat gedurende tien maanden wel normaal heeft gefunctioneerd. De in twee maanden door de werkzaamheden geleden omzetzerving, maakt niet dat Leiden niet had mogen worden opgenomen in de referentiegroep. De berekening van de schadecommissie, waarbij met een omzetzerving door de verbouwing en renovatie als door De Wouwse Tol gesteld, rekening is gehouden, leidt bovendien niet tot een voldoende significante andere uitkomst. Daarbij komt, zoals de schadecommissie terecht heeft gesteld, dat in die benadering alleen de tegenvallers in de bedrijfsvoering worden belicht en daarbij niet wordt betrokken dat na renovatie van een restaurant en/of hotel de bezetting en de inkomsten zullen stijgen. Nu de schadecommissie van de groep van zeven vestigingen, de vestigingen met de sterkste en de zwakste omzetzerving buiten beschouwing heeft gelaten, ten einde mogelijke verstoringseffecten ten aanzien van de vergelijkbaarheid tegen te gaan, is er geen grond voor het oordeel dat de minister het advies

van de schadecommissie in zoverre niet heeft mogen volgen.

Het betoog faalt.

9. De slotsom is dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister afdoende heeft gemotiveerd dat de door De Wouwse Tol gestelde omzetschade niet voor vergoeding in aanmerking komt.

De Afdeling ziet in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding om de minister op de voet van artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State op te dragen het besluit van 18 januari 2011 nader te motiveren dan wel een nieuw besluit te nemen.

De minister dient met inachtneming van hetgeen onder 7.3. en 7.4 is overwogen nader te motiveren of en zo ja, in hoeverre de door De Wouwse Tol geleden schade binnen het normaal ondernemersrisico valt. Indien blijkt dat sprake is van vergoeding in aanmerking komende omzetschade dient dit bedrag in een nieuw besluit te worden toegekend.

10. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding onderscheidenlijk verschuldigheid van het betaalde griffierecht.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende :

draagt de minister van Infrastructuur en Milieu op om binnen zestien weken na de verzending van deze tussenuitspraak het besluit van 18 januari 2011 nader te motiveren dan wel een nieuw besluit te nemen en de uitkomst van deze beoordeling aan de Afdeling toe te zenden.

Noot

Zie noot onder AB 2013/000.

M.K.G. Tjepkema

AB 2013/222

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

5 juni 2013, nr. 201205690/1/T1/A2.

(Mrs. C.H.M. van Altena, J.C. Kranenburg en A. Hammerstein)

m.nt. M.K.G. Tjepkema

Art. 2, 3 Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999

LJN CA2052

ECLI:NL:RVS:2013:CA2052

Nadeelcompensatie bij tijdelijke kostenstijging ten gevolge van infrastructurele maatregel. Beoordelingsvrijheid. Kostendrempel of korting?

Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 5 december 2012 in zaak nr. 201112232/1/A2, is de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan. Dit komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het égalitébeginsel. In beginsel is het met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico werkt met een vaste drempel of korting of met een vaste drempel in combinatie met een korting bovenop het schadebedrag. Dat komt de rechtszekerheid ten goede, nu de vraag of schade buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico valt daarmee aanstands eenvoudig kan worden beantwoord. Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen op de wijze zoals hiervoor is overwogen. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschaftte gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als drempel hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 30 mei 2012 in zaak nr. 201104496/T1/A2).

In dit geval is uitgangspunt dat de minister zich, in navolging van het advies van de schadecommissie, uitdrukkelijk op het standpunt heeft gesteld dat de plotselinge afsluiting van de Hollandse Brug voor vrachtverkeer voor een, naar later zou blijken, aangeengsloten periode van veertien maanden niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd. Dit betekent dat de daardoor veroorzaakte schade niet of niet geheel tot het normale ondernemersrisico behoort en in zoverre voor vergoeding in aanmerking komt. De toepassing van een in de jurisprudentie gehanteerde drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse transportkosten, die de schadecommissie vervolgens hanteert, ligt dan niet langer in de rede omdat deze nu juist als instrument dient om te bepalen of de om-

vang van nadeel of schade veroorzaakt door reguliere infrastructurele werkzaamheden buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico valt. De buitengewone aspecten van de infrastructurele maatregel, zoals deze zijn uiteengezet in het advies van de schadecommissie, worden door toepassing van de drempel onvoldoende appellante betoogt derhalve terecht dat onder deze omstandigheden de in de jurisprudentie gehanteerde drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse transportkosten niet mocht worden toegepast. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat de minister deugdelijk heeft gemotiveerd dat de door appellante gestelde schade in de vorm van kostenstijging niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Gelet op de buitengewone aspecten van de infrastructurele maatregel, zoals deze uiteen zijn gezet in het advies van de schadecommissie, is het redelijk dat de minister een gedeelte van de schade vergoedt. Voor het bepalen van de hoogte daarvan zal de kortingsmethode kunnen worden gehanteerd.

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State op het hoger beroep van: appellante, gevestigd te Aalsmeer, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 2 mei 2012 in zaak nr. 10-5880 in het geding tussen:

appellante
en

de minister van Infrastructuur en Milieu.

Procesverloop

Bij besluit van 16 februari 2010 heeft de minister een verzoek van appellante om vergoeding van nadeel als gevolg van het afsluiten van de Hollandse Brug voor vrachtverkeer afgewezen.

Bij besluit van 12 juli 2010 heeft de minister het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 2 mei 2012 heeft de rechtbank het door appellante daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 5 maart 2013, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. J.B. van Velzen, juridisch adviseur Transport en Logistiek Nederland te Zoetermeer directeur, haar directeur, en door accountant, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J.A. Spee en mr. J.S. Procee, advocaten te Den Haag, en door A. Stroux en A. den Boer, beiden werkzaam bij het ministerie, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State, zoals dit luidde ten tijde van belang, kan de Afdeling het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

2. Volgens artikel 2, eerste lid, van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 (hierna: de Regeling) kent de minister aan degene die schade lijdt of zal lijden als gevolg van de rechtmatige uitoefening door of namens de minister van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak op verzoek een vergoeding toe, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.

Volgens artikel 3 komt binnen het normale ondernemersrisico vallende schade niet voor vergoeding in aanmerking.

3. De Hollandse Brug is op 27 april 2007 voor vrachtverkeer in beide richtingen afgesloten. Op 14 april 2008 is een rijstrook open gesteld voor vrachtverkeer in de richting van Almere naar Amsterdam. Op 7 juli 2008 is een rijstrook open gesteld voor het verkeer in de andere richting. In juli, augustus en september 2008 is de brug vervolgens nog zeven werkdagen volledig afgesloten geweest wegens afrondende werkzaamheden.

4. Appellante transporteert bloemen en planten van kwekers in Almere naar veilingen in Aalsmeer, Rijnsburg en Naaldwijk/Bleiswijk. Haar totale wagenpark bestaat uit 51 auto's. Ongeveer 25% van haar omzet komt van kwekers uit Almere. Zij stelt schade in de vorm van omrijdkosten te hebben geleden door de afsluiting van de Hollandse Brug. Zij rijdt twaalf keer per dag op en neer naar Almere. Tijdens de afsluiting zag zij zich genoodzaakt 44 km per rit om te rijden.

5. De minister heeft de commissie als bedoeld in artikel 15 van de Regeling (hierna: de schadecommissie) om advies gevraagd. Bij advies van 26 oktober 2009, aangevuld bij advies van 14 december 2009, heeft de schadecommissie de minister geadviseerd het verzoek af te wijzen.

Volgens het advies kan de abrupte en volledige afsluiting van de Hollandse Brug voor vrachtverkeer gedurende een periode van veertien maanden niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd. De afsluiting was onverwacht en de duur ervan oversteeg een gangbare periode voor regulier onderhoud of reconstructiewerkzaamheden. Daarnaast is van belang dat vrachtauto's tot ongeveer twintig ton feitelijk geen veiligheidsrisico opleverden en uitsluitend zijn geweerd in het belang van de hand-

having van het besluit van 11 juni 2007, waarin de afsluiting is neergelegd.

De door de afsluiting veroorzaakte schade heeft echter niet geleid tot een kostenstijging van ten minste 15% van de gemiddelde transportkosten van het totale wagenpark in de drie aan de werkzaamheden voorafgaande kalenderjaren. Daardoor valt de door appellante geleden schade, 7,23% van de totale gemiddelde transportkosten, binnen het normale ondernemersrisico als bedoeld in artikel 3 van de Regeling. Daarbij is betrokken dat de Hollandse Brug weliswaar gedurende ongeveer veertien maanden volledig afgesloten was voor vrachtverkeer, maar dat geen sprake is geweest van onbereikbaarheid van de bedrijven. Vrachtauto's konden onder meer omrijden via de Stichtse Brug, of konden, bij een lengte tot 12 meter, vanaf 15 september 2007 gebruik maken van veerponten.

De minister heeft het advies aan het besluit van 16 februari 2010 ten grondslag gelegd.

6. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister het advies aan de afwijzing van het verzoek om vergoeding van nadeel ten grondslag heeft mogen leggen. De rechtbank heeft miskend dat voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van de geleden schade het niet redelijk is een ondergrens van 15% van de gemiddelde transportkosten van het totale wagenpark te hanteren.

7. Indien uit een advies van een door een bestuursorgaan benoemde deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ervan ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, mag dat bestuursorgaan volgens vaste jurisprudentie bij het nemen van een besluit op een aanvraag om nadeelcompensatie van dat advies uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan naar voren zijn gebracht.

7.1. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 5 december 2012 in zaak nr. 201112232/1/A2, is de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico in de eerste plaats aan het bestuursorgaan. Dit komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*-beginsel. In beginsel is het met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele vergoeding van schade aanvaardbaar dat het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico werkt met een vaste drempel of korting of met een vaste drempel in combinatie met een

korting bovenop het schadebedrag. Dat komt de rechtszekerheid ten goede, nu de vraag of schade buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico valt daarmee aanstonds eenvoudig kan worden beantwoord. Het is niet aan de bestuursrechter om in dit verband een percentage vast te stellen, maar om te toetsen op de wijze zoals hiervoor is overwogen. Het bestuursorgaan zal, als daartoe op grond van de door de benadeelde verschafte gegevens aanleiding bestaat, moeten beoordelen of deze drempel of korting, dan wel drempel in combinatie met een korting, ook onverkort toepassing kan vinden in de omstandigheden van het geval. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als drempel hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, geldt dat er zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 30 mei 2012 in zaak nr. 201104496/T1/A2).

7.2. Appellante exploiteert een transportbedrijf en is daarmee afhankelijk van de infrastructuur. Hieraan is inherent dat, naast het profiteren van een goed onderhouden wegennet, soms nadeel wordt ondervonden door de uitvoering van verkeersmaatregelen of wegwerkzaamheden waardoor een verhoging van kosten plaatsvindt. Dit nadeel behoort in beginsel tot het eigen ondernemersrisico en komt volgens artikel 3 van de Regeling niet voor vergoeding in aanmerking. Schadevergoeding als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Regeling is eerst aan de orde indien er sprake is van onevenredige, dat wil zeggen buiten het normale ondernemersrisico vallende schade. Het hanteren van een drempel voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade als gevolg van die maatregelen aan de infrastructuur, reconstructiewerkzaamheden en onderhoud aan bruggen, sluit hierbij aan. Pas als de schade boven die drempel uitkomt is sprake van onevenredige schade zoals hiervoor bedoeld.

In dit geval is uitgangspunt dat de minister zich, in navolging van het advies van de schadecommissie, uitdrukkelijk op het standpunt heeft gesteld dat de plotselinge afsluiting van de Hollandse Brug voor vrachtverkeer voor een, naar later zou blijken, aaneengesloten periode van veertien maanden niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd. Dit betekent dat de daardoor veroorzaakte schade niet of niet geheel tot het normale ondernemersrisico behoort en in zoverre voor vergoeding in aanmerking komt. De toepassing van een in de jurisprudentie gehanteerde drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse transportkosten, die de schadecommissie vervolgens hanteert, ligt dan niet langer in de rede omdat

deze nu juist als instrument dient om te bepalen of de omvang van nadeel of schade veroorzaakt door reguliere infrastructurele werkzaamheden buiten het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico valt. De buitengewone aspecten van de infrastructurele maatregel, zoals deze zijn uiteengezet in het advies van de schade-commissie, worden door toepassing van de drempel onvoldoende verdisconteerd, omdat alleen de hoogte van de schade in aanmerking wordt genomen.

Appellante betoogt derhalve terecht dat onder deze omstandigheden de in de jurisprudentie gehanteerde drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse transportkosten niet mocht worden toegepast. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat de minister deugdelijk heeft gemotiveerd dat de door appellante gestelde schade in de vorm van kostenstijging niet voor vergoeding in aanmerking komt.

8. De Afdeling ziet in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding om het college op de voet van artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State, zoals dat luidde ten tijde van belang, op te dragen een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen.

Gelet op de buitengewone aspecten van de infrastructurele maatregel, zoals deze uiteen zijn gezet in het advies van de schadecommissie, is het redelijk dat de minister een gedeelte van de schade vergoedt. Voor het bepalen van de hoogte daarvan zal de kortingsmethode kunnen worden gehanteerd. Op het schadebedrag van € 611.241, zoals dit is vastgesteld in het advies van de schadecommissie van 26 oktober 2009 op pagina's 16 en 20, kan een korting worden toegepast die in verhouding staat tot een periode van afsluiting wegens regulier onderhoud aan de brug waarmee appellante als transportondernemer van tijd tot tijd rekening moet houden. De voor vergoeding in aanmerking komende schade dient in een nieuw besluit te worden toegekend.

9. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

draagt de minister van Infrastructuur en Milieu op om binnen zestien weken na de verzending van deze tussenuitspraak met inachtneming van overwegingen 7.2. en 8. een nieuw besluit te nemen en de uitkomst aan de Afdeling mee te delen.

Noot



- De uitspraak inzake *De Wouwse Tol* is van grote principiële én praktische betekenis voor het materiële nadeelcompensatierecht. Het principiële belang schuilt met name in de overwegingen waarin de Afdeling zich uitlaat over de positie van de bestuursrechter versus het bestuursorgaan bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Ook het praktische belang is groot, nu de Afdeling de ruimte van bestuursorganen om de omstreden drempelmethode toe te passen in enige mate inperkt. Een mooi voorbeeld van de koerswijziging die met *De Wouwse Tol* is ingezet biedt de uitspraak inzake de afsluiting van de Hollandse Brug, die ook in deze AB is opgenomen.
- Sinds jaar en dag maken bestuursorganen bij de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie gebruik van standaarddrempels ter invulling van het normaal maatschappelijk risico. Soms zijn deze drempels in de wet neergelegd, zoals de 2%-drempel in art. 6.2 Wet op de ruimtelijke ordening. Wanneer schade bestaat uit tijdelijke omzetzerving ten gevolge van de uitvoering van infrastructurele maatregelen, is het gebruikelijk om een omzetzerving te hanteren. Deze drempel dient om vast te stellen wanneer de schade uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico (omdat het om ondernemingen gaat is het eigenlijk beter om van 'normaal ondernemersrisico' te spreken). Daarmee verschilt deze methode van de kortingsmethode, die dient om te bepalen in hoeverre een nadeel waarvan reeds is vastgesteld dat zij onevenredig is, voor rekening van de overheid komt. De Afdeling heeft in een aantal uitspraken laten zien dat zij niet schroomt om een nadeelcompensatiebesluit te vernietigen omdat het bestuursorgaan niet goed kon motiveren waarom het een bepaald kortingspercentage toepaste (ABRS 24 juni 2009, *LJN* BI9694; ABRS 15 mei 2002, *LJN* AF2594). Een korting van 40% kwalificeert de Afdeling als 'hoog' (ABRS 30 mei 2012, *LJN* BW6926, r.o. 2.33); meestal ligt de hoogte tussen de 15 en 25%. Dat de Afdeling soms tamelijk intensief toetst of het kortingspercentage op een juiste hoogte is gesteld is op zichzelf niet opmerkelijk, zij het dat zo een discrepantie ontstaat met de situatie waarin het bestuursorgaan gebruik maakt van de drempelmethode. Wordt namelijk een omzetzerving gehanteerd, dan ligt deze in de regel op 15% van de omzet op jaarbasis. Achter de hoogte van dit percentage schuilt geen hogere gedachte. Nadat deze drempelmethode in een uitspraak van de rechtbank Den Haag was goedgekeurd (9 juli 1999, *JB* 1999/

234, m.nt. RJNS) volgde ook de Afdeling, die dit percentage in verschillende uitspraken nadien fiatteerde (voor het eerst in ABRs 5 september 2001, BR 2002/877, m.nt. BPMvR). Sindsdien is dit percentage een eigen leven gaan leiden en is het de standaard geworden bij de uitvoering van tal van infrastructurele werken, zoals bij de omvangrijke nadeelcompensatiepraktijk op grond van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer & Waterstaat 1999, maar ook bij de aanleg van de Betuwe-route en de Utrechtse HOV-baan (zie ook M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, p. 448).

3. De kritiek op de 15%-omzetrempel luidt onder meer dat deze voor lokale ondernemers onbillijk kan uitpakken en hen zelfs de das om kan doen, zeker bij langdurige werkzaamheden ter verbetering van de infrastructuur (B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal?*, oratie UvA, Vossius Pers 2011, p. 8). Een ander kritiekpunt is dat een standaarddrempel een tamelijk bot instrument is om vast te stellen of het normaal maatschappelijk risico is overschreden en 'rechtsgelijkheid' ten onrechte zonder meer laat prevaleren boven 'individuele gerechtigheid'. Dit laatste geluid is met name te horen bij E.H. Horlings ('Een onbillijke drempel bij nadeelcompensatie', *O&A* 2008, p. 209 e.v.), die bepleitte om in het licht van het 'maatschappelijk belang van ondernemen' te differentiëren tussen verschillende typen ondernemingen. Mijn bezwaar tegen de 15% omzetrempel is vooral dat deze *de facto* een uitputtende invulling van het normale ondernemersrisico biedt, terwijl zij beoogt om slechts aan één van de daaraan verbonden gezichtspunten invulling te geven: de omvang van het nadeel. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling hebben bij herhaling gesteld dat bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico rekening moet worden gehouden met 'alle relevante omstandigheden van het geval' (HR 17 september 2004, AB 2006/41, m.nt. Van Ravels resp. ABRvS 18 maart 2009, L/JN BH6353). Daarbij moet acht worden geslagen op de omvang van de schade, maar ook op de voorzienbaarheid van de schadeveroorzakende handeling en de gevolgen daarvan en op de aard van die handeling. Door een 15%-omzetrempel op te werpen, wordt deze complexe afweging feitelijk gereduceerd tot één relevant gezichtspunt: stijgt de omvang van de schade uit boven een bepaald percentage van de omzet op jaarbasis? Deze vereenvoudiging van de toets aan het normaal maatschappelijk risico werkt het risico in de hand dat bestuursorganen geen oog meer hebben voor de overhoedse wijze waarop een maatregel werd ingevoerd of de lange termijn van uitvoering van werkzaamheden (de factoren 'aard van de over-

heidshandeling' en 'voorzienbaarheid'). Factoren anders dan de omvang van het nadeel kunnen dan meestal alleen nog een rol spelen bij de vraag of er individuele omstandigheden zijn die ertoe nopen om de omzetrempel niet toe te passen. De bestuursrechter zal echter niet snel aannemen dat het bestuursorgaan ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan de hardheidsclausule; hij doet dit alleen wanneer dit 'onmiskienbaar onredelijk' zou zijn (ABRS 14 november 2011, L/JN BY3029, JB 2013/7).

4. De hoop dat de bestuursrechter zich iets van deze kritiek zou aantrekken leek niet reëel, gelet op de afstandelijke toetsing van de Afdeling (zie voor voorbeelden Tjepkema 2010, p. 454-455). Met de uitspraken *De Wouwe Tol* en *Hollandse Brug* laat de Afdeling echter zien dat zij tracht meer grip tracht te krijgen op de afweging van het bestuursorgaan ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico. Daarvoor verdienen deze uitspraken veel waardering. Alvorens daarop nader in te gaan eerst enkele woorden over r.o. 7.2, waarin de Afdeling in algemene termen stelt welke positie de bestuursrechter dient in te nemen ten opzichte van het oordeel van het bestuursorgaan over het normaal maatschappelijk risico (zie over de uiteenlopende visies daarop in de literatuur: R.J.N. Schlössels, 'Discretionair aansprakelijkheidsrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 28-47 (p. 36 e.v.)). De regering heeft daarover recentelijk niet meer gesteld dan dat de bestuursrechter 'het laatste woord' heeft, waaruit kan worden afgeleid dat het bestuursorgaan de voorzet dient te geven en dus het eerste woord heeft (*Kamerstukken I* 2012/13, 32 621, C, p. 8; zie ook Tjepkema 2010, p. 424 e.v.). Wat dit precies betekent voor de intensiteit van de toetsing blijft in het ongewisse. In *De Wouwe Tol* stelt de Afdeling dat aan bestuursorganen 'beoordelingsvrijheid' toekomt bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Het is echter de vraag of hieruit moet worden afgeleid dat de bestuursrechter alleen dan zou moeten ingrijpen wanneer het bestuursorgaan een 'kennelijk onredelijk' oordeel over het normaal maatschappelijk risico heeft gegeven, zoals bij beoordelingsvrijheid gebruikelijk is (vgl. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Elsevier 2011, p. 142). Kijken we naar de tamelijk intensieve wijze waarop de Afdeling zich in bovenstaande uitspraken inlaat met de wijze waarop moet worden vastgesteld of het normaal maatschappelijk risico is overschreden, dan getuigt dit allermint van een 'klassieke' marginale toets, zoals ook Schlössels in zijn noot bij *De Wouwe Tol* heeft geconstateerd (JB 2013/11, sub 4). Volgens hem verdient die intensievere

rechterlijke toets ook de voorkeur, nu deze beter aansluit bij de uitgangspunten van het 'recours subjectief': het bieden van individuele rechtsbescherming en finale geschilbeslechting. Naast de hier besproken uitspraken De Wouwse Tol en Hollandse Brug blijkt ook uit andere uitspraken dat de koers van de Afdeling in nadeelcompensatiezaken, anders dan in het verleden soms het geval was, verre van marginaal is. Te wijzen valt op ABRS 8 mei 2013, AB 2013/187, m.nt. Van Doorn-Hoekveld, waarin de Afdeling zelf in de zaak voorziet en zelf de hoogte van de korting vaststelt. Maar die subjectiveringstendens kent zijn grenzen, zoals de thans besproken uitspraken ook laten zien: noch in De Wouwse Tol, noch in Hollandse Brug voorziet de Afdeling zelf in de zaak. Alvorens daarop in te gaan eerst enkele opmerkingen over de praktische gevolgen van de nieuwe koers van de Afdeling.

5. Ik leid uit deze uitspraken af dat een bestuursorgaan dat overweegt de drempelmethode te hanteren zich twee vragen moet stellen. De eerste vraag: is de toepassing van de drempelmethode gepast? Uit *De Wouwse Tol* kan worden afgeleid dat de drempelmethode kan worden toegepast in die gevallen waarin ook de schadeoorzaak zelf als 'normaal' kan worden gekwalificeerd. In r.o. 7.3 stelt de Afdeling in dit verband dat het hanteren van een ondergrens of drempel voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van schade als gevolg van verkeersmaatregelen (waaronder reconstructiewerkzaamheden) aansluit bij het normale, aan het drijven van een weggebonden onderneming inherente risico dat men vroeg of laat enige tijd met dit soort schade wordt geconfronteerd. De onderhavige uitspraken geven ook zelf een indicatie bij wat voor soort maatregelen de toepassing van een drempel aangewezen kan zijn. Een hotel-restaurant moet gedurende enige maanden rekening houden met omzetsderving doordat werkzaamheden worden uitgevoerd, waardoor het bedrijf minder goed bereikbaar is. In een andere zaak overwoog de Afdeling dat uitvoeringswerkzaamheden ter versterking van de kust eveneens normaal zijn, althans wanneer deze een beperkte periode (acht maanden) duren én de getroffen bedrijven al die tijd bereikbaar zijn gebleven (ABRS 22 mei 2013, *LJN* CA0631 (*Kustversterking Noordwijk*)). Ook in dat laatste geval was een drempel in de ogen van de Afdeling aanvaardbaar, waarbij nog moet worden opgemerkt dat uit ABRS 13 maart 2013, *LJN* BZ3968 afgeleid kan worden dat deze drempel bij bedrijven die geen zelfstandige economische eenheid vormen (en het bedrijf dus niet voor eigen rekening en risico drijven) moet worden toegepast op het niveau van het 'moederbedrijf'. Kortom, de drempelmethode als zodanig is niet van de baan.

In de visie van de Afdeling is het echter niet, althans niet zonder nadere motivering, normaal dat een hotel-restaurant twaalf dagen geheel onbereikbaar is in een voor haar normaal gesproken qua omzet gunstige periode (*De Wouwse Tol*, r.o. 7.4). Het toepassen van een 15% omzetsdrempel in die periode is in dat geval niet, althans niet zonder nadere motivering, aangewezen. Een voorbeeld van een abnormale maatregel biedt ook de uitspraak over de Hollandse Brug. Daarin had de minister zelf al erkend dat de schadeoorzaak – de plotselinge afsluiting van de Hollandse Brug gedurende een periode van veertien maanden – niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kon worden beschouwd. In lijn met haar oordeel in *De Wouwse Tol* stelt de Afdeling dat de toepassing van een drempel onder die omstandigheden niet langer in de rede ligt, anders dan bij 'normale' wegwerkzaamheden of verkeersmaatregelen die tot kostenstijgingen leiden (*Hollandse Brug*, r.o. 7.2). Nu tussen partijen niet in geschil was dat de schade voortvloeide uit een abnormale ontwikkeling, kwam de minister dus niet weg met het argument dat de schade, louter gelet op haar relatieve omvang, geheel moest worden gerekend tot het normaal maatschappelijk risico. Daarmee wordt ook een streep gehaald door de uitspraak van de Rb Haarlem 25 april 2012, *LJN* BW7645 (vgl. ook Rb Zwolle 28 maart 2012, *LJN* BW0407) die nog had gesteld dat verweerder door het hanteren van een 15%-omzetsdrempel 'geen onredelijke invulling' had gegeven aan hetgeen tot het normale ondernemersrisico behoort. De Afdeling oordeelt dat in plaats van een drempel toepassing moest worden gegeven aan de kortingsmethode, waarmee is gegeven dat de minister hoe dan ook aansprakelijk is voor een deel van de geleden schade. Over de hoogte van de korting dient de minister een nieuw besluit te nemen. Kennelijk – waarom is mij niet duidelijk – gaat het de Afdeling te ver om ook hier zelf in de zaak te voorzien.

Of de Afdeling veel vaker zo duidelijk haar voorkeur zal laten blijken voor een bepaalde wijze van verdiscontering van het normale ondernemersrisico is de vraag. Dat de Afdeling dat in de uitspraak over de Hollandse Brug wel doet (en zo van de beoordelingsvrijheid van de minister feitelijk weinig overlaat) kan worden verklaard doordat de minister reeds had erkend dat de schadeoorzaak niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kon worden beschouwd. *De Wouwse Tol* laat zien dat de situatie anders is wanneer een dergelijk oordeel van het bestuursorgaan ontbreekt. De Afdeling laat in het midden wat rechtens is voor de betrokken periode van twaalf dagen en brengt de kortingsmethode niet ter sprake. De minister moet met een nieuw be-

sluit komen en motiveren wat haar nadeelcompensatiebeleid is bij algehele afsluitingen. Wil de minister wederom niet compenseren omdat de wegafsluiting als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden aangemerkt, dan zal zij minst genomen met voorbeelden moeten komen waaruit blijkt dat het vaker voorkomt dat hotel-restaurants gedurende bijna twee weken onbereikbaar zijn, zelfs in een gunstige periode van het jaar. Kan de minister dat niet, dan wordt het nadeelcompensatiebesluit mogelijk vernietigd, net als in ABRS 15 december 2004, nr. 200403461/1, AB 2005/268, m.nt NV, waarnaar de Afdeling in *De Wouwse Tol* ook verwijst. Nu de minister geen enkel ander voorbeeld kon noemen waarin benzinstations gedurende een relatief lange periode (26 dagen) geheel onbereikbaar zijn, had de minister niet goed gemotiveerd waarom de schade geheel tot het normale ondernemersrisico moest worden gerekend. Over de vraag hoe de afweging in de casus van *De Wouwse Tol* zal uitvallen, kan nog niets met zekerheid worden gezegd, al sluit ik niet uit dat het hotelrestaurant met de uitspraak van 5 december een pyrrusoverwinning heeft behaald.

6. Als de vraag of de toepassing van een drempel is aangewezen bevestigend is beantwoord, dient het bestuursorgaan zich een tweede vraag te stellen: kan de hoogte van de drempel zonder meer op 15% worden gesteld? Ook deze vraag beantwoordt de Afdeling niet zonder meer bevestigend. Het standaard toepassen van een vaste ondergrens van 15% van de omzet op jaarbasis leidt tot onvoldoende differentiatie tussen verschillende branches en daarmee tot uiteenlopende gevolgen voor verschillende typen ondernemingen. Deze factor, de 'aard van de onderneming', speelde voorheen niet zo'n duidelijke rol in de jurisprudentie van de Afdeling. Voor zover zij dat wel deed, was dat in relatie tot een – objectieveerbare – factor als de voorzienbaarheid; zo is aan sommige bedrijven (denk aan bedrijven die handelen in dierlijke producten) inherent dat zij schade kunnen lijden ten gevolge van rechtmatige bestrijdingsmaatregelen (Tjepkema 2010, p. 470 e.v.). Nieuw aan deze uitspraak is dat de Afdeling de mogelijkheid opent om bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico ook rekening te houden met factoren die eerder worden geassocieerd met de meer subjectieve vraag welke keuze men heeft gemaakt voor een bepaald type bedrijf en de daaraan inherente eigenschappen, zoals de verhouding tussen vaste en variabele lasten. In *De Wouwse Tol* geeft de Afdeling bestuursorganen en nadeelcompensatiedeskundigen de vingervijzing mee dat zij bij het bepalen van de hoogte van de drempel met zulke meer subjectieve factoren rekening zouden kunnen

houden. Wanneer het wegvallen van een substantieel deel van de omzet ertoe leidt dat vaste lasten niet meer betaald kunnen worden en het rendabel exploiteren van een bedrijf niet meer mogelijk is, zou een lagere drempel dan die van 15% aangewezen kunnen zijn. Ik formuleer het bewust voorzichtig, omdat de Afdeling dat zelf ook doet: zij stelt niet dat differentiatie op zijn plaats 'is' maar 'zou kunnen zijn'.

Bij dit onderdeel van de uitspraak zijn in verschillende van de hierna te noemen annotaties vraagtekens geplaatst. Vanzelfsprekend moet worden gewaakt voor het zetten van een premie op eigen ondernemerskeuzes die onverhoopt negatief uitvallen: nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel is iets anders dan individuele steunverlening. Aan de andere kant: wanneer een onderneming afhankelijk van zijn kostenstructuur elke mogelijkheid om rendabel te blijven wordt ontnomen omdat zijn hele winst wordt 'opgeslokt' door de omzetsdrempel, dan is het de vraag of ons stelsel van nadeelcompensatie nog wel tot rechtvaardige uitkomsten leidt. Ik roep nogmaals in herinnering dat de keuze om de hoogte op 15% te stellen nooit van enige motivering is voorzien. Nu de bestuursrechter niet de kennis en de kunde heeft om heldere keuzes te maken tussen (subjectieve) factoren die nog wél en factoren die niet meer relevant mogen zijn bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico, zie ik deze passage vooral als een boodschap aan deskundigen, die afhankelijk van het type bedrijf zouden kunnen differentiëren in de hoogte van de omzetsdrempel.

7. Deze rechtspraak roept, tot slot, de vraag op wat de gevolgen zijn voor nadeelcompensatieregelingen waarin het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico op voorhand is ingevuld aan de hand van vaste drempel. Te denken valt aan de nadeelcompensatieverordeningen in Amsterdam en Groningen, waarin een 8% omzetsdrempel wordt gehanteerd. Dat is weliswaar lager dan 15%, maar ik sluit niet uit dat een loutere toets aan deze omzetsdrempel, zelfs al ligt zij op 8%, bij de bestuursrechter geen genade zal kunnen vinden wanneer zij wordt toegepast op een onderneming die wegens werkzaamheden genooddaakt is een bepaalde periode te sluiten of wanneer infrastructurele werkzaamheden extreem lang duren (en we weten dat dat in grote steden geen uitzondering is). Wanneer de maatregel niet uitzonderlijk is maar de drempel op alle ondernemingen in gelijke mate wordt toegepast, is het verder de vraag of wel voldoende wordt gedifferentieerd tussen verschillende typen ondernemingen. Men kan betogen dat standaarddrempels in regelingen wel door de beugel kunnen zolang de regeling een ontsnappingsmo-

gelijkheid bevat in de vorm van een hardheidsclausule (bij verordeningen) of door toepassing van de inherente afwijkingsmogelijkheid (bij beleidsregels). De Afdeling heeft eerder bepaald dat een regeling kan bepalen dat een deel van de schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dat in dit geval slechts 75% van de schade voor vergoeding in aanmerking kwam, kon door de beugel, nu bijzondere omstandigheden in het concrete geval tot afwijking van het percentage van 75% konden nopen (ABRvS 9 februari 2011, *LJN BP3670*). Wanneer de Afdeling strak de hand zou houden aan de gedifferentieerde benadering – en nogmaals: dat is gelet op de voorzichtige bewoordingen van de Afdeling niet zeker –, kan men zich afvragen of de Afdeling met deze 'ontsnappingsmogelijkheid' genoeg zal nemen. Hardheidsclausules zijn, net als de inherente afwijkingsbevoegdheid ex art. 4:84 Awb, bedoeld om bij wijze van uitzondering te worden toegepast: als de hardheidsclausule wordt gebruikt om regelmatig af te wijken van de standaarddrempel, dan verdient de drempel zelf heroverweging (vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2011, p. 227). Mogelijk kunnen lage drempels, die vooral als functie hebben om 'bagatellen' weg te zeven, de rechterlijke toets wel doorstaan, maar bij hoge drempels, zeker die van 15% maar mogelijk ook die van 8%, ben ik daarvan niet zeker. Zo blijft het een uitdaging om een juist evenwicht te vinden tussen de praktische voordelen van standaardpercentages, van welke voordelen de Afdeling zich blijkens r.o. 7. 2 in *De Wouwse Tol* ten volle bewust is, en de noodzaak om meer dan in het verleden oog te krijgen voor de individuele omstandigheden van ondernemingen.

8. *De Wouwse Tol* verscheen ook in *JB 2013/11* (m.nt. Schlössels), *Gst. 2013, 12* (m.nt. Lagerweij-Duits), *BR 2013/46* (m.nt. Van Zundert) en *O&A 2013, 36* (m.nt. Roozendaal).

M.K.G. Tjepkema